

ISABEL VIOLA DEMESTRE

Doctora en Derecho  
Profesora de Derecho Civil  
Universitat de Barcelona

# EL CONTRATO DE TRANSACCIÓN EN EL CÓDIGO CIVIL



SERVICIO DE ESTUDIOS  
DEL COLEGIO DE REGISTRADORES

*Als meus pares,  
als meus germans  
i al Jordi*

© 2003 FUNDACION BENEFICENTIA ET PERITIA IURIS  
Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España

ISBN: 84-95240-78-5  
Depósito Legal: M-5.659-2003

Imprime: J. SAN JOSÉ, S.A.  
Leganitos, 24  
28013 Madrid

No está permitida la reproducción total o parcial de este libro, ni su tratamiento informático, ni la transmisión de ninguna forma o por cualquier medio, ya sea electrónico, mecánico, por fotocopia, por registro u otros métodos, sin el permiso previo y por escrito de los titulares del Copyright.

<b>Introducción</b> .....	13
<b>I. La autonomía privada en la resolución de controversias</b> .....	19
A. De la autotutela al proceso y del proceso a la autocomposición...	25
1. El proceso como superación de la autotutela o justicia privada .....	25
2. La autocomposición como medida de resolución de controversias alternativa al proceso .....	33
B. La autonomía privada como fundamento del proceso civil: los principios de rogación y de congruencia y el principio de aportación de parte .....	36
C. La autonomía privada y su reflejo en la elección del medio de resolución de conflictos: el contrato de arbitraje y la sumisión expresa .....	40
1. El arbitraje .....	40
2. La sumisión expresa .....	42
D. Las figuras mixtas que propician la autocomposición del litigio: la mediación y la conciliación .....	43
1. La mediación .....	44
2. La conciliación .....	46
E. La autocomposición de los conflictos intersubjetivos.....	52
1. Las formas de autocomposición unilaterales.....	53
a) La renuncia .....	53
b) El allanamiento .....	56
c) El desistimiento .....	58
2. La decisión de la controversia mediante autocomposición bilateral: la transacción .....	62
a) Concepto .....	62
a.1) «Transacción» en sentido genérico .....	62
a.2) «Transacción» en sentido específico .....	64
b) Etimología del término «transacción» y su origen .....	65

<b>II. El ámbito de la transición</b> .....	79
A. El presupuesto fáctico necesario: la controversia jurídica .....	79
1. La expresión «evitan la provocación de un pleito o ponen término al que había comenzado» del artículo 1.809 del Código civil .....	79
a) La interpretación del término «pleito» .....	80
b) El objeto del proceso: certeza y seguridad de la controversia e incerteza de su resultado .....	85
c) La controversia jurídica .....	90
2. La controversia jurídica <i>versus</i> la controversia económica ....	95
3. La constatación de la existencia de la controversia .....	99
a) La constatación extraprocesal .....	100
b) La constatación procesal .....	104
4. La <i>res dubia</i> .....	111
a) El tradicional requisito de la <i>res dubia</i> . Incertidumbre y controversia .....	112
b) Teorías sobre la <i>res dubia</i> .....	114
c) Concepción actual .....	120
B. La finalidad última de la transacción: la superación definitiva de la controversia. La «cosa juzgada» .....	126
<b>III. La naturaleza jurídica y los caracteres de la transacción</b> .....	139
A. La naturaleza contractual de la transacción .....	139
1. Análisis del contenido contractual: la expresión «dando, prometiendo o reteniendo cada una alguna cosa» del artículo 1.809 del Código civil .....	142
a) Dando .....	145
b) Prometiendo .....	150
c) Reteniendo .....	153
2. Las concesiones recíprocas de las partes .....	158
3. El fundamento de las concesiones mutuas .....	165
4. Las prestaciones correspondientes a las concesiones recíprocas. La renuncia implícita .....	169
5. Estructura contractual de la transacción .....	179
B. Los caracteres de la transacción .....	182
1. Típico .....	182
2. Consensual .....	188
3. No solemne .....	191
4. Bilateral y sinalagmático. La reciprocidad .....	196
5. Oneroso .....	207
6. Conmutativo .....	221
C. La homologación o aprobación judicial de la transacción .....	225
1. Naturaleza jurídica de la transacción judicialmente homologada .....	233

2. El objeto de la actuación judicial .....	238
a) Que ningún pacto del contrato sea contrario al interés o al orden público o en perjuicio de terceros .....	241
b) La capacidad de los sujetos y su poder de disposición sobre el objeto .....	242
c) El poder especial de los Procuradores o la ratificación de las partes respecto del contrato de transacción .....	244
<b>IV. Los elementos estructurales, funcional y accidentales del contrato de transacción</b> .....	247
A. Los sujetos .....	247
1. La capacidad de las partes .....	248
a) La capacidad para transigir por uno mismo. El aforismo « <i>transigere est alienare</i> ». Persona física y persona jurídica .....	248
b) La capacidad para transigir por otro .....	256
b.1) Los representantes legales. Supuestos específicos previstos en el Código civil .....	256
b.1.1) La transacción realizada por aquellos que ejercen la patria potestad .....	256
b.1.2) La transacción efectuada por el tutor .....	260
b.2) La representación voluntaria. El mandato expreso del artículo 1.713 del Código civil .....	263
B. El objeto .....	268
1. El objeto interno y el objeto externo de la controversia .....	269
2. Las exclusiones legales de transacción en el Código civil .....	270
a) La transacción sobre el estado civil .....	270
b) La transacción sobre las cuestiones matrimoniales .....	272
c) La transacción sobre los alimentos futuros .....	275
d) La transacción sobre la acción penal .....	278
e) La transacción sobre la legítima futura .....	282
3. Los límites del objeto de la transacción .....	284
C. El elemento funcional: la causa .....	287
1. La causa del contrato de transacción .....	288
a) El aspecto objetivo .....	289
b) El aspecto subjetivo .....	294
2. La causa onerosa en la transacción .....	298
3. La distinción entre la causa transigendi y los motivos. El <i>timor litis</i> .....	303
4. Los supuestos de ausencia de causa y el contrato de transacción. El artículo 1.819 del Código civil .....	306
D. Los elementos accidentales .....	315
1. La condición .....	316
2. El término .....	321

- V. La eficacia del contrato de transacción ..... 323
  - A. La autoridad de cosa juzgada ..... 324
    - 1. Efecto general: la terminación de la controversia jurídica .... 324
      - a) El pretendido efecto novatorio ..... 327
      - b) La eficacia relativa de la transacción ..... 333
      - c) La retroactividad: efecto declarativo respecto del objeto interno pero constitutivo respecto del objeto externo ..... 335
      - d) Los distintos efectos de la cosa juzgada ..... 338
  - B. La transacción extrajudicial ..... 341
    - 1. Efecto negativo de la cosa juzgada: la excepción de transacción como *exceptio pacti* ..... 343
    - 2. Efecto positivo limitado de cosa juzgada ..... 345
      - a) La transacción como acción, título o causa de pedir ..... 345
      - b) La transacción como justo título de adquisición ..... 350
      - c) La ineficacia por vicios del consentimiento y la resolución por incumplimiento ..... 356
        - c.1) El error ..... 358
          - c.1.1) El error *in substantia* ..... 361
          - c.1.2) Error en la persona ..... 369
          - c.1.3) Error de cálculo ..... 370
        - c.2) El dolo ..... 371
        - c.3) La falsedad de los documentos ..... 374
  - C. La transacción homologada o judicial ..... 380
    - 1. El efecto total de cosa juzgada ..... 380
      - a) La vía de apremio ..... 384
      - b) La *exceptio litis per transactionem finitae* ..... 388
- Apéndice de jurisprudencia ..... 391
- Bibliografía ..... 403

Desde los inicios de la humanidad, los conflictos entre los hombres y mujeres que la configuran han estado siempre presentes. El Derecho tiene como finalidad la superación de estos conflictos proporcionando a los sujetos que se ven inmersos en ellos medios de resolución. Como señala Díez-PICAZO<sup>1</sup>: «La ciencia del derecho es una ciencia de resolver litigios. El litigio es el fenómeno jurídico patológico. Y el derecho es la ciencia o el arte de curar litigios».

En los últimos tiempos, la resolución de los conflictos intersubjetivos parecía quedar reservada de forma primordial a los órganos jurisdiccionales del Estado. Sin embargo, cada vez más, el propio Estado reconoce cauces alternativos a los jurisdiccionales<sup>2</sup> que deberían interpretarse como medios de superación de controversias fundamentados en la libertad de la persona y, por consiguiente, en la posibilidad de que ella misma escoja la manera de satisfacer sus propios intereses y necesidades, en vez de como una forma de descongestionar el Poder Judicial<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Díez-PICAZO y PONCE DE LEÓN, Luis: *El arbitrio de un tercero en los negocios jurídicos*, Bosch, Barcelona, 1957, pág. 78.

<sup>2</sup> Así, el arbitraje y, más recientemente, la mediación. En gran medida, el reconocimiento legal de estas formas de superación de controversias ha venido de la mano de la necesidad de descongestionar el Poder Judicial.

<sup>3</sup> Buena prueba de que este es el propósito la constituye la Recomendación N.º R (86) 12 del Comité de Ministros del Consejo de Europa del 16 de septiembre de 1986, a través de la cual se invitaba a los gobiernos de los Estados miembros a reflejar en su política judicial objetivos tales como fomentar, en los casos apropiados, el arreglo amistoso de las diferencias, ya sea al margen, antes o durante la sustanciación del proceso judicial, así como las consistentes en evitar el aumento de las tareas no jurisdiccionales confiadas a los jueces y disminuirlas progresivamente, confiándolas a otros órganos o personas, fundamentalmente, respecto de determinadas cuestiones dentro del ámbito de la familia o en el ámbito de la persona, algunas de las cuales se indicaban a título de ejemplo en esta misma recomendación o, como última muestra de los objetivos que se proponen, el que se tomen las disposiciones apropiadas con la finalidad de que, en aquellos casos posibles, el arbitraje pueda constituir una alternativa más accesible y eficaz a la acción judicial.

El presente trabajo aborda el estudio de la transacción como uno de los medios que el ordenamiento jurídico prevé para la superación de conflictos y que se asienta sobre las bases del principio de autonomía privada de las partes. Analizado el sentido genérico del término «transacción», entendido como un acuerdo, trato o negocio, el objeto de investigación se centra en el instituto previsto en los artículos 1.809, siguientes y concordantes del Código civil. En concreto, el estudio se dirige a la formulación de una interpretación del tratamiento jurídico-civil de este instituto en el Código civil, en concreto a su naturaleza jurídica y fundamento, a través de los distintos elementos que lo componen, junto con el análisis de sus efectos, en atención a su concreta y específica finalidad.

Esta figura suscita un sinfín de cuestiones. A continuación nos ocuparemos de aquellas que, de forma derivada o conexas, nos permitan, cuanto menos, delinear su naturaleza jurídica y su eficacia dispar en función de si la transacción está o no judicialmente homologada. Partiendo del propio ámbito de aplicación de la figura en estudio, se cuestiona cuál es el marco dentro del que la transacción como medio de resolución de controversias despliega su eficacia, y qué significación ostenta el tradicional requisito de la *res dubia*, en el sentido de si debe ser considerado o no como un presupuesto de aquélla. La aplicación de los distintos caracteres que se predicán de todo contrato al de transacción plantea algunos interrogantes que abarcan desde su propia naturaleza contractual, cuestionada por un sector de la doctrina italiana, hasta algunos de sus elementos específicos, como los relativos a su reciprocidad u onerosidad. El estudio de los fundamentos tanto estructurales, como los sujetos y el objeto, cuanto funcional, constituido por la causa, muestran, nuevamente, la especificidad de la transacción, revelando otros aspectos de su naturaleza jurídica.

En otro orden de cosas, especial mención merece la correspondencia entre la transacción y el proceso. La incidencia del convenio transaccional en el proceso ha provocado distintas interpretaciones por lo que a su naturaleza se refiere, llegándose a considerar como una figura estrictamente procesal por cuanto que se concibe como una forma anormal de terminación del pleito iniciado. Por este motivo, se cuestiona si la naturaleza jurídica del convenio privado celebrado entre los litigantes, con la finalidad de poner fin a la controversia suscitada, se altera cuando es

---

También en esta misma línea, debe hacerse mención de la Recomendación núm. R (98) I, de 21 de enero de 1998, del Comité de Ministros del Consejo de Europa, a través de la cual se insta a los gobiernos de los Estados miembros a instituir la mediación familiar o a vigorizarla allí donde existan.

aportado a un proceso iniciado y en qué medida. Parecidamente, es preciso preguntarse qué distingue la transacción judicial, mencionada en el artículo 1.816 del Código civil y en los artículos 19, 415 y concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000, y la transacción extrajudicial.

Por otra parte, en el ámbito de la eficacia del instituto, se trata de poner de relieve cuáles son los efectos derivados de la transacción, en general, y aquéllos propios de sus especies en particular.

Con el propósito de averiguar cuál es el fundamento y la naturaleza jurídica de esta figura, la sistemática parte del análisis del conflicto que la transacción pretende superar y que viene delimitado por el ámbito de dicho instituto. A continuación, se trata de su naturaleza contractual y de sus caracteres, así como de los elementos estructurales (sujetos y objeto) y funcionales (causa) del contrato, para concluir con los efectos que de él se derivan, en estrecha consonancia con la función que le es propia.

Para alcanzar el resultado pretendido, el método al que se ha recurrido se asienta sobre las bases de los criterios hermenéuticos de interpretación previstos por nuestro ordenamiento, haciendo especial hincapié en el método histórico para realizar un seguimiento de la evolución legislativa de la transacción, desmembrando los distintos materiales con los que el instituto ha sido elaborado para, en último término, reconstruirlo en su correcta significación.

Con este objetivo, se ha procedido al estudio de los precedentes legislativos, tanto los inmediatos como los más alejados en el tiempo, partiendo del Proyecto de Código civil de 1851 hasta llegar al Derecho romano.

Junto con los precedentes legislativos correspondientes a los artículos del Código civil, relativos al contrato de transacción, y concordantes, aparece como fuente esencial del trabajo la doctrina, tanto nacional como de otros países, de entre los cuales destaca la opinión vertida por la escuela exégeta francesa pero, por encima de todas, especial mención merece la doctrina italiana, en atención al hecho que la redacción del artículo 1.809 del Código civil, en el que proporciona el concepto de transacción, proviene del *Codice civile* de 1865. Del mismo modo, la jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional ha sido tomada en consideración para mostrar la tendencia actual de los Tribunales respecto varias de las cuestiones tratadas y la caracterización, no sólo procesal, sino eminentemente civil del instituto de la transacción.

Iniciaremos, pues, nuestra andadura, enmarcando la transacción dentro del ámbito de los medios de resolución de controversias que se asientan sobre la autonomía privada de la persona, diferenciándola de aquellos otros medios cuya finalidad es también la superación de conflictos, y haciendo especial hincapié en destacar los elementos característicos que definen e individualizan a cada uno de estos medios, en atención a la distinta eficacia que comportan.

Finalmente, quisiera aprovechar estas líneas para expresar mi gratitud a las personas que han hecho posible que este trabajo sea una realidad.

Deseo expresar mi reconocimiento a los Directores de la tesis doctoral, recogida, fundamentalmente, en el trabajo que ahora ve la luz. A mi maestro, el Profesor Alfonso HERNÁNDEZ-MORENO, por la confianza que ha depositado en mí y por sus enseñanzas y sus valiosas sugerencias, que me han incitado a la reflexión en todo momento y, a mi profesor, al Dr. Miguel Ángel PETIT SEGURA, por las muchas horas que ha dedicado a la dirección del trabajo y a todas las que ha invertido en mi formación académica.

Mi gratitud también a los profesores Juan Miquel GONZÁLEZ DE AUDICANA, Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Agustín LUNA SERRANO, Pasquale STANZIONE y Jaume ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, miembros del Tribunal que juzgó la tesis doctoral, por todas las críticas y observaciones que en su día hicieron y que, en la medida de lo posible, han sido tomadas en consideración en la revisión final.

Mi agradecimiento particular al profesor Pasquale STANZIONE y a la profesora Gabriella AUTORINO STANZIONE del *Dipartimento di diritto dei rapporti civili ed economici nei sistemi giuridici contemporanei* de la *Università di Salerno*, quienes me proporcionaron cuanta información necesité para la elaboración de mi trabajo y por la extrema amabilidad que me dispensaron durante mi estancia de tres meses en Salerno. Mi gratitud, también, a la Profesora Virginia ZAMBRANO, cuya ayuda hizo gratísima mi estancia en Italia, y a Ave RUOCCO, por su cariño y colaboración en todo momento. Asimismo, mi agradecimiento a todas las personas del *Dipartimento*, de la *Università di Salerno* y de la *Università Federico II di Napoli* que, de un modo u otro, facilitaron mi labor día tras día.

Deseo expresar también mi gratitud a mis compañeros del Grupo de Investigación que dirige el Profesor HERNÁNDEZ-MORENO, de forma especial, al Dr. Antoni MONSERRAT VALERO, por su incondicional apoyo. Asimismo, quiero manifestar mi agradecimiento particular, por las

muchísimas horas de trabajo compartidas en nuestra constante labor universitaria, al Dr. Carlos VILLAGRASA ALCAIDE, a la Dra. Miriam ANDERSON —a ella también mi eterna gratitud por sus valiosas aportaciones en la revisión final de esta obra— y al Sr. Isaac RAVETLLAT RAVENTÓS.

Mi reconocimiento también para mis compañeros del Departamento de Derecho Civil de la *Universitat de Barcelona* y mi gratitud especial a la Dra. M.<sup>a</sup> Jesús GARCÍA MORALES, así como a las Dras. Rosa M.<sup>a</sup> SATORRAS FIORETTI, Ángeles GARCÍA FRÍAS y María OLAY DE PAZ y a los Dres. Daniel ESPINA y José Andrés ROZAS, porque gracias a personas como ellas la investigación universitaria se convierte en una labor gratificante y enriquecedora. Al Dr. Joan PICÓ i JUNOY mi agradecimiento también por sus inestimables sugerencias en la revisión del trabajo.

A todos ellos, quisiera agradecer su apoyo y su confianza.

## La autonomía privada en la resolución de controversias

La autonomía privada<sup>1</sup> es un poder que el orden jurídico confiere al individuo con el objetivo de que reglamente y ordene su propia esfera jurídica. Es un poder individual reconocido a la persona como sujeto de su autonomía, cuyo ejercicio precisa de la voluntad y de las demás potencias del individuo. Se concibe también como el poder de ordenación del ámbito privado de la persona dentro del que se encuentran los derechos, las facultades, las relaciones, etc..., que el individuo ostenta o que le han sido atribuidos, quedando fuera de sus límites aquellos derechos, relaciones o situaciones que el derecho excluye de la autonomía, esto es, que son indisponibles.

Este poder jurídico individual se manifiesta en dos sentidos distintos: de un lado, como poder de constitución de relaciones jurídicas y, de otro, consecuencia del anterior, como el poder de reglamentación del contenido de las relaciones jurídicas. Así pues, la autorreglamentación supone que el individuo crea, modifica o extingue relaciones jurídicas y, además, establece su contenido, que se concreta en la formulación de los deberes y derechos que deben ser contemplados por las partes en el desarrollo de la relación jurídica.

Esta función reglamentadora de la autonomía privada tiene su reconocimiento en dos preceptos de nuestro ordenamiento jurídico. En pri-

---

<sup>1</sup> La doctrina también se refiere a la autonomía privada como autonomía de la voluntad. En este sentido, a título de ejemplo, CASTRILLO SANTOS, Juan: «Autonomía y heteronomía de la voluntad en los contratos», en *Anuario de Derecho Civil*, 1949, págs. 565 a 605. A lo largo de todo el artículo, el autor se refiere a la autonomía de la voluntad. Al respecto cabe destacar que autonomía privada y autonomía de la voluntad son dos expresiones que responden a una misma idea, esto es, el poder jurídico reconocido a la persona para que autogobierne sus propios intereses. Posiblemente, la expresión «autonomía de la voluntad» pudiere incurrir en algún equívoco si dicha voluntad se toma como sujeto de la autonomía cuando, de hecho, lo es el individuo. Así lo entienden DÍEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN, Luis y GULLÓN BALLESTEROS, Antonio: *Sistema de Derecho civil, Volumen I*, Editorial Tecnos, Madrid, reimpresión 1998, pág. 373.

mer lugar, el artículo 1.091 del Código civil establece la eficacia *inter partes* de los acuerdos adoptados. En este sentido, los acuerdos tomados por las partes constituyen la ley que éstas deben cumplir, sin que ello deba interpretarse como una identificación entre la ley y el contrato, habida cuenta que se trata de conceptos distintos. En segundo lugar, el artículo 1.255, también, del Código civil reconoce el poder reglamentador de la autonomía privada. De conformidad con este precepto, las partes pueden acordar las disposiciones que estimen oportunas dentro del marco que fija, esto es, que no sean contrarias a la ley, la moral y el orden público<sup>2</sup>.

La máxima expresión<sup>3</sup> de la autonomía privada de todo individuo es el negocio jurídico puesto que a través de él es cumplida una de sus funciones: el nacimiento, la modificación o la extinción de las relaciones jurídicas para la satisfacción de los intereses o necesidades del individuo. Además, el negocio jurídico es un acto de autonomía privada que establece la regla de conducta que regirá la relación jurídica. En este sentido, el negocio jurídico determina el contenido de ésta. El poder de las personas no sólo abarca la creación de relaciones jurídicas sino también la determinación de su contenido<sup>4</sup>. La ley autoriza a los particulares a crear negocios jurídicos nuevos no previstos expresamente por ella, siempre que cumplan los requisitos del tipo genérico del negocio al que pertenecen, y modificar los efectos de un negocio singular establecido por la ley. En determinadas ocasiones, el ordenamiento ofrece determinados negocios cuyos efectos son inalterables en todo o en parte, como

<sup>2</sup> Respecto de los límites de la autonomía privada, CASTRILLO SANTOS, Juan: «Autonomía y heteronomía de la voluntad en los contratos», en *Anuario de Derecho Civil*, cit., págs. 565 a 605; FERRI, Luigi: «*Nozione giuridica di autonomia privata*», en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1957, págs. 135 y 136; CASTRO, Federico de: «Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la *voluntas*», en *Anuario de Derecho Civil*, 1982, págs. 987 a 1085 y el comentario relativo a este último realizado por AMORÓS GUARDIOLA, Manuel: «Las limitaciones de la autonomía de la voluntad según el pensamiento de Federico de Castro», en *Anuario de Derecho Civil*, 1983, págs. 1.129 a 1.147.

<sup>3</sup> Así lo expresan DIEZ-PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS en su obra *Sistema de Derecho civil*, Volumen I, ob. cit., pág. 484.

<sup>4</sup> Los efectos del negocio jurídico se fundamentan en la ley. El negocio jurídico crea el supuesto de hecho que origina la consecuencia jurídica. En los negocios jurídicos patrimoniales, como los testamentos o los contratos, también cabe entender que sus efectos se producen *ex lege* habida cuenta que la calificación del supuesto de hecho, de acuerdo con el objetivo práctico que las partes pretenden alcanzar (comprar, arrendar o testar), y la atribución de las consecuencias jurídicas pertinentes provienen de una norma jurídica, aunque en estos negocios jurídicos patrimoniales la norma permita un campo de actuación más amplio de la autonomía privada. Es la ley la que autoriza el ejercicio de la facultad de regular la situación jurídica creada. DIEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN, Luis y GULLÓN BALLESTEROS, Antonio: *Sistema de Derecho civil*, Volumen I, ob. cit., pág. 374.

sucede en el Derecho de familia. En este sentido, la ley limita la autonomía de la voluntad, ya sea estableciendo unos requisitos inamovibles en el negocio o, en su caso, fijando unos límites a aquélla, además de los que establece en general relativos a la moral, el orden público y las buenas costumbres<sup>5</sup>. El negocio jurídico es, pues, un instrumento para la autorregulación de los propios intereses de tal modo que la autonomía privada se ejercita a través de él.

Esta autoreglamentación de los propios intereses se manifiesta a través de la declaración de voluntad. La declaración de voluntad constituye el vehículo mediante el cual la persona da a conocer aquello que quiere, esto es, la conducta a través de la cual el sujeto exterioriza aquello que quiere<sup>6</sup>. Este comportamiento negocial permite saber el propósito de las partes de alcanzar una finalidad concreta tutelada por el Derecho, el cual establece la eficacia jurídica pertinente<sup>7</sup>.

En términos generales, el negocio jurídico existe cuando una situación jurídica queda reglamentada de una manera concreta como consecuencia de la autonomía privada<sup>8</sup>.

Desde una perspectiva institucional, la autonomía privada se concibe como un principio del Derecho que reconoce y defiende el valor del individuo y la necesidad de protección jurídica de la realización de sus fines. La justificación de dicha concepción se asienta en el respeto a la persona y en su reconocimiento como «ser de fines»<sup>9</sup>. Como consecuen-

<sup>5</sup> En esta línea se pronuncia ALBALADEJO, Manuel: *Derecho civil*, I, «Introducción y parte general», volumen segundo, «La relación, las cosas y los hechos jurídicos», decimocuarta edición, José María Bosch editor, Barcelona, 1996, pág. 138.

<sup>6</sup> Como acto, la declaración requiere de la voluntad encaminada a la realización de la conducta material y en cuanto declaración se precisa el tener conciencia de que este acto tiene un valor negocial. Según ALBALADEJO, Manuel: *Derecho civil*, I, «Introducción y parte general», volumen segundo, «La relación, las cosas y los hechos jurídicos», ob. cit., pág. 161.

<sup>7</sup> Según DIEZ-PICAZO y GULLÓN «La declaración de voluntad indica el hecho de aparecer la intención o propósito negocial del interior al exterior o, en otras palabras, el acto o comportamiento que hace socialmente reconocible la intención o propósito negocial» en DIEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN, Luis y GULLÓN BALLESTEROS, Antonio: *Sistema de Derecho civil*, Volumen I, ob. cit., pág. 479.

<sup>8</sup> El negocio jurídico también puede existir sin que los particulares efectúen declaración de voluntad alguna, habida cuenta que un comportamiento específico puede dar lugar a la reglamentación de una determinada situación jurídica. Así, por ejemplo, la ocupación de una *res nullius*, aunque no es una declaración de voluntad, constituye un negocio jurídico adquisitivo del dominio. Así lo expresan DIEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN, Luis y GULLÓN BALLESTEROS, Antonio: *Sistema de Derecho civil*, Volumen I, ob. cit., pág. 380.

<sup>9</sup> DIEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN, Luis y GULLÓN BALLESTEROS, Antonio: *Sistema de Derecho civil*, Volumen II, Editorial Tecnos, Madrid, 1999, pág. 375.

cia de esta concepción de la autonomía privada, asimilable a un principio general del derecho, en un sentido técnico, debe señalarse que éste se aplicará a falta de ley y en defecto de costumbre o, también, que las personas podrán crear relaciones jurídicas y fijar su régimen siempre y cuando no se contravenga con ello.

En consecuencia, habida cuenta que la autonomía privada es un poder de las personas que les permite el gobierno de su esfera jurídica, que sus manifestaciones pueden responder a finalidades de distinta índole (constituir un determinado derecho real, propiciar el nacimiento de un derecho de crédito específico, entre otros muchos), también podría considerarse que entre dichas manifestaciones se halla comprendido aquel acto en virtud del cual dos particulares cuyas esferas de intereses se hallan en conflicto dictan una reglamentación específica con la finalidad concreta de superar dicho conflicto.

Cabría entender, por tanto, que en el poder jurídico reconocido a una persona para que autogobierne su esfera jurídica tiene cabida el negocio jurídico celebrado con otra cuyas declaraciones de voluntad convergen en la pretensión de superar el conflicto surgido entre sus respectivas esferas de intereses<sup>10</sup>, constituyendo el consentimiento.

Es conocido que una de las funciones primordiales del Derecho estriba en la prevención y composición de las controversias individuales y colectivas que puedan surgir entre las personas que integran la sociedad, al disciplinar y reglamentar la actividad, los derechos y las obligaciones, los vínculos y las facultades de los sujetos del Derecho mediante relaciones jurídicas.

Sin embargo, es posible que los sujetos no estén conformes con la solución prevista por la norma jurídica o, también, que el supuesto de hecho en el que se hallen no se ajuste a las prescripciones legales.

Cuando las tensiones entre los sujetos se agudizan de tal modo que las respectivas posturas devienen irreconciliables, aquello que en un primer estadio comenzó como una divergencia de opiniones contrapuestas termina en un litigio o conflicto<sup>11</sup>. Ello sucede cuando las respectivas

<sup>10</sup> Los intentos convencionales de superación de controversias al margen de la Administración de Justicia se califican como contratos de superación de una controversia en atención a su alcance y virtualidad. LUNA SERRANO, Agustín: La transacción en Elementos de Derecho Civil, II, Derecho de obligaciones, vol. tercero, Contratos y cuasicontratos, por José Luis LACRUZ BERDEJO, Francisco de Asís SANCHO REBULLIDA, Jesús DELGADO ECHEVERRÍA y Francisco RIVERO HERNÁNDEZ, segunda edición, José María Bosch editor, Barcelona, 1986, pág. 545.

<sup>11</sup> Así lo interpreta Vicente GIMENO SENDRA en ALMAGRO NOSETTE, José; CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín; GIMENO SENDRA, Vicente y MORENO CATENA, Víctor: *Derecho procesal*, Tomo I (Vol. I) Parte General. Proceso civil (1), 6.ª de., Tirant lo Blanch, Valencia, 1992, pág. 189.

posturas se amparan en la defensa de un derecho subjetivo pretendidamente reconocido por el Derecho objetivo.

Este conflicto entre dos esferas de intereses contrapuestos origina un estado de insatisfacción a nivel individual, con motivo de la alteración de la paz entre las partes y, por ende, de la sociedad. Por esta razón, producido el litigio entre las dos esferas de intereses contrapuestos, es del todo punto procedente el tratar de reequilibrar los intereses en pugna. La solución del conflicto de intereses<sup>12</sup> se alcanzará por distintas vías: por obra de los propios litigantes o, también, por la decisión imperativa de un tercero.

La superación del litigio por obra de los propios litigantes responde a dos perspectivas distintas: de un lado, uno de los litigantes consiente en el sacrificio de su propio interés, en todo o en parte y, de otro, uno de los litigantes impone el sacrificio del interés ajeno.

En relación con el primero de los supuestos citados de superación de litigios por la sola voluntad de las partes debemos distinguir: a) aquellos casos en que alguno de los particulares en conflicto renuncia a su propia pretensión y b) aquellos supuestos en que la terminación de la controversia es una consecuencia del acuerdo entre los dos sujetos en la disputa<sup>13</sup>.

El abandono unilateral del conflicto puede consistir en una renuncia al derecho discutido o en el reconocimiento de este derecho en favor del otro sujeto en el conflicto<sup>14</sup>. Por su parte, la superación de la controver-

<sup>12</sup> Al respecto, MARTY y RAYNAUD dicen «*Les difficultés qui peuvent se présenter pour obtenir l'application et la sanction du droit sont susceptibles d'être résolues par des modes divers. (...) Le règlement peut également prendre la forme d'une transaction par accord entre les parties intéressées*» en MARTY, Gabriel y RAYNAUD, Pierre: *Droit Civil*, Tome I, Introduction générale a l'étude du droit, Sirey, Paris, 1972, pág. 327.

<sup>13</sup> El acuerdo entre las partes en conflicto es reconocido de forma expresa como una manifestación del principio de la autonomía de la voluntad de las partes en relación con la mediación familiar. En la Exposición de Motivos de la Ley de Mediación Familiar en Cataluña se establece que «*la mediació familiar retorna a les parts el poder de decisió per resoldre la crisi del seu matrimoni, o les desavinences del pare i de la mare en relació amb els fills comuns menors d'edat o discapacitats en concordança amb el principi d'autonomia de la voluntat, un dels principis generals que informen el Dret Civil de Catalunya, i afavoreix les solucions paccionades, en la línia del pactisme, (...)*».

<sup>14</sup> En el caso de que el conflicto haya dado lugar a un pleito, el abandono de la pretensión que se perseguía puede producirse por la vía del allanamiento, en el caso de que el demandado reconozca los extremos de la demanda, o, en su caso, a través del desistimiento, para el supuesto en que el actor decide no continuar con el proceso, aunque dicha acto no significa una renuncia al derecho pretendido. Acerca de la distinta concepción de la renuncia, el desistimiento y el allanamiento, entre otros, RAMOS MÉNDEZ, Francisco: *Derecho procesal civil* (Quinta edición), tomo I, José María Bosch Editor, S.A., Barcelona, 1992, págs. 676 a 680; ALMAGRO NOSETTE, José; CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín; GIMENO SENDRA, Vicente y

sia puede ser el resultado del acuerdo entre los particulares inmersos en ella, en cuyo caso esta terminación del litigio es calificada como autocomposición.

El segundo de los supuestos citados de superación de controversias por obra de los propios litigantes es denominado autotutela o, también, autodefensa<sup>15</sup>. La diferencia esencial entre las dos especies del género correspondiente a la superación del litigio por obra de los mismos litigantes se sitúa en la dirección del impulso subjetivo al sacrificio. Así, la autotutela supone una imposición del sacrificio a la otra parte litigante de su propio interés por lo que se caracteriza como una especie de solución parcial, egoísta, si se quiere, mientras que la autocomposición supone el consentimiento en el sacrificio del interés propio y, por consiguiente, se califica de altruista.

La decisión imperativa de un tercero constituye una solución imparcial que se obtiene del pertinente proceso, considerándose incluido el arbitraje<sup>16</sup> en dicho concepto, que describe el medio de superación de controversias calificado como heterocomposición.

Autotutela o autodefensa, proceso o heterocomposición y autocomposición constituyen, pues, los medios de superación de litigios o conflictos de intereses<sup>17</sup>.

MORENO CATENA, Víctor: *Derecho procesal*, Tomo I (Vol. I), ob. cit., págs. 517 a 523; también ALMAGRO NOSETE, José y TOMÉ PAULE, José: *Instituciones de Derecho Procesal, Procesal civil*, Trivium, Madrid, 1994, págs. 431 a 434; MONTERO AROCA, Juan, ORTELLS RAMOS, Manuel y GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis: *Derecho Jurisdiccional*, II, Proceso civil, 1.º, José María Bosch editor, S.A., Barcelona, 1994, págs. 349 y ss. y CORTÉS DOMÍGUEZ, Valentín, GIMENO SENDRA, Vicente y MORENO CATENA, Víctor: *Derecho procesal civil*, Editorial Colex, 1996, págs. 323 a 328. En otro orden de cosas, queremos poner de relieve que, como puede apreciarse, la edición de estas obras consultadas recoge la opinión de sus autores acerca de instituciones reguladas con base en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881. Sin embargo, tanto estas obras como otras que se citan a lo largo de este trabajo, hemos considerado oportuno tomarlas en consideración en los mismos términos en que fueron originalmente formuladas, en atención a que se refieren a figuras que han conservado su esencia en la nueva Ley de 2000.

<sup>15</sup> ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto: *Proceso, autocomposición y autodefensa (Contribución al estudio de los fines del proceso)*, 2.ª edición, Textos universitarios UNAM, México, 1970, pág. 13.

<sup>16</sup> ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto: *Proceso, autocomposición y autodefensa...*, ob. cit., pág. 13.

<sup>17</sup> La consideración de que las formas de autocomposición de controversias, por la vía transaccional, suponen una ventaja en relación con la heterocomposición son puestas de manifiesto por GRACIA PELIGERO, Carmelo J. y MAINAR ENE, María del Pilar: *La solución transaccional: análisis de sus posibilidades*, Colección Jurisprudencia Práctica, volumen 145, Tecnos, Madrid, 1998, págs. 15 a 20.

## A. DE LA AUTOTUTELA AL PROCESO Y DEL PROCESO A LA AUTOCOMPOSICIÓN

### 1. EL PROCESO COMO SUPERACIÓN DE LA AUTOTUTELA O JUSTICIA PRIVADA

Autotutela es el nombre que aplicamos el medio de solución de conflictos que manifiesta la reacción natural de la persona que ha sido lesionada en su interés y persigue la reparación del daño que le han infligido, sobre la base de sus propias consideraciones emocionales. En este sentido, la autotutela constituye la forma de composición de litigios más primitiva de las enunciadas<sup>18</sup>.

Manifestaciones de la autotutela podemos encontrarlas a lo largo de la historia de la humanidad. Así, en el período arcaico del Derecho romano, al tiempo de las gentes<sup>19</sup>, la solidaridad, que dominaba por aquel entonces en todos los organismos gentilicios, suponía que la lesión infligida por el miembro de un grupo al de otro era suficiente para que

<sup>18</sup> Esta forma de composición de litigios o conflictos de intereses también se ha calificado como «autodefensa», «autojusticia» y «justicia privada». Nuestra elección responde al hecho de que hemos considerado que el término «autotutela» responde de forma más ajustada al concepto que se pretende dar de este modo de superación de controversias. No hemos considerado apropiado el término «autodefensa», puesto que éste encierra la idea de defensa, lo que presupone la del ataque cuando, en determinados casos, cabría entender como autodefensa el estado de necesidad, que no es una consecuencia de ataque alguno. La opción de descartar el término «autojusticia» halla su fundamento en que, si bien responde a la idea que de hecho subyace en todas ellas, el «tomarse la justicia por la mano», lo cierto es que dicha palabra también abarcaría la autocomposición, por lo que el término pierde la precisión que se pretende.

Por su parte, «tutela» abarca no sólo la defensa sino también la dirección y el amparo de una persona respecto de otra, según se desprende de la acepción tercera, correspondiente a dicha voz en el Diccionario de la Lengua española, Real Academia Española, vigésima segunda edición, Vol. II, Madrid, 2001, pág. 2247. Y añadiéndole el prefijo «auto», que supone que esas mismas cualidades revierten en uno mismo, el término que se obtiene al final es el que consideramos que se ajustaría al concepto que nos ocupa. Esta elección no obsta para que los otros términos, especialmente el de autodefensa, sean empleados en el trabajo como equivalentes al de autotutela, habida cuenta que ambos son utilizados por la doctrina.

Al respecto, es ilustrativa la justificación con respecto al término adoptado sobre este particular por Niceto ALCALÁ-ZAMORA en su obra *Proceso, autocomposición y autodefensa*, cit., págs. 47 a 50. Este autor opta por denominar los supuestos en que un sujeto impone el sacrificio de su interés a otra como autodefensa al considerar que el término «autotutela» se refiere a aquellos casos en que una persona designa su propio tutor, en previsión de que se le incapacite en el futuro. Al respecto, RODRÍGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE: *La tutela*, Barcelona, 1954, págs. 118 a 123.

<sup>19</sup> PETERLONGO, Maria Emilia: *La transazione nel diritto romano*, Giuffrè editore, Milano, 1936, págs. 145 y siguientes.

las dos gentes a las que pertenecían el agresor y el agredido se colocasen en una situación de enemistad<sup>20</sup>. El delito cometido por uno solo de los componentes del grupo acarrea la responsabilidad de todo el colectivo del que era miembro<sup>21</sup>. Como resultado de ese delito, el grupo del agresor debía sufrir la represalia de la comunidad del ofendido. Con el tiempo, la represalia terminó por concretarse en una venganza que recaía sobre el autor de la lesión. La venganza se consideraba no sólo como un derecho sino como un deber cuyo incumplimiento era contrario a la moral y a la religión<sup>22</sup>. Más adelante, la venganza del delito sufrido fue sustituida por el pago de una composición pecuniaria<sup>23</sup>.

Tanto entonces como ahora, la autotutela supone que una de las partes impone a la otra, coactivamente, la solución del conflicto. El sujeto o sujetos, en su caso, resuelven o intentan resolver el conflicto que tienen con otro mediante su acción directa, en vez de dirigirla a través del proceso. Dos son, pues, los elementos que identifican la autotutela: de un lado, la ausencia de tercero, distinto de las partes y, de otro, la imposición de la decisión por una de las partes a la otra. La autotutela se caracteriza porque se trata de una solución parcial determinada por la ausencia de un tercero, juez o árbitro, distinto de las partes en conflicto, que decida el litigio, como resultado de un procedimiento preestablecido. A su vez, se caracteriza por ser una solución egoísta, en cuanto que una de las partes litigantes impone a la otra por la fuerza la propia solución, estableciéndose, por tanto, una situación de superioridad de una con respecto a la otra.

En atención a las características enunciadas, esta forma de superación de los litigios cabe considerarla como peligrosa, por lo que el orde-

<sup>20</sup> A través de las XII Tablas ha sido posible conocer los supuestos en que el Derecho romano arcaico establecía la autoayuda. Así, por ejemplo, el romanista Juan MIQUEL cita el caso en que el demandado se resistía a acudir ante el pretor y, por ello, el demandante podía agarrarle y llevarle ante su presencia; o también la autoayuda tenía lugar cuando una vez recaída la sentencia condenatoria y concurriendo determinadas circunstancias, el acreedor podía aprehender al deudor y convertirle prácticamente en rehén, hasta que pagase o, incluso, venderlo como esclavo pasado un lapso de tiempo determinado. MIQUEL, J.: *Instituciones de Derecho Privado romano*, Promociones Publicaciones Universitarias, Barcelona, 1986, pág. 37.

<sup>21</sup> La persona que había sido objeto de una ofensa podía tomarse la justicia por su mano, arropado por su tribu o familia. Así lo explica GARCÍA GARRIDO, Manuel Jesús: *Derecho privado romano*, Acciones, casos, instituciones, 9.ª ed., Dykinson, Madrid, 2001, pág. 143.

<sup>22</sup> En un estadio de evolución más avanzado, la confrontación podía eludirse a través del cumplimiento de una determinada conducta.

<sup>23</sup> Así lo entiende Álvaro D'ORS a partir de las XII Tablas 8,2: *si membrum rupsit, ni cum eo pacit, talio esto*, evitando la venganza legal del talión mediante un pacto bilateral. D'ORS, Álvaro: *Derecho privado romano*, 8.ª edición, revisada, Ediciones Universidad de Navarra, S.A., Pamplona, 1991, pág. 140.

namiento jurídico toma las prevenciones oportunas. Por una parte, consagra a nivel constitucional el acceso efectivo de los ciudadanos a los Tribunales (art. 24, 1.º de la Carta Magna)<sup>24</sup>. Por otra, prohíbe la realización arbitraria del propio derecho en normas dispersas a lo largo de los distintos cuerpos legales. Sin ánimo de exhaustividad, en el Código civil, por ejemplo, la norma del artículo 441 constituye una muestra de la prevención del ordenamiento jurídico respecto de la autotutela, en este caso, al consagrar la tutela judicial posesoria y prohibir el *furtum possessionis*: «En ningún caso puede adquirirse violentamente la posesión mientras exista un poseedor que se oponga a ello. El que se crea con acción o derecho para privar a otro de la tenencia de una cosa, siempre que el tenedor resista la entrega, deberá solicitar el auxilio de la Autoridad competente»<sup>25</sup>. Este principio se hallaba respaldado procesalmente por las normas relativas a los interdictos posesorios, recogidas en los artículos 1.631 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento civil de 1881, actualmente derogadas. La Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento civil, no prevé los interdictos como el procedimiento específico dirigido a retener o recobrar la posesión sino que a tal efecto se establece el juicio verbal, con sus correspondientes especificidades para proteger la posesión<sup>26</sup>.

Constituye otro ejemplo de las limitaciones que el ordenamiento jurídico prevé para los supuestos de la autotutela, la prohibición del pacto

<sup>24</sup> Entre otras, STC 37/1995: Fundamento Jurídico 5: «El derecho a poder dirigirse a un Juez en busca de protección para hacer valer el derecho de cada quien, tiene naturaleza constitucional por nacer directamente de la propia Ley suprema». A ella se refiere la sentencia de 21 de julio de 1998 (RTC 168/1998).

<sup>25</sup> En esta misma línea, el artículo 446 del Código civil, que prevé que si el poseedor fuere inquietado en su posesión, «deberá ser amparado o restituido en ella por los medios que las leyes de procedimiento establecen» y el artículo 885, también del Código civil, según el cual «el legatario no puede ocupar por su propia autoridad la cosa legada, sino que debe pedir su entrega y posesión al heredero o al albacea, cuando éste se halle autorizado para darla». Otros medios de protección son los previstos por los artículos 464, 1955 y 1956 del Código civil.

<sup>26</sup> Así, pues, la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000 ha reconducido los interdictos al juicio verbal con la previsión de las particularidades siguientes. En el Libro II, de los procesos declarativos, Título III, del juicio verbal, la LEC de 2000 dispone en el artículo 439, en su punto 1, que «no se admitirán las demandas que pretendan retener o recobrar la posesión si se interponen transcurrido el plazo de un año a contar desde el acto de la perturbación o el despojo». Por su parte, el artículo 441, 1 de la Ley dispone los requisitos a seguir para la adquisición de la posesión de bienes hereditarios. En el punto 2 de este mismo artículo 441, la ley dispone las exigencias legales que correspondían al antiguo interdicto de obra nueva. Y el artículo 447, punto 2, prevé que no producirán efecto de cosa juzgada las sentencias que «pongan fin a los juicios verbales sobre tutela sumaria de la posesión, las que decidan sobre la pretensión de desahucio o recuperación de finca, rústica o urbana, dada en arrendamiento por impago de la renta o alquiler, y sobre otras pretensiones de tutela que esta Ley califique como sumaria».

comisorio reflejada en la norma del artículo 1.859 del Código civil<sup>27</sup>, prohibición que también se aplica para la anticresis, según se desprende del artículo 1.884 del Código civil<sup>28</sup>. Estas normas acogen la prohibición del pacto comisorio, habida cuenta de los abusos en perjuicio del deudor y de los demás acreedores a que da lugar. En este sentido, el objeto gravado puede tener un valor superior al importe de la deuda y el hecho de que el acreedor se apropie de dicho objeto en su totalidad en pago de la deuda pendiente debería considerarse como inmoral. Además, esta apropiación o disposición perjudicaría también a los acreedores restantes, puesto que tienen derecho a cobrarse respecto de lo que reste del valor de la cosa, una vez saldada la deuda garantizada, en función de la preferencia fijada.

Por su parte, en el ámbito del Derecho penal, constituido como un medio de control social que tiende a evitar determinados comportamientos que se consideran indeseables<sup>29</sup>, el artículo 438 del Código Penal español de 1.870, suprimido en el de 1963 y restablecido más recientemente, en el artículo 337 del Código Penal de 1973, pero actualmente derogado, también suponía una manifestación de la prohibición de la autotutela. Según la norma de este precepto se disponía que «El que con violencia o intimidación se apoderare de una cosa perteneciente a su deudor para hacerse pago con ella, será castigado con la pena de multa equivalente al valor de la cosa, sin que pueda bajar de 30.000 pesetas». La Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, estableció la pena para los casos en que los particulares empleen violencia, intimidación o fuerza en las cosas en la norma del artículo 455<sup>30</sup>.

<sup>27</sup> Como es sabido, este precepto reza lo siguiente: «El acreedor no puede apropiarse las cosas dadas en prenda o hipoteca ni disponer de ellas».

<sup>28</sup> El artículo 1884 del Código civil dispone que «El acreedor no adquiere la propiedad del inmueble por falta de pago de la deuda dentro del plazo convenido. Todo pacto en contrario será nulo. Pero el acreedor en este caso podrá pedir, en la forma que previene la Ley de Enjuiciamiento Civil, el pago de la deuda o la venta del inmueble».

<sup>29</sup> En palabras de MIR PUIG «Como todo medio de control social, éste (el derecho penal) tiende a evitar determinados comportamientos sociales que se reputan indeseables, acudiendo para ello a la amenaza de imposición de distintas sanciones para el caso de que dichas conductas se realicen». Más adelante, añade que «es un conjunto de normas dirigidas a los ciudadanos que les prohíben bajo la amenaza de una pena la comisión de delitos». MIR PUIG, Santiago: *Derecho penal*. Parte general, 5.ª edición, 4.ª reimpresión, Reppertor, S.L., Barcelona, 2001, págs. 5 y 8, respectivamente.

<sup>30</sup> Artículo 455 del Código Penal: «1. El que, para realizar un derecho propio, actuando fuera de las vías legales, empleara violencia, intimidación o fuerza en las cosas, será castigado con la pena de multa de seis a doce meses. 2. Se impondrá la pena superior en grado si para la intimidación o violencia se hiciera uso de armas u objetos peligrosos».

Sin embargo y pese a que la autotutela o autodefensa constituye un método de superación de conflictos reprobable, habida cuenta que, por una lado, supondría la quiebra del estado, al no poder mantener el orden jurídico en su territorio y, por otro lado, puede producir unos efectos aún más perjudiciales que los que pretende recabar o, caso de que no se ejercite, el agresor pueda librarse de la pertinente reparación del daño causado<sup>31</sup>, lo cierto es que los ordenamientos jurídicos de distintos países suelen acoger institutos que, en esencia, constituyen supuestos de autotutela o autodefensa, si bien se trata de manifestaciones lícitas de ella. De este modo, la autotutela se comprende en estados de necesidad, como es el caso de la legítima defensa, en el ámbito del Derecho penal. En el campo del Derecho civil, son manifestaciones de la existencia de supuestos de autodefensa en el ordenamiento jurídico las que se desprenden, a título de ejemplo, de las normas de los artículos 592<sup>32</sup> y 612<sup>33</sup> del Código civil. También es considerado como un supuesto lícito de autodefensa el derecho de retención<sup>34</sup>, concebido como el mantenimiento en la posesión de la cosa hasta el cumplimiento de la deuda pendiente, que se refleja en distintos preceptos del Código civil<sup>35</sup> como, por ejemplo, el artículo 1866 del Código civil, para la prenda.

No sólo los ordenamientos internos contienen manifestaciones de la autotutela sino que, también, en el campo de las relaciones internacionales el abanico de supuestos de autodefensa es extenso. La guerra<sup>36</sup>, la

<sup>31</sup> ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto: *Proceso, autocomposición y autodefensa ...*, ob. cit., pág. 57.

<sup>32</sup> Artículo 592 del Código civil: «Si las ramas de algunos árboles se extendieren sobre una heredad, jardines o patios vecinos, tendrá el dueño de éstos derecho a reclamar que se corten en cuanto se extiendan sobre su propiedad, y, si fueren las raíces de los árboles vecinos las que se extendiesen en suelo de otro, el dueño del suelo en que se introduzcan podrá cortarlas por sí mismo dentro de su heredad».

<sup>33</sup> Artículo 612 del Código civil: «El propietario de un enjambre de abejas tendrá derecho a perseguirlo sobre el fundo ajeno, indemnizando al poseedor de éste el daño causado. Si estuviere cercado, necesitará el consentimiento del dueño para penetrar en él. (...)».

<sup>34</sup> La retención es, de hecho, un mecanismo de compulsión para obtener un pago que puede ser objeto de controversia, sin resolverla.

<sup>35</sup> El derecho de retención se prevé para el cobro de los gastos por parte del poseedor de buena fe en la liquidación de los estados posesorios (art. 453 del Código civil); del usufructuario (arts. 502 y 522 del Código civil); derivado del arrendamiento de obra (art. 1600 del Código civil); del mandatario (art. 1730 del Código civil); también se prevé en el comodato (art. 1747 del Código civil); del depositario (art. 1780 del Código civil) y de la anticresis, previsto en el artículo 1886 del Código civil. En Cataluña, el derecho de retención se regula en la Ley 22/1991, de 29 de noviembre, de garantías posesorias sobre cosa mueble (DOGC. núm. 1530, de 16 de diciembre).

<sup>36</sup> Durante siglos, la guerra fue admitida como medio de solución de conflictos entre estados, llegando a considerarse, durante el siglo XIX, como un atributo del Estado al que podía recurrirse como medio de autotutela, en una sociedad en la que no existían mecanismos

intervención solapada de las grandes potencias en los asuntos de los países menos desarrollados, las ocupaciones, etc. constituyen ejemplos de soluciones autodefensivas de conflictos<sup>37</sup> que debieran sustanciarse por otras vías<sup>38</sup>.

La justificación de la existencia de algunos supuestos de autotutela, considerados como lícitos, se asienta sobre las bases de la conveniencia para el Estado. En primer lugar, porque la consideración imperfecta, lógicamente, del Estado comporta que en determinadas situaciones la autotutela constituya el recurso idóneo para obtener el resultado que se persigue. En segundo lugar, porque es prácticamente imposible que el Estado pueda asumir el someter a cauces procesales todos los conflictos que pudiesen surgir. De ahí que se admita en los casos en que la resolución del litigio por esta vía no constituya un peligro para la paz social.

Debe añadirse, además, que los supuestos de autotutela reconocidos por el ordenamiento son, precisamente, casos concretos. Frente a la consideración de la autotutela como el único medio de superación de conflictos que regía en las sociedades primitivas, en la actualidad, en líneas generales, los conflictos se superan por otras vías, de entre las cuales

---

centralizados que ostentasen la exclusiva de imponer el respeto del derecho a través de coerción. Durante el siglo XX se ha logrado una progresiva limitación de las oportunidades que los Estados tienen de recurrir a las armas, a través, fundamentalmente, del principio de prohibición del uso de la fuerza, constituyéndose como un principio de derecho internacional consuetudinario. Este principio se deduce del artículo 2, número 4 de la Carta de las Naciones Unidas. Según este precepto: «Los Miembros de la Organización, en sus relaciones internacionales, se abstendrán de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado, o en cualquier otra forma incompatible con los Propósitos de las Naciones Unidas». Así lo entiende también la *opinio iuris* manifestada mediante la aprobación de la «Declaración sobre los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas», aneja a la Resolución 2625 (XXV) de la Asamblea Nacional, adoptada el 24 de octubre de 1970. Sobre este particular se pronuncia DÍEZ DE VELASCO VALLEJO, Manuel: *Instituciones de Derecho Internacional Público*, 11.ª edición, Tecnos, 1997, págs. 801 a 805.

<sup>37</sup> Pese al principio de prohibición del uso de la fuerza consagrado en el artículo 4, número 2 de la Carta de las Naciones Unidas, en otras normas se admite que la fuerza armada sea el medio al que se recurra en determinados casos, como son la legítima defensa (art. 51), la «acción» mediante fuerzas armadas necesaria para mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales decidida por el Consejo de Seguridad (art. 42), la acción contra Estados enemigos para reprimir el rebrote de hostilidades al fin de la Segunda Guerra Mundial (artículo 107) y, por último, cabría añadir los casos de «autorización del uso de la fuerza por las Naciones Unidas». Estos casos son detallados por DÍEZ DE VELASCO VALLEJO, Manuel: *Instituciones de Derecho Internacional Público*, ob. cit., pág. 805.

<sup>38</sup> La creciente interrelación entre las personas de los distintos estados y, por tanto, la mayor probabilidad de aparición de conflictos entre ellas, característico del período histórico en el que vivimos, nos conduce hacia la sustanciación de los conflictos mediante la creación de Tribunales internacionales.

destaca la de la heterocomposición o proceso, desplazando la autodefensa a un plano inferior en cuanto a relevancia, que se circunscribe a casos concretos o a supuestos excepcionales, recogidos en los ordenamientos internos o a nivel internacional.

En efecto, el abandono de la autotutela como forma de superación de litigios se materializó en el momento en que las personas reconocieron las deficiencias del medio y, uniéndose en sociedades, confiaron la defensa de sus intereses a otro sujeto, ajeno por completo al conflicto que hubiere podido surgir entre ellas, para que efectuara la distribución de sus respectivos derechos<sup>39</sup>. O dicho de otro modo, la composición del litigio se alcanza a través de la decisión de un tercero, distinto de los sujetos implicados en la contienda y ajeno a ella, una vez desarrollado un procedimiento establecido<sup>40</sup>.

El hecho de que la superación del litigio se someta a la decisión que un tercero ajeno a la controversia pueda adoptar conlleva, *a priori*, un resultado imparcial. La persona, individual o colegiada, a la cual las partes acuden, situada *supra partes*, valorará las distintas posturas en la contienda y, de conformidad con su leal saber y entender, para el caso de que el tercero sea un árbitro<sup>41</sup>, o de acuerdo con la Ley, según el mandato constitucional previsto en el artículo 117,1.º de la Norma Fundamental si el tercero es un Juez, fallará en un sentido u en otro. Así mientras que la autotutela supone la imposición del sacrificio del propio interés de una de las partes a la otra, la heterocomposición impide que la situación hegemónica de una de ellas provoque la imposición de la solución que considera como más favorable.

---

<sup>39</sup> Según CONDE DE LA CAÑADA, «Los hombres, que en su primitivo estado natural no reconocían superior que los defendiese de insultos, opresiones y violencias, estaban de consiguiente autorizados para hacerlo por sí propios: la experiencia les hizo entender los graves daños a que los conducían estos medios; pues o no podían defenderse por sí mismos, o excediendo los justos límites para conservarse, excitaban turbaciones, a que eran consiguientes mayores desavenencias, injurias y muertes; y consultando otros medios que mejorasen la seguridad de sus personas sin los riesgos anteriormente indicados, acordaron unirse en sociedades y confiar su defensa y la de todos sus derechos a una persona que mirándolos con imparcialidad les distribuyese sus derechos y los conservase en paz y en justicia». CONDE DE LA CAÑADA: *Instituciones prácticas de los juicios civiles, así ordinarios como extraordinarios, en todos sus trámites, según que empiezan, continúan y acaban en los tribunales reales*, 2.ª edición, tomo I, Madrid 1794, págs. 32 y 33.

<sup>40</sup> La evolución de la justicia privada a la justicia con intervención del Estado es tratada por ÁLVAREZ, Ursicino: *Curso de Derecho romano*, Tomo I, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955, págs. 163 a 172.

<sup>41</sup> De conformidad con la Ley de Arbitraje, los árbitros decidirán la cuestión litigiosa con sujeción a derecho o en equidad, según su saber y entender, a elección de las partes (artículo 4, 1 de la Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de arbitraje, BOE de 7 de diciembre).

Esta imparcialidad del tercero permitirá una composición altruista<sup>42</sup>, o desinteresada<sup>43</sup> si se prefiere, del conflicto, a través de la aplicación de las normas del Derecho objetivo.

En este sentido, el proceso se presenta como la forma de composición de litigios con mayores probabilidades de proporcionar la solución pacífica y justa a la contienda aunque, de hecho, dependa de otros factores como podrían ser la organización judicial y política y la eficiencia de la legislación procesal, entre otros<sup>44</sup>. Sin embargo, para que la decisión emanada de un tercero y encaminada a la superación del litigio produzca plenos efectos es necesario que la persona que decide, juez o árbitro, pueda imponer su resolución, sobre todo, en aquellos casos en que las partes que inicialmente han accedido a someterse a dicha decisión la contradicen.

Para que la resolución dictada por el tercero obtenga plena eficacia, la titularidad de la jurisdicción se vincula al Estado y éste la ejerce mediante los órganos correspondientes, constituyéndose así en un atributo de la soberanía. Supuesto distinto es el del arbitraje, cuya legitimación proviene de la autonomía de la voluntad de las partes. Al respecto, un sector de la doctrina ha defendido la naturaleza jurisdiccional del arbitraje con base en los efectos que se derivan de la decisión emanada del tercero, así su carácter de decisión irrevocable y definitiva. Sin embargo, la doctrina no es unánime en este sentido. De hecho, atendiendo a la distinta estructura de ambas formas de heterocomposición y a las consecuencias que la consideración jurisdiccional del arbitraje pudiese comportar, otro sector de la doctrina concluye que dicha teoría no puede ser adoptada hasta sus últimas consecuencias<sup>45</sup>.

El proceso se caracteriza por su finalidad jurisdiccional compositiva

<sup>42</sup> Éste es el término que Niceto ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO empleó, sin embargo, para los supuestos de autocomposición de controversias que consisten en un acuerdo de voluntades, sin imposición del interés de una de las partes en detrimento de la otra, pero que también se ha considerado de aplicación a los supuestos de heterocomposición del conflicto. ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto: *Proceso, autocomposición y autodefensa...*, ob. cit., página 13.

<sup>43</sup> Así es calificada por Vicente GIMENO SENDRA en ALMAGRO NOSETE, José; CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín; GIMENO SENDRA, Vicente y MORENO CATENA, Víctor: *Derecho procesal*, Tomo I (Vol. I), ..., ob. cit., pág. 194.

<sup>44</sup> ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto: *Proceso, autocomposición y autodefensa* ..., ob. cit., pág. 14.

<sup>45</sup> Así se pronuncia Vicente GIMENO SENDRA en ALMAGRO NOSETE, José: *Derecho procesal*, Tomo I, ob. cit., pág. 194.

del litigio, distinguiéndose del procedimiento en que este último se configura como una previsión legal de ordenación de actos relacionados entre sí por la unidad del efecto jurídico final<sup>46</sup>.

Se trata, por ende, de una institución perteneciente al Derecho público, por lo que su aparición y delimitación se hallan íntimamente ligados al nacimiento y solidez del Estado. En los períodos históricos en los que el Estado no ocupa una posición de preeminencia sino de debilidad, el cumplimiento de la sentencia dictada una vez celebrado el correspondiente proceso tiene lugar como consecuencia del acuerdo de voluntades de las propias partes. Esta circunstancia originó el nacimiento de las tesis que fundamentan la naturaleza jurídica del proceso en el acuerdo celebrado, concebido como contrato<sup>47</sup>. Por contra, en aquellos momentos en que el Estado se fortalece y toma en consideración los efectos negativos que la autodefensa puede producir para la organización social, asume el monopolio de la Justicia, lo que da lugar, como consecuencia inmediata, a la prohibición expresa para los ciudadanos de tomarse la justicia por su mano. En este contexto, la sentencia del juez se impondrá con base en el *imperium* de la autoridad judicial que la ha dictado, y no como un efecto del acuerdo celebrado entre las partes. Por consiguiente, la exclusividad asumida por el Estado promoverá, también, una revisión de la naturaleza contractual del proceso de manera que éste se conceptuará desde las categorías del Derecho público<sup>48</sup>.

## 2. LA AUTOCOMPOSICIÓN COMO MEDIDA DE RESOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS ALTERNATIVA AL PROCESO

En los últimos tiempos y coincidiendo con un período en que los Tribunales de Justicia se ven desbordados por el número elevado de causas que deben resolver, otras formas de resolución de conflictos, definidas

<sup>46</sup> ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto: *Proceso, autocomposición y autodefensa*, ob. cit., pág. 116.

<sup>47</sup> Son las denominadas tesis contractualistas que justifican la naturaleza jurídica del proceso desde la perspectiva del contrato o del cuasicontrato de *litis contestatio*. Por todos, Vicente GIMENO SENDRA en ALMAGRO NOSETE, José: *Derecho procesal*, Tomo I, ob. cit., páginas 195 y siguientes.

<sup>48</sup> Al respecto, entre otros, FAIRÉN GUILLÉN, Víctor: *Estudios de Derecho procesal*, Madrid, 1955, págs. 13 a 57; ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto: *Proceso, autocomposición y autodefensa*, ob. cit., págs. 120 a 134 y ALMAGRO NOSETE, José: *Derecho procesal*, Tomo I (Vol. I) Parte General. Proceso civil (1), cit., págs. 194 y siguientes.

como alternativas<sup>49</sup>, están irrumpiendo en el espacio jurídico<sup>50</sup>. Pese a que pudiera parecer lo contrario, el Poder Judicial, como institución que tiene el monopolio de la fuerza jurídica, no excluye otras medidas alternativas de resolución de conflictos en las cuales no haya necesidad de utilizar esta fuerza, máxime en ámbitos donde rige la autonomía privada de las partes. Ciertamente es que la convivencia humana precisa de la existencia de un orden, como es el Derecho, que permita a cada uno de las personas vivir satisfaciendo sus necesidades e intereses, sin que ello signifique tener que enfrentarse continuamente con las demás personas<sup>51</sup> y requiere, por consiguiente, de un Poder encargado de dirimir, conforme a ese orden preestablecido, los conflictos que puedan surgir como consecuencia de dicha convivencia. Pero de ello no debería derivarse que, ineludiblemente, todos los conflictos deban resolverse acudiendo a los Tribunales para que el Poder Judicial ejerza su fuerza jurídica sino que, allí donde sea posible, las partes pueden superarlos a través de otros medios, teniendo en cuenta, además, que las partes siempre podrán acudir a los Tribunales con la finalidad de obtener la solución de la controversia de acuerdo con las normas jurídicas correspondientes<sup>52</sup>.

El fundamento de que las partes puedan superar un conflicto por la vía judicial o por otro cualquier otro medio radica, como venimos apuntando, en su autonomía privada. Una vez el conflicto se ha manifestado, una de las partes o las dos pueden optar por dirimir la controversia mediante cualquiera de los distintos medios de superación, para lo que

<sup>49</sup> RAMOS MÉNDEZ pone de relieve que el adjetivo «alternativo», aplicado a las formas de superación de controversias distintas al proceso, genera sentimientos contrapuestos: de un lado, el de prevención ante un nuevo sistema que puede significar una afrenta al sistema y, de otro lado, el de mal funcionamiento del sistema ya que si éste funcionara no serían necesarias estas formas de resolución. RAMOS MÉNDEZ, FRANCISCO: «Medidas alternativas a la resolución de conflictos por vía judicial en el ámbito patrimonial», en *Iuris*, núm. 4, 1995, páginas 136 y 137.

<sup>50</sup> Son consideradas medidas de superación de conflictos alternativas al proceso, entre otras, la transacción, la conciliación, la mediación, el arbitraje, etc. Al respecto, por todos, RAMOS MÉNDEZ, FRANCISCO: «Medidas alternativas a la resolución de conflictos por vía judicial en el ámbito patrimonial», en *Iuris*, núm. 4, cit., pág. 136 y ss y BARONA VILAR, SILVIA: *Solución extrajudicial del conflicto: «alternative dispute resolution» (ADR) y derecho procesal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

<sup>51</sup> Así lo concibe LUNA SERRANO en LUNA SERRANO, AGUSTÍN: «La función del Derecho y el ordenamiento jurídico», en *El derecho en la Facultad. Cuarenta años de la nueva Facultad de Derecho de Barcelona*, Marcial Pons, Universitat de Barcelona, Madrid, Barcelona, 2001, pág. 214.

<sup>52</sup> En palabras de RAMOS MÉNDEZ, el Poder Judicial siempre estará ahí, como última opción, pero que no impide que busquemos alternativas. RAMOS MÉNDEZ, FRANCISCO: «Medidas alternativas a la resolución de conflictos por vía judicial en el ámbito patrimonial», cit., página 136.

tendrán en cuenta un elenco de consideraciones tales como el coste económico, el tiempo que les llevará solucionar el conflicto e, incluso, el desgaste emocional, sobre todo, en aquellas controversias jurídicas derivadas de relaciones personales (ej. familiares). Y, precisamente, porque son manifestaciones de la autonomía privada de las partes, se trata de medios de superación de conflictos que se encontraban a su alcance. Tal vez, el motivo de su escasa implantación hasta el momento sea una consecuencia del sentimiento enraizado en la sociedad de que el proceso es el medio para vencer al contrario. En cambio, la mayor parte de las formas alternativas de superación de conflictos constan de una negociación<sup>53</sup> que termina en un acuerdo, en principio, satisfactorio para ambas partes<sup>54</sup>.

Se trata, a fin de cuentas, de medios de autocomposición de controversias que persiguen, fundamentalmente, que las propias partes superen el conflicto en el que se hallan inmersas mediante la celebración de aquellos acuerdos que estimen más convenientes a sus propios intereses, por consiguiente, de forma satisfactoria. No son, por tanto, medios de resolución de conflictos que atentan contra el sistema establecido sino que, precisamente, dentro del marco del Derecho y con base en uno de sus principios fundamentales, como es el de la autonomía privada, constituyen un medio más, tan válido como lo pueda ser el proceso.

Y esta autonomía privada de las partes no sólo se pone de manifiesto en la elección del medio de superación del conflicto sino que la autonomía privada es también la fuente que alimenta algunos de los actos que rigen antes, durante y al término del proceso. En este sentido y aunque el proceso se ajuste a las normas del Derecho público, determinados actos que se introducen en el proceso son una consecuencia del ejercicio de la autonomía de la voluntad de las partes, que se traduce en los principios que inspiran el proceso judicial civil<sup>55</sup>, y que veremos a continuación.

<sup>53</sup> Exceptuando el arbitraje, que si se entiende como medio de superación alternativa de conflictos, también comporta, como en el proceso, que un tercero imponga a las partes la solución del conflicto.

<sup>54</sup> El acuerdo celebrado entre las partes con la finalidad de solucionar una controversia comporta un mayor grado de cumplimiento. En efecto, el hecho de que la superación del conflicto se alcance mediante el acuerdo de las partes supone que no hay vencedores ni vencidos y, por consiguiente, una mayor probabilidad de que los pactos alcanzados se cumplan. Por el contrario, cuando la solución del conflicto es impuesta por un tercero, ineludiblemente, hay un ganador y un perdedor que, en muchos casos, no está en disposición de cumplir con la decisión que ha sido adoptada.

<sup>55</sup> Los principios del proceso son el sustrato de los distintos tipos procesales que informan su estructura y se manifiestan en su construcción o regulación legal. Así lo expresa BERZOSA FRANCOS, M.<sup>a</sup> Victoria: «Principios del proceso», *Justicia*, 92, III, págs. 553.

## B. LA AUTONOMÍA PRIVADA COMO FUNDAMENTO DEL PROCESO CIVIL: LOS PRINCIPIOS DE ROGACIÓN Y DE CONGRUENCIA Y EL PRINCIPIO DE APORTACIÓN DE PARTE

Constituyen los dos primeros la manifestación de un principio mayor, el dispositivo<sup>56</sup>, que se configura como «criterio en virtud del cual el proceso se construye, en primer lugar, haciendo depender su existencia real y su objeto concreto del libre poder de disposición de los sujetos jurídicos sobre los derechos sustantivos y materiales cuya protección jurisdiccional depende y, en segundo lugar, de modo que dispongan también libremente de las oportunidades de actuación procesal abstractamente previstas en la norma jurídica»<sup>57</sup>.

La primera manifestación de este principio dispositivo lo constituye el que tradicionalmente en España se ha conocido como el principio de justicia rogada o de rogación. Según éste, el proceso no da comienzo por iniciativa exclusiva del órgano jurisdiccional (*ne procedat iudex ex officio*) sino sólo por la voluntad de un sujeto cuya pretensión consiste en la obtención de una resolución judicial concreta. En este sentido se expresa el artículo 216 de la vigente Ley de Enjuiciamiento civil, según el cual «Los tribunales civiles decidirán los asuntos en virtud de las aportaciones de hechos, pruebas y pretensiones de las partes, ...». La consecuencia que se deriva de dicho principio es que el proceso no se iniciará si no existe alguien que, con una actuación que consista en la petición ante el órgano jurisdiccional, active el procedimiento, de tal modo que sin demandante no hay proceso. Esta consideración tiene su reflejo en el conocido brocardo *nemo iudex sine actore*. La vigente LEC, inspirándose en el principio de justicia rogada o principio dispositivo<sup>58</sup>, también

<sup>56</sup> El principio dispositivo es considerado como un principio específico en atención a que obedece a la naturaleza peculiar de distintos ámbitos de la realidad jurídica, frente a los principios comunes o inherentes a la estructura del proceso. Son considerados principios comunes a todos los procesos el principio de dualidad de partes, el principio de audiencia y el de igualdad. Así lo pone de manifiesto, BERZOSA FRANCO, M.<sup>a</sup> Victoria: «Principios del proceso», cit., págs. 560 a 575. Como señala PICÓ JUNOY, «En virtud del principio dispositivo las partes son absolutamente libres para disponer de sus intereses privados y reclamarlos o no, judicialmente, en la medida que estimen oportuno». PICÓ JUNOY, Joan: «Los principios del nuevo proceso civil», en ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, Jaume (coordinador): *Instituciones del nuevo proceso civil. Comentarios sistemáticos a la Ley 1/2000*, volumen I, Economist & Jurist, Barcelona, 2000, pág. 30.

<sup>57</sup> OLIVA, Andrés de la y FERNÁNDEZ, Miguel Ángel: *Lecciones de Derecho Procesal*, I, Introducción, el proceso civil, sus tribunales y sus sujetos, Barcelona, 1984, págs. 73 y 74.

<sup>58</sup> Por su interés, consideramos oportuno reproducir literalmente el apartado VI de la Exposición de Motivos de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento civil, por lo que al

prevé que el juicio ordinario principiará con la demanda, según establece el artículo 399 de este cuerpo legal, y del mismo modo se prevé que se inicie el juicio verbal, a tenor del artículo 437 de la LEC. Por consiguiente, hasta el instante en que el sujeto jurídico que crea necesitar la tutela inicie el proceso, el órgano jurisdiccional ostenta una actitud de espera de las solicitudes y peticiones de las partes, constituyendo una manifestación, nuevamente, del principio de la autonomía privada.

Este mismo principio dispositivo se evidencia en el hecho de que las partes posean el dominio completo de su derecho sustantivo como de los derechos que se hallan implícitos en el juicio, al poder disponer libremente de ellos<sup>59</sup>. Así, una vez iniciado el proceso, propuesta la acción, el actor es libre incluso para renunciar a continuar manteniéndola; del mismo modo que el demandado tiene el poder de disposición para defenderse o no, o reconocer la pretensión del demandante. Por consiguiente, las partes también ostentan la facultad de terminación del proceso o de

---

principio de justicia rogada o principio dispositivo se refiere: «La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil sigue inspirándose en el principio de justicia rogada o principio dispositivo, del que se extraen todas sus razonables consecuencias, con la vista puesta, no sólo en que, como regla, los procesos civiles persiguen la tutela de derechos e intereses legítimos de determinados sujetos jurídicos, a los que corresponde la iniciativa procesal y la configuración del objeto del proceso, sino en que las cargas procesales atribuidas a estos sujetos y su lógica diligencia para obtener la tutela judicial que piden, pueden y deben configurar razonablemente el trabajo del órgano jurisdiccional, en beneficio de todos.

De ordinario, el proceso civil responde a la iniciativa de quien considera necesaria una tutela judicial efectiva en función de sus derechos e intereses legítimos. Según el principio procesal citado, no se entiende razonable que el órgano jurisdiccional le incumba investigar y comprobar la veracidad de los hechos alegados como configuradores de un caso que pretendidamente requiere una respuesta de tutela conforme a Derecho. Tampoco se grava al tribunal con el deber y la responsabilidad de decidir qué tutela, de entre todas las posibles, puede ser la que corresponde al caso. Es a quien cree necesitar tutela a quien se atribuyen las cargas de pedirla, determinarla con suficiente precisión, alegar y probar los hechos y aducir los fundamentos jurídicos correspondientes a las pretensiones de aquella tutela. Justamente para afrontar esas cargas sin indefensión y con las debidas garantías, se impone a las partes, excepto en casos de singular simplicidad, estar asistidas de abogado.

Esta inspiración fundamental del proceso —excepto en los casos en que predomina un interés público que exige satisfacción— no constituye, en absoluto, un obstáculo para que, como se hace en esta Ley, el tribunal aplique el Derecho que conoce dentro de los límites marcados por la faceta jurídica de la causa de pedir. Y menos aún constituye el repetido principio ningún inconveniente para que la Ley refuerce notablemente las facultades coercitivas de los tribunales respecto del cumplimiento de sus resoluciones o para sancionar comportamientos procesales manifiestamente contrarios al logro de una tutela efectiva. Se trata, por el contrario, de disposiciones armónicas con el papel que se confía a las partes y responsabilidades inherentes al proceso, sin perjudicar a los demás sujetos de éste y al funcionamiento de la Administración de Justicia.»

<sup>59</sup> En estos términos, GÓMEZ ORBANEJA, Emilio y HERCE QUEMADA, Vicente: *Derecho procesal civil*, Volumen primero, «Parte general. El proceso declarativo ordinario», octava edición, Madrid, 1979, pág. 214.

privarle de objeto, bien sea en las formas señaladas, esto es, desistiendo o allanándose según que el sujeto que pretende su terminación sea, respectivamente, el actor o el demandado, bien optando por celebrar un contrato de transacción, al que pueden llegar por sí solas o mediante la intervención de un tercero mediador que proporcione el espacio para que las partes lleguen a un acuerdo, o, finalmente, también pueden optar por someter la cuestión a arbitraje. Asimismo, una vez terminado el proceso, las partes pueden impulsar o no la ejecución de la sentencia obtenida, solicitando o no las correspondientes medidas de aseguramiento<sup>60</sup>.

Estrechamente relacionado con esta manifestación del principio dispositivo que informa todo proceso se halla otro, el principio de congruencia de la sentencia, en virtud del cual, ésta debe ser ajustada a las peticiones de las partes. La sentencia versará sobre lo que el demandante ha pretendido y dentro de los límites por él establecidos. Y por ende, el fallo deberá ser congruente con las pretensiones del demandante. Al respecto, el requisito de la congruencia, que ordena el artículo 218<sup>61</sup> de la Ley de Enjuiciamiento Civil, viene determinado por la adecuación o correspondencia del «fallo» de la sentencia con el *petitum* de la demanda en relación con la *causa petendi* de la misma. Por consiguiente, la resolución final del proceso no debe pronunciarse sobre cuestión alguna que no se haya solicitado ni que se fundamente en hechos o títulos jurídicos que las partes no hubieren alegado, así como tampoco puede conceder más de lo que las partes han solicitado, ni conceda menos de lo admitido por el demandado, ni deje de pronunciarse sobre todas las pretensiones ejercitadas<sup>62</sup>.

<sup>60</sup> PRIETO-CASTRO y FERRÁNDIZ, Leonardo: *Tratado de Derecho procesal civil*, Proceso declarativo, proceso de ejecución, 2.<sup>a</sup> edición, Aranzadi, Pamplona, 1985, págs. 518 y 519.

<sup>61</sup> Artículo 218 de la Ley de Enjuiciamiento civil: «1. Las sentencias deben ser claras, precisas y congruentes con las demandas y con las demás pretensiones, deducidas oportunamente en el pleito. Harán las declaraciones que aquéllas exijan, condenando o absolviendo al demandado y decidiendo todos los puntos litigiosos que hayan sido objeto del debate.

El tribunal, sin apartarse de la causa de pedir acudiendo a fundamentos de hecho o de derecho distintos de los que las partes hayan querido hacer valer, resolverá conforme a las normas aplicables al caso, aunque no hayan sido acertadamente citadas o alegadas por los litigantes.

2. Las sentencias se motivarán expresando los razonamientos fácticos y jurídicos que conducen a la apreciación y valoración de las pruebas, así como a la aplicación e interpretación del Derecho. La motivación deberá incidir en los distintos elementos fácticos y jurídicos del pleito, considerados individualmente y en conjunto, ajustándose siempre a las reglas de la lógica y de la razón. (...)».

<sup>62</sup> En relación con la congruencia de la sentencia, entre otros, COBO PLANA, Juan José: *La sentencia civil*. Forma, contenido, motivación, plazo, firma, aclaración, congruencia, lura Novit Curia, reformatio in peius, condena al pago de intereses, imposición de costas, Jurisprudencia práctica, Dykinson 1995, págs. 48 y siguientes.

Otro de los principios<sup>63</sup> del proceso que reflejan la autonomía privada, lo constituye el principio de aportación de parte<sup>64</sup>. Una vez iniciado voluntariamente el proceso y fijada la pretensión<sup>65</sup>, las partes tienen la función de exponer y aportar al juicio aquellos materiales que se corresponden con los hechos alegados así como la indicación de las normas jurídicas sobre las que se fundamenta la pretensión. En ese sentido, se confía a los sujetos procesales la labor de alegar y fijar o probar los hechos que respectivamente les interesen<sup>66</sup>. Así, por lo que se refiere a la demanda, ésta debe reunir los elementos identificadores tanto objetivos (el *petitum* y la *causa petendi*) como subjetivos (la persona que demanda y contra quién), configurándose de tal modo los sujetos y el objeto del proceso, el cual versará sobre la pretensión alegada por el actor y dentro de los límites que por él han sido señalados<sup>67</sup>. Este principio se expresa mediante los brocardos *Da mihi factum, dabo tibi ius* y *Iudex iudicat secundum allegata et probata partium, non secundum conscientiam suam*<sup>68</sup>. Por lo que a la prueba se refiere, el artículo 282, *ab initio*, de la LEC indica que: «Las pruebas se practicarán a instancia de parte», si bien también se establece, en inciso segundo, que «Sin embargo, el tribunal podrá acordar, de oficio, que se practiquen determinadas pruebas o que se aporten documentos, dictámenes u otros medios e instrumentos probatorios, cuando así lo establezca la ley».

<sup>63</sup> La delimitación conceptual entre el principio dispositivo y el de aportación de parte en PICÓ I JUNOY, Joan: *El derecho a la prueba en el proceso civil*, J.M. Bosch editor, S.A., Barcelona, 1996, págs. 208 a 222.

<sup>64</sup> El principio de aportación de parte tiene un carácter técnico ya que, como señala PICÓ JUNOY, responde «a un particular modo de concebir el desarrollo del proceso jurisdiccional, en el que la iniciativa de los jueces y tribunales se construye, en gran medida, a la voluntad de las partes». PICÓ I JUNOY, Joan: *El derecho a la prueba en el proceso civil*, ob. cit., página 217.

Este principio de aportación de parte se concibe como «reflejo habitual» del principio dispositivo en la STS de 25 de febrero de 1992 (Ar. 1552).

<sup>65</sup> Constituirían otras manifestaciones del principio dispositivo, la determinación del objeto del proceso, de un lado, y la finalización del proceso, de otro, por voluntad exclusiva de los litigantes. En esta línea, PICÓ JUNOY, Joan: «Los principios del nuevo proceso civil», en ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, Jaume (coordinador): *Instituciones del nuevo proceso civil*, ob. cit., pág. 30.

<sup>66</sup> Corresponde a las partes litigantes tanto la tarea de introducir los hechos en el proceso como la de probarlos. Al respecto, BERZOSA FRANCO, M.<sup>a</sup> Victoria: «Principios del proceso», cit., pág. 594.

<sup>67</sup> Todo ello de acuerdo con las disposiciones de los artículos 399 y 400 de la LEC vigente, respecto del juicio ordinario, y el artículo 437, por lo que al juicio verbal se refiere.

<sup>68</sup> PRIETO-CASTRO y FERRÁNDIZ, Leonardo: *Tratado de Derecho procesal civil*, ob. cit., página 519 y PICÓ I JUNOY, Joan: *El derecho a la prueba en el proceso civil*, ob. cit., págs. 216 y 217.

Por su parte, el órgano jurisdiccional deberá atenerse a los hechos admitidos por las partes sin posibilidad alguna<sup>69</sup> de introducir nuevos hechos relevantes, ni intervenir en actividad alguna más que aquella que las partes hayan solicitado<sup>70</sup>. Aquí, la máxima que recoge esta regla es *quod non est in actis non est in mundo*<sup>71</sup>.

Estos principios someramente expuestos y tradicionalmente concebidos para el proceso seguido ante el órgano judicial del Estado son también de aplicación a los casos en que el litigio trata de superarse a través de la decisión de un órgano privado<sup>72</sup>, así como aquellos previstos en el artículo 21,1 de la Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de arbitraje (BOE del 7 de diciembre de 1988). En efecto, la decisión arbitral tan sólo se llevará a cabo desde el momento en que las partes hayan acordado someter a la resolución de un tercero la cuestión litigiosa que ha surgido entre ellas. Y también el laudo arbitral deberá ajustarse a la cuestión sometida a arbitraje en los términos establecidos por las partes en su día.

### C. LA AUTONOMÍA PRIVADA Y SU REFLEJO EN LA ELECCIÓN DEL MEDIO DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS: EL CONTRATO DE ARBITRAJE Y LA SUMISIÓN EXPRESA

#### 1. EL ARBITRAJE

Ante un conflicto de intereses surgido de dos esferas jurídicas diferentes, sus respectivos titulares pueden, en ejercicio de su autonomía

<sup>69</sup> Respecto de la limitación impuesta al juzgador para la petición de prueba de los hechos alegados por las partes, las diligencias finales previstas en el artículo 435.2 de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil podrían interpretarse como una excepción al principio general que hemos anunciado. En este sentido, la norma acoge una cierta facultad dispositiva del juzgador dirigida a la práctica de nuevas pruebas, si bien es cierto que se prevé como una facultad excepcional, dirigida sólo a los hechos relevantes, que previamente han sido oportunamente alegados y para el supuesto en que los actos de prueba anteriores no hubieran resultado concluyentes a causa de circunstancias ya desaparecidas e independientes de la voluntad y diligencia de las partes y siempre que existan motivos fundados para creer que las nuevas actuaciones permitirán adquirir certeza sobre aquellos hechos. Además, la consideración del carácter excepcional de estas diligencias viene reforzado por el último párrafo de este punto 2, del artículo 435 de la LEC, por cuanto que requiere que las circunstancias y los motivos que justifican estas diligencias se hagan constar en el auto que acuerde su práctica.

<sup>70</sup> OLIVA, Andrés de la y FERNÁNDEZ, Miguel Ángel: *Lecciones de Derecho Procesal*, I, ob. cit., pág. 75.

<sup>71</sup> Así lo entiende, PRIETO-CASTRO y FERRÁNDIZ, Leonardo: *Tratado de Derecho procesal civil*, ob. cit., pág. 519.

<sup>72</sup> En este sentido se pronuncia MONTERO AROCA, Juan en *Comentario breve a la Ley de Arbitraje*, bajo su dirección, Civitas, Madrid, 1990.

privada, tratar de superarlo por los distintos medios que el ordenamiento jurídico prevé.

Al margen del proceso que asienta sus bases en el poder para impartir justicia concedido al Estado, los sujetos inmersos en la contienda pueden tratar de superarla mediante el compromiso de someterse a la decisión adoptada por un tercero distinto de las personas de la contienda y de un juez. El negocio jurídico en virtud del cual las partes se obligan a cumplir con la decisión adoptada por el elegido o aceptado para ello es calificado como contrato de arbitraje o convenio arbitral<sup>73</sup>. El árbitro o árbitros nombrados se sitúan *supra partes* y, de conformidad con los hechos alegados por los contendientes resuelven la controversia, conforme a derecho o a equidad, según sea el caso. En estos supuestos, el poder que cada sujeto tiene para autogobernarse se dirige a la elección de una persona o personas que son totalmente ajenas al conflicto que ha surgido con otra u otras personas y, por ende, a la intención de someterse a la decisión, bajo la forma de laudo, emitida por el sujeto elegido a tal efecto<sup>74</sup>.

La justificación de su consideración como medio alternativo de superación de controversias viene de la mano de la prohibición de la autotutela y del hecho de que la vía de solución de litigios a través del Estado-Juez no es ni obligatoria, ni única. El acudir al órgano del Estado nunca podrá calificarse de necesario cuando las partes tienen la libre disposición de sus derechos, de acuerdo con el derecho material. Con base en la autonomía privada de los particulares en el momento de configurar sus relaciones, se permite que las partes acudan a un órgano privado para solucionar sus diferencias. En efecto, el sujeto podrá acudir a la vía judicial con la finalidad de que el órgano competente dicte la resolución pertinente que ponga fin al litigio, pero también podrá optar por otras vías de composición diferentes, como es el arbitraje.

Desde la perspectiva de que un tercero ajeno al litigio es el que proporciona la solución a la controversia, el arbitraje y el proceso jurisdiccional constituyen medios de heterocomposición de litigios. De estas dos formas heterocompositivas de solución de controversias parece conve-

<sup>73</sup> La Ley de arbitraje de 1988 supera la diferencia que hacía la anterior Ley de 1953 entre el contrato preliminar de arbitraje y compromiso.

<sup>74</sup> La Ley de Arbitraje permite también que las partes defieran a un tercero el nombramiento de los árbitros. El arbitraje puede ser institucional a través de los Tribunales de Arbitraje en los que se administra esta forma de heterocomposición de conflictos.

niente destacar el hecho de que una única parte puede acudir al auxilio de los Tribunales y activar el engranaje de la actividad jurisdiccional frente a la otra parte, debiendo ésta última asumir la carga de comparecer y actuar, mientras que en el arbitraje, por contra, se precisa la conformidad de las dos partes. Por este motivo, el artículo 1 de la Ley de Arbitraje de 1988 establece de forma específica los requisitos para que se pueda acudir a este medio heterocompositivo, fundado en la autonomía privada de las partes.

## 2. LA SUMISIÓN EXPRESA

Con base en la autonomía privada, las partes pueden acordar someterse a la competencia territorial de los tribunales de un determinado lugar para que conozcan de la controversia que, en su caso, pudiese surgir. Es así como concibe la sumisión expresa el artículo 55 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

En este sentido, las normas sobre competencia territorial tienen carácter dispositivo, según establece de forma expresa el artículo 54 de la Ley de Enjuiciamiento civil<sup>75</sup>. El fundamento del carácter dispositivo de la competencia territorial se basa en la ausencia de interés público directo. En tema de competencia territorial, el interés público se centra en cuestiones más accesorias como, de un lado, el hecho de que el juez que conozca de cada litigio sea aquel cuyo territorio tenga una mayor conexión con la materia objeto del pleito y, de otro, que la competencia territorial quede fijada definitivamente lo antes posible con la finalidad de que el proceso pueda sustanciarse sin que se planteen cuestiones de competencia que puedan entorpecer su desarrollo<sup>76</sup>.

No obstante este carácter dispositivo, la ley fija la competencia territorial de forma inderogable para unos casos especiales, de modo que el juez competente legalmente establecido no puede ser cambiado por acuerdo tácito o expreso de los litigantes, según dispone el artículo 54.1

<sup>75</sup> Artículo 54 de la Ley de Enjuiciamiento civil: «Las reglas atributivas de la competencia territorial sólo se aplicarán en defecto de sumisión expresa o tácita de las partes a los tribunales de una determinada circunscripción (...)».

<sup>76</sup> En relación a la sumisión expresa, véase por todos PELÁEZ DEL ROSAL, Manuel: *La competencia territorial en el proceso civil. El acuerdo de sumisión expresa*. Ariel, Barcelona, 1974.

de la Ley de Enjuiciamiento Civil<sup>77</sup>, por lo que se concluye que esta nueva redacción restringe el ámbito de operación de esta figura<sup>78</sup>.

## D. LAS FIGURAS MIXTAS QUE PROPICIAN LA AUTOCOMPOSICIÓN DEL LITIGIO: LA MEDIACIÓN Y LA CONCILIACIÓN

Dentro de la clasificación de las formas autocompositivas de controversias se acostumbra a situar a dos figuras, la conciliación y la mediación, a las que se considera oportuno dedicar una mención aparte por su particular configuración.

La particularidad que justifica este tratamiento diferenciado radica en el hecho de que, desde la perspectiva del sujeto que interviene, distinto a los particulares en conflicto, cada uno de estos institutos podría considerarse como una forma de heterocomposición, así como un instituto que propicia la autocomposición de la controversia.

En la mediación, un tercero, distinto de los particulares inmersos en el litigio, les proporciona un espacio para que puedan, ellos mismos, alcanzar una solución que le ponga fin. En la conciliación, este tercero es

<sup>77</sup> Distinta naturaleza se predica de la sumisión tácita. La sumisión tácita se configura como un sistema que permite fijar el juez territorialmente competente como consecuencia de la actuación individual de las partes del proceso. En este supuesto, no nos hallamos ante una manifestación de la autonomía privada de las partes, por cuanto que no hay un acuerdo entre ellas, sino que se trata más bien de conductas independientes, una consecuencia de la otra, pero sin que sean fruto del pacto entre ellas.

Por consiguiente, si como consecuencia de la conducta procesal de las partes, acaece alguno de los hechos que originan la sumisión tácita, ya no es posible impugnar la competencia territorial. Así lo ponían de manifiesto respecto de la sumisión tácita prevista en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, OLIVA, Andrés de la y FERNÁNDEZ, Miguel Ángel: *Lectones de Derecho Procesal*, I, ob. cit., pág. 236.

<sup>78</sup> En esta línea se expresa PELÁEZ DEL ROSAL, Manuel: «La sumisión expresa ¿figura anacrónica?», en *Revista Jurídica de Catalunya, número monográfico, La nova LEC (Llei 1/2000, de 7 de gener)*, 2001, 4, págs. 999 a 1028. Por su interés, reproducimos la síntesis de este artículo: «Encara que la nova Llei d'Enjudiciament Civil, segons el legislador en la seva Exposició de Motius, permet la submissió expressa en un bon nombre de casos, la veritat és que aquesta antiga figura ha vist restringida en la nova redacció de la seva normativa, de manera molt sensible, el seu àmbit d'operació. Tot considerant que la història de la competència territorial ha estat durant molts segles la del poder de prorrogació, el nou sistema, en canvi, s'ha decantat per la indisponibilitat del jutge o del tribunal competent, amb algunes excepcions. Una d'aquestes és, precisament, l'acord de submissió expressa, que conserva la seva denominació clàssica totalment antiquada, pel fet que suposa no només una subordinació indefensable dels litigants al jutge, sinó també una elecció residual del jutge competent, molt allunyada del postulat liberal de l'autonomia de la voluntat per sobre de la matèria.».

el Juez que procurará avenir las partes o las exhortará a que alcancen un acuerdo. Por tanto, desde la vertiente del sujeto interviniente en el medio de superación del litigio, la mediación y la conciliación podrían considerarse como formas heterocompositivas. Sin embargo, a diferencia de lo que ocurre en los medios de resolución de conflictos heterocompositivos (proceso y arbitraje), el tercero nunca impone su decisión a las partes. Su labor consiste en facilitar a las partes un espacio para el diálogo así como un proceso que les permita llegar a un acuerdo que termine con el conflicto. En la conciliación y en la mediación, el tercero (juez conciliador o mediador) actúa *inter partes* y no *supra partes*, como corresponde al juez en el proceso o al árbitro. El conciliador y el mediador nunca imponen su decisión.

Las diferencias entre uno y otro instituto son tratadas a continuación.

## 1. LA MEDIACIÓN

La mediación o actividad mediadora es llevada a término por un tercero que trata de alcanzar el acuerdo o avenencia de las partes en conflicto, limitándose a aproximarlas, sin llegar, por consiguiente, a decidir sobre el asunto.

Particular significación tiene la figura de la mediación en el ámbito del Derecho de familia en Cataluña. De un lado, la norma del artículo 126 de la Ley 9/1998, de 15 de julio, del *Codi de Família* (DOGC núm. 2687, de 23 de juliol de 1998, pàg. 9132) atribuye la función de mediación para la adopción internacional al organismo competente de la *Generalitat de Catalunya*, previendo la posibilidad de que ésta acredite entidades colaboradoras en los términos y con el cumplimiento de los requisitos establecidos por el reglamento<sup>79</sup>. Por otro lado, la Disposición Final Ter-

<sup>79</sup> Artículo 126: «Funcions de mediació. 1. Només pot intervenir amb funcions de mediació per a l'adopció internacional l'organisme competent de la Generalitat. No obstant això, la Generalitat pot acreditar entitats col·laboradores per a l'exercici d'aquestes funcions en els termes i amb el compliment dels requisits que s'estableixen per reglament. En tot cas, aquestes entitats han d'ésser sense ànim de lucre, han d'estar legalment constituïdes, tenir com a finalitat la protecció dels menors i han de defensar l'interès primordial del menor per damunt de cap altre, d'acord amb les normes de dret internacional aplicables. S'han de sotmetre a les directrius, la inspecció i el control de l'organisme competent.

2. *Quan es tracti d'una adopció constituïda a l'estranger sense la intervenció de l'organisme competent de la Generalitat, aquest procedeix, a instància de l'autoritat judicial competent, a l'estudi i la valoració de la persona o les persones que volen adoptar, per a determinar si reuneixen les condicions necessàries d'idoneïtat per tal de procurar el desenvolupament integral del menor i una aptitud educadora adequada».*

cera<sup>80</sup> de este mismo cuerpo legal prevé la promulgación de una ley reguladora de lo que se ha denominado mediación familiar.

Como respuesta al artículo 79.2 y a la disposición final tercera del *Codi de Família*, el 15 de marzo de 2001 fue aprobada la Ley de mediación familiar en Cataluña<sup>81</sup>. En su preámbulo, este instituto se concibe como «*un mètode de resolució de conflictes que es caracteritza per la intervenció d'una tercera persona imparcial i experta, sigui a iniciativa pròpia o de les parts, sigui a indicació d'una autoritat judicial, que té com a objecte ajudar a les parts i facilitar-los l'obtenció per sí mateixes d'un acord satisfactori*»<sup>82</sup>.

Tras la Ley de mediación familiar en Cataluña, las Comunidades Autónomas de Galicia<sup>83</sup> y Valencia<sup>84</sup> han promulgado también sendas leyes de mediación en el ámbito familiar.

Así, a simple vista, la actividad mediadora se encuentra en una posición intermedia entre el arbitraje y la autocomposición. La mediación presenta la estructura del primero, por lo que se refiere a la intervención

<sup>80</sup> Disposición Final Tercera: «En el termini de sis mesos a partir de l'entrada en vigor d'aquest Codi, el Govern de la Generalitat ha de presentar al Parlament un projecte de llei reguladora de la mediació familiar, sobre las bases següents:

- a) Confidencialitat absoluta del contingut de les sessions de mediació.
- b) Llibertat de les parts per a apartar-se o desistir de la mediació en qualsevol moment.
- c) Aprovació judicial dels acords assolits en la mediació.
- d) Durada màxima del procés de mediació limitada a tres mesos, prorrogables pel mateix temps a petició del mediador o mediadora.».

<sup>81</sup> La Ley 1/2001, de 15 de marzo, de mediación familiar de Cataluña (DOGC. núm. 3355, de 26 de marzo y BOE núm. 91, de 16 de abril de 2001, pág. 13797).

<sup>82</sup> Recientemente, han aparecido publicados comentarios respecto de la Ley de mediación familiar que si bien ensalzan esta innovadora forma de superación de conflictos, en su mayoría, coinciden en formular una crítica respecto del ámbito subjetivo de la Ley en cuanto se circunscribe a los sujetos previstos en el artículo 5 de la norma, fundamentalmente, las parejas matrimoniales en crisis y las uniones estables de pareja, imponiendo, pues, que otras relaciones familiares que pueden originar conflictos, como pueden ser las relaciones intergeneracionales, queden al margen del ámbito de aplicación de esta ley. Así lo pone de relieve BAYO DELGADO, Joaquim: «Quina mediació familiar ha estat regulada?», en La Llei de Catalunya, 3 de setembre de 2001, pág. 2. Por lo que se refiere a los orígenes de la mediación familiar y a los antecedentes de la mediación familiar en Cataluña, así como una exégesis de la Ley, véase, VILLAGRASA ALCAIDE, Carlos y VALL RIUS, Ana M.: «La mediación familiar: una nueva vía para gestionar los conflictos familiares», en *La Ley*, 9 de mayo de 2000, páginas 1 a 7 y los mismos autores VILLAGRASA ALCAIDE, Carlos y VALL RIUS, Ana M.: «La mediación familiar en Cataluña: análisis sistemático de la Ley 1/2001, de 15 de marzo», en *La Ley*, 9 de julio de 2001, págs. 1 a 9.

<sup>83</sup> Ley 4/2001, de 31 de mayo, reguladora de la mediación familiar (BOE núm. 157, de 2 de julio de 2001).

<sup>84</sup> Ley 7/2001, de 26 de noviembre, reguladora de la mediación familiar, en el ámbito de la Comunidad Valenciana (BOE núm. 303, de 19 de diciembre de 2001).

de un tercero pero, en realidad, posee el contenido de la segunda, puesto que son las partes las que proponen y fijan los pactos que permitirán tener por superado el conflicto. El mediador proporciona a las partes en conflicto un espacio en el que poder dialogar y comunicarse para, fijados los intereses de cada una de ellas, poder llegar a un acuerdo para todas. En este sentido, el mediador se sitúa *intra partes*<sup>85</sup> ayudándolas a obtener por sí mismas un acuerdo satisfactorio pero sin ofrecerles una solución al conflicto, mientras que el árbitro se coloca *supra partes* imponiéndoles la solución de la controversia, conforme a derecho o a equidad, según el arbitraje de que se trate. La mediación se configura, pues, como una negociación de las partes para autocomponer sus diferencias mediante la intervención de un tercero mediador que les proporciona el espacio para superar el conflicto.

## 2. LA CONCILIACIÓN

La conciliación es la actividad que un tercero, un funcionario de la administración, lleva a cabo como consecuencia del llamamiento que hacen las partes y que consiste en tratar de aproximar las posiciones encontradas de éstas, con la finalidad de lograr su avenencia. El marco en el cual se pretende que las partes lleguen a un acuerdo que ponga fin a sus diferencias se prevé que tenga lugar antes del proceso judicial correspondiente (el acto de conciliación) o, también, en el juicio ordinario, después de contestada la demanda y, en su caso, la reconvencción, durante la denominada audiencia previa.

El acto de conciliación, transitoriamente<sup>86</sup> regulado en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, en concreto, en sus artículos 460 a 480, se

<sup>85</sup> Expresión ésta empleada por ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto: *Proceso, autocomposición y autodefensa*, ob. cit., pág. 75.

<sup>86</sup> La Exposición de Motivos de la Ley de Enjuiciamiento Civil vigente establece el motivo por el cual la conciliación se regula, de momento, por los artículos de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, en los términos siguientes: «En cuanto a su contenido general, esta Ley se configura con exclusión de la materia relativa a la denominada jurisdicción voluntaria, que, como en otros países, parece preferible regular en ley distinta, donde han de llevarse las disposiciones sobre una conciliación que ha dejado de ser obligatoria y sobre la declaración de herederos sin contienda judicial. También se obra en congruencia con el ya adoptado criterio de que una ley específica se ocupe del Derecho concursal. Las correspondientes disposiciones de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 permanecerán en vigor sólo hasta la aprobación y vigencia de estas leyes».

Por otra parte, debe señalarse que el término de la transitoriedad de los artículos que regulan el acto de conciliación corresponde a RAMOS MÉNDEZ, FRANCISCO: *Guía para una transición ordenada a la LEC*, J.M. Bosch editor, Barcelona, 2000, pág. 299.

configura como un intento de avenencia de las partes antes de promover el juicio<sup>87</sup>. El hecho de que se trate de un intento de acuerdo entre las partes que ponga fin al conflicto suscitado previamente al juicio comporta que la doctrina lo califique como pre-procesal<sup>88</sup> o preventivo<sup>89</sup>. En este acto, el conciliador no resuelve el conflicto sino que se limita a tratar de aproximar las posturas encontradas de las partes. En este sentido, es el artículo 471 de la Ley de Enjuiciamiento civil el que establece la forma de celebración del acto de conciliación. Se dispone que será el demandante el que expone su reclamación, manifestando los fundamentos en que ésta se apoya para que, a continuación, conteste el demandado con lo que estime conveniente, pudiendo exhibir también aquellos documentos en que funde sus excepciones. En el caso de que no existiese avenencia entre ellos, «el Juez procurará avenirlos».

Este «procurar avenirlos» podría entenderse en el sentido de que el funcionario que presida o dirija la conciliación podría aconsejar, según las circunstancias, lo siguiente: a aquel que pretende (actor eventual o pretensor<sup>90</sup>), que retroceda en sus pretensiones (o lo que sería lo mismo, que desista); al sujeto frente al que se pretende (en su caso, demandado o pretendido<sup>91</sup>) o, también, a ambos sujetos, que cedan (o, dicho de otro modo, transijan)<sup>92</sup>. Caso de que la actuación judicial sea como se describe, cabría plantearse hasta qué punto se trata de una cierta prejudicialidad, por cuanto que el Juez tratará de que los particulares alcancen un acuerdo con base en las alegaciones de las partes y, por consiguiente, en el fundamento y posibilidad de prosperar de ellas.

<sup>87</sup> Así lo dispone el artículo 460, párrafo primero, de la Ley de Enjuiciamiento civil: «Antes de promover un juicio, podrá intentarse la conciliación ante el Juzgado de Primera Instancia o de Paz competente».

<sup>88</sup> Esta calificación fue empleada por ALONSO-CUEVILLAS Y SAYROL, Jaime: *La comparecencia preparatoria del juicio de menor cuantía*, José María Bosch editor, S.A., Barcelona, 1992, pág. 166. Con motivo de la promulgación de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, véase ALONSO-CUEVILLAS Y SAYROL, Jaime (Coord): «La audiencia previa al juicio» en *Instituciones del nuevo proceso civil. Comentarios sistemáticos a la Ley 1/2000*. Economist & Jurist, Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, S.A., Barcelona, 2000, págs. 131 a 170.

<sup>89</sup> Esta consideración de la conciliación regulada en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 es empleada por RAMOS MÉNDEZ, FRANCISCO: *Guía para una transición ordenada a la LEC*, ob. cit., pág. 298.

<sup>90</sup> Esta es la terminología empleada por ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto: *Proceso, autocomposición y autodefensa*, ob. cit., pág. 75, en la Adición b).

<sup>91</sup> ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto: *Proceso, autocomposición y autodefensa*, ob. cit., ibidem.

<sup>92</sup> La transacción configurará una de las formas de avenencia alcanzada en el acto de conciliación, cuando el acuerdo pactado por las partes en conflicto reúna los requisitos precisos que definen este específico instituto de la transacción, en esencia, cuando existan concesiones recíprocas de las partes.

En el caso de producirse alguno de los supuestos descritos (el desistimiento, el allanamiento o la transacción), el litigio existente hasta ese momento habrá terminado y, por consiguiente, podrá entenderse que la conciliación se ha llevado a cabo con la avenencia de las partes. Por el contrario, si tras el acto de conciliación las partes no han llegado a ningún resultado que comporte la finalización de la controversia, el acto de conciliación habrá tenido lugar sin la avenencia de las partes<sup>93</sup>.

El otro supuesto en el que cabe la conciliación de las partes, como medio de terminación de la controversia, es el que se corresponde con la audiencia que se celebra una vez que el procedimiento del juicio ordinario ya ha comenzado, momento procesal éste que determina su calificación como *intra-procesal*<sup>94</sup>; audiencia prevista en el artículo 414 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000 y regulada en el artículo siguiente, por lo que al reconocimiento de la autonomía de la voluntad de las partes de alcanzar un acuerdo con anterioridad a la celebración del juicio se refiere<sup>95</sup>.

<sup>93</sup> Es de destacar al respecto la consideración de extrajudicial que el ordenamiento jurídico francés otorga a la transacción celebrada ante del conciliador. En esta línea, se concibe que el proceso verbal del juez de paz, que contiene la transacción, no es inmediatamente ejecutivo, ostentando la fuerza probatoria que tiene al tratarse de un acto público. Así lo prevé ZACHARIE VON LINGENTHAL: *Manuale del Diritto Civile Francese* di Zachariae Von Lingenthal rimaneggiato da Carlo Crome, traduzione con note del Prof. Ludovico Darassi, Volume secondo, Società editrice Libreria, Milano, 1907, pág. 696.

<sup>94</sup> ALONSO-CUEVILLAS Y SAYROL, Jaime: *La comparecencia* ..., ob. cit., pág. 166 y, también, ALONSO-CUEVILLAS Y SAYROL, Jaime (Coord): «La audiencia previa al juicio», cit., página 142. En esta misma línea, RAMOS MÉNDEZ, Francisco: *Guía* ..., ob. cit., pág. 298.

<sup>95</sup> Un estudio comparativo de la audiencia previa entre la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil y su anterior regulación, que lo era desde 1881, pone de relieve notables diferencias. En primer lugar, su calificación: la vigente Ley se refiere a esta conciliación intraprocesal como audiencia previa, mientras que la norma del artículo 691 de la Ley de 1881 se refería a ella como comparecencia. En segundo lugar, la vigente normativa establece unas exigencias específicas por lo que a la comparecencia al acto se refiere. Así, las partes deberán comparecer asistidas de su letrado, bien sea personalmente, bien sea a través de su procurador. Pero en este último supuesto, las partes habrán de otorgar un poder especial para que el procurador pueda renunciar, allanarse o transigir. En caso contrario, las partes se tendrán por no comparecidas. Es de destacar, también, finalmente, que la nueva regulación establezca en este precepto que si ninguna de las partes comparece a la audiencia se dictará auto de sobreseimiento del proceso. Lo mismo se prevé para el supuesto en que el demandante o su abogado no concurrieran a la audiencia, salvo que el demandado alegase interés legítimo en la continuación del procedimiento para que se dictara sentencia sobre el asunto. La justificación de esta última novedad de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000 se encuentra en el hecho de que será en la audiencia previa cuando las partes deberán examinar las cuestiones procesales que pudieran obstar a la continuación del proceso y a su terminación mediante sentencia sobre su objeto, fijar con precisión dicho objeto y los extremos, de hecho o de derecho, sobre los que existía controversia entre las partes y, en su caso, proponer y admitir la prueba. Por tanto, si ninguna de las partes, el demandante o su abogado no comparecen se interpreta como una muestra de que no están interesados en continuar con el proceso iniciado, incumpliendo, por tanto, el principio de rogación o de instancia de parte. Y de ahí la sanción del legislador que dispone que, en consecuencia, se dicte auto de sobreseimiento.

Este instituto de la audiencia previa en el juicio ordinario se configura también como una suerte de acto de conciliación pero, a diferencia de éste, aquélla tiene lugar una vez que el pleito ya ha comenzado (demanda admitida, contestación a la demanda de la que se ha dado traslado al actor y, en su caso, reconvencción).

Esta audiencia previa del juicio ordinario, se lleva a cabo, en los estrictos términos legales, con la finalidad de intentar un acuerdo o transacción de las partes<sup>96</sup>, por lo que el proceso habría llegado a su fin; en concreto, la función del Juez consiste en comprobar si el litigio entre las partes subsiste, más concretamente, si han llegado a un acuerdo o se muestran dispuestas a concluirlo de inmediato<sup>97</sup>. En suma, la audiencia previa del juicio ordinario constituye un marco legal en el que se invita a las partes a que lleguen a un acuerdo; esto es, a una solución unilateral<sup>98</sup> (allanamiento o desistimiento) o, en su caso, bilateral (transacción con recíprocas concesiones), a través del cual den por concluida su controversia y, por consiguiente, el proceso judicial iniciado<sup>99</sup>.

En efecto, en la audiencia previa como en el acto de conciliación, el acuerdo al que lleguen las partes que ponga fin a la controversia suscitada puede ser tanto unilateral, calificando como tal la finalización en el que el sacrificio de intereses la declaración de voluntad proviene de una sola de las partes (el actor o el demandado, independientemente el uno del otro), o bilateral, en el supuesto en que el acuerdo consista en un convenio por el que ambas partes efectúen alguna prestación o concesión en el marco de lo dispuesto en los artículos 1.809 y siguientes del Código civil.

<sup>96</sup> La función conciliadora de la audiencia previa se pone de relieve por ALONSO-CUEVILLAS Y SAYROL, Jaime (Coord): «La audiencia previa al juicio», cit., págs. 142 a 145. Es de destacar, además, la valoración positiva que según este autor merece, en líneas generales, la regulación que la nueva LEC dedica a la función saneadora de la audiencia, con algunas salvedades. Al respecto, véanse las páginas 145 a 160 del artículo de ALONSO-CUEVILLAS Y SAYROL citado.

<sup>97</sup> La Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000 vuelve a introducir una novedad con respecto a la regulación anterior. A diferencia de lo que el artículo 692 de la Ley de 1881 establecía, en la regulación vigente, la audiencia previa del proceso ordinario no se prevé como una comparecencia en la cual el juez exhortará a las partes a que lleguen a un acuerdo, tal y como se establecía en el precepto mencionado, sino que dicha audiencia previa se configura como el marco en el cual las partes ponen de relieve si las partes han llegado a un acuerdo o prevén que lo alcanzarán de inmediato, por lo que el conflicto existente entre ellas habría desaparecido o si, por el contrario, si éste todavía subsiste.

<sup>98</sup> El acuerdo es calificado como unilateral cuando se produce sin concesiones recíprocas.

<sup>99</sup> En esta línea se pronuncia ALONSO-CUEVILLAS en «La audiencia previa al juicio», cit., página 142.

Por último, cabe señalar que si bien la proximidad entre el acto de conciliación y la audiencia previa del juicio ordinario radica en el hecho de que ambos son concebidos como el ámbito judicial en el que los particulares podrían alcanzar un acuerdo que dé por terminadas sus controversias; por el resto, las diferencias son notables. De un lado, respecto del momento en que tienen lugar: el acto de conciliación se celebra antes de que se inicie el procedimiento, calificándose de *preprocesal*, mientras que la audiencia preparatoria tiene lugar una vez iniciado el proceso, esto es, *intra-procesal*. De otro lado, y teniendo en cuenta la eficacia de ambos actos, la incomparecencia de las partes en el acto de conciliación no supone ninguna consecuencia negativa para ellas<sup>100</sup>, mientras que en la audiencia previa del juicio ordinario, la no comparecencia de ambas partes puede suponer el sobreseimiento de la causa, según dispone el artículo 414 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Y ello es así con base en el principio de instancia de parte, aplicable no tan sólo al acto de comienzo del proceso judicial, sino también para la continuación y mantenimiento de éste<sup>101</sup>.

A modo de corolario, el estudio individual de la mediación y la conciliación revela la intervención de un tercero, distinto de las partes en conflicto, que persigue un acuerdo entre ellas de tal modo que el litigio quede definitivamente terminado. Desde la perspectiva de la intervención de un tercer sujeto, ambas figuras podrían considerarse encuadradas en el marco de las formas heterocompositivas de litigios. Sin embargo, la labor que este tercero desarrolla provoca tener que desestimar esta concepción y considerar la conciliación y la mediación como institutos que persiguen la autocomposición de las partes litigantes.

Como se ha puesto de relieve, la intervención del tercero tanto en la mediación como en la conciliación se dirige a la obtención de la terminación de la controversia. Pero, en ambos supuestos, la decisión última la tienen las partes litigantes. Así, una vez facilitada la obtención de un acuerdo por el mediador o comparecidas las partes ante el conciliador con la finalidad de proporcionar un marco para el acuerdo, los litigantes son los que decidirán si poner fin o no la controversia, siguiendo o no las

<sup>100</sup> Salvo por lo que a las costas se refiere, pues en el supuesto en que alguna de las partes no compareciera en el día y hora señalados, de conformidad con lo establecido por el artículo 469 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, se prevé la consecuencia siguiente: «Los demandantes y los demandados están obligados a comparecer en el día y hora señalados. Si alguno de ellos no lo hiciera ni manifestare justa causa para no concurrir, se dará el acto por intentado sin efecto, condenándole en las costas».

<sup>101</sup> La audiencia también cumple una función delimitadora como así indica ALONSO-CUEVILLAS en «La audiencia previa al juicio», cit., pág. 161 a 168.

propuestas del mediador o, en su caso, dando cumplimiento a los acuerdos propuestos ante el conciliador. Tanto el mediador como el conciliador, ofrecen el marco en el que las partes puedan poner fin al litigio existente sin facilitar ninguna propuesta al respecto. Por consiguiente, ni el conciliador ni el mediador imponen la terminación de la controversia, como sucede en las formas heterocompositivas de litigios, sino que la decisión de aceptar las propuestas enunciadas ante el mediador o el conciliador la tienen las partes. En suma, no hay *iurisdictio* o decisión del tercero.

En ambos casos, los sujetos en disputa podrán optar por aceptar el acuerdo conciliatorio manifestado por ambas partes ante el mediador o el conciliador o, también, considerar inaceptables las propuestas planteadas y, por tanto, la superación de la controversia quedará pendiente, en su caso, de resolución por la vía heterocompositiva.

Por otra parte, la mediación y la conciliación no son tampoco por sí mismas formas autocompositivas propiamente dichas, por cuanto que ellas no constituyen una forma de superación de controversias. Se trata:

- a) de formas de constatación y fijación de la controversia y,
- b) de medios de autocomposición asistida, sin garantía de resultado concluyente.

Mediación y conciliación son institutos cuya finalidad consiste en que las partes superen sus controversias, mediante la facilitación de un tiempo y un espacio para tratar de alcanzar una solución. Ni la conciliación ni la mediación suponen por sí solas una superación de un litigio existente sino que son marcos para tratar de alcanzar esta superación. La mediación y la conciliación pueden haber existido pero la controversia podría quedar subsistente, como consecuencia de la falta de acuerdo de las partes. En efecto, a pesar de que el mediador ha proporcionado un camino de superación de la controversia o, también, que se ha celebrado el acto de conciliación pertinente, las partes han considerado insatisfactorias las propuestas por ellas mismas formuladas y, por tanto, no las aceptan, por lo que el litigio no ha terminado y continúa subsistiendo. Y ello es así porque la decisión es de las partes litigantes.

En un mismo plano, relativo a los modos de solución de las controversias o litigios, junto a las formas heterocompositivas de litigios como son el proceso y el arbitraje, se encuentran las formas autocompositivas que se tratan seguidamente.

## E. LA AUTOCOMPOSICIÓN DE LOS CONFLICTOS INTERSUBJETIVOS

La palabra «autocomposición» está formada por el prefijo «auto» y el sustantivo «composición». El prefijo, de origen griego, se concibe como un elemento integrante que significa «propio» o «por uno mismo»<sup>102</sup>. Por su parte, el vocablo «componer» es entendido como «ajustar y concordar»<sup>103</sup>, en su sentido más genérico, mientras que el sustantivo se define como «ajuste, convenio entre dos o más personas», en un sentido más específico<sup>104</sup>. Como unidad, el término «autocomposición» designa aquella resolución, solución o decisión de un litigio obtenida por obra de los litigantes<sup>105</sup>. La autoría de este término es considerado como un hallazgo<sup>106</sup> del procesalista italiano Carnelutti<sup>107</sup>, recogido en su obra relativa al sistema de Derecho procesal civil italiano, bajo el cual quedaban acogidas aquellas instituciones que suponían la superación de un litigio por las propias partes, al margen del juez.

En este sentido, por autocomposición se entiende la fórmula mediante la cual las partes, a través del sacrificio mutuo, deciden poner fin al litigio planteado. Desde la perspectiva de los sujetos que superan la controversia, la autocomposición se asemeja a la autotutela, habida cuenta que son los propios interesados los que ponen término al conflicto suscitado. Sin embargo, la autocomposición difiere de la autotutela en cuanto que la decisión adoptada no se impone de forma coactiva por una de las partes a la otra, sino que la terminación del litigio es el resultado del acuerdo de voluntades, por la vía del consenso de ambas.

Dentro del marco de las formas autocompositivas, se encuentran distintas figuras cuyo elemento diferenciador se centra en el número de declaraciones de voluntad concurrentes<sup>108</sup>. Así pues, cabe distinguir aquellos institutos en los que la superación del litigio se alcanza por la

<sup>102</sup> Voz «auto». Diccionario de la Lengua Española, Real Academia de la Lengua, vigésima segunda edición, Vol. I, Madrid, 2001, pág. 250.

<sup>103</sup> Voz «componer». Diccionario de la Lengua Española, cit., pág. 606.

<sup>104</sup> Voz «composición». Diccionario de la Lengua Española, cit., pág. 606.

<sup>105</sup> ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto: *Proceso, autocomposición y autodefensa*, ob. cit., pág. 77.

<sup>106</sup> ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto: *Proceso, autocomposición y autodefensa*, ob. cit., pág. 11.

<sup>107</sup> CARNELUTTI, Francesco: *Sistema di Diritto Processuale Civile*, vol. I, Cedam, Padova, 1936, núm. 55.

<sup>108</sup> Esta distinción de los métodos autocompositivos en unilaterales y bilaterales en función de las voluntades concurrentes es establecida por VICENTE GIMENO SENDRA en ALMAGRO NOSETTE, José: *Derecho procesal*, ob. cit., pág. 192.

declaración de voluntad de uno sólo de los particulares en conflicto, de la figura que supone la terminación del litigio como consecuencia de la declaración de voluntad de los dos sujetos inmersos en la controversia. Los primeros quedarían enmarcados dentro de la clasificación de los métodos autocompositivos unilaterales, mientras que la segunda se calificaría como bilateral. De este modo, la autocomposición unilateral de la controversia se obtiene a través de la renuncia unilateral, ya sea del actor respecto de un derecho subjetivo material (en el caso de la renuncia), bien sea del demandado respecto de su pretensión (el allanamiento). Por su parte, la autocomposición es considerada bilateral cuando supone una renuncia total o parcial de los sujetos de la controversia, respecto de las posiciones de partida (la transacción)<sup>109</sup>.

Son formas de autocomposición unilaterales la renuncia y el allanamiento. Por su parte, es considerada como una forma de autocomposición bilateral la transacción. Mención aparte recibe la figura del desistimiento, en atención a su consideración doctrinal como instituto bilateral. Todas estas instituciones se configuran como manifestaciones del poder de disposición de las partes sobre el proceso y sus pretensiones<sup>110</sup>, en ejercicio de su autonomía privada.

### 1. LAS FORMAS DE AUTOCOMPOSICIÓN UNILATERALES

#### a) La renuncia

Un medio unilateral de finalización de una controversia o de un litigio es la renuncia, que se concibe como un negocio jurídico unilateral habida cuenta que depende de la voluntad del titular de un derecho.

La renuncia constituye una causa de extinción de los derechos subjetivos, o lo que es lo mismo, un modo de perder o hacer dejación de dere-

<sup>109</sup> En esta línea, la Ley de Enjuiciamiento Civil reconoce el papel y la responsabilidad de los litigantes al regular de modo expreso y unitario los actos de disposición (renuncia, allanamiento y desistimiento y transacción), así como, la carga de la alegación y de la prueba, concretamente, en el apartado VII de su Exposición de Motivos.

<sup>110</sup> Así lo contempla de forma expresa la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000. En efecto, el Capítulo IV del Libro I de la Ley 1/2000, que se intitula «Del poder de disposición de las partes sobre el proceso y sobre sus pretensiones», se dedica a las instituciones mediante las cuales las partes, en ejercicio de su autonomía privada, disponen de sus propias pretensiones en el juicio, de tal modo que pueden renunciar, desistir, allanarse, someterse a arbitraje o transigir sobre lo que sea objeto del mismo, con las excepciones establecidas por las prohibiciones o limitaciones legales.

chos. Es, además, un negocio dispositivo, puesto que su efecto inmediato consiste en producir una sustancial modificación en la situación jurídica preexistente: la pérdida o extinción del derecho. La renuncia supone el ejercicio de la facultad de disposición de su titular para dar lugar a ese efecto jurídico.

Esta renuncia puede tener por objeto los derechos subjetivos, las facultades de configuración jurídica y los derechos potestativos, así como las situaciones de pendencia o las excepciones para enervar el derecho del acreedor. No cabe renuncia, en cambio, sobre facultades que no son independientes con respecto a un derecho subjetivo. También son irrenunciables los derechos subjetivos derivados de un deber jurídico (ejemplo, patria potestad sobre los menores de edad).

La validez de dicha renuncia viene determinada por el artículo 6, 2 del Código civil<sup>111</sup>. En este sentido, sólo será válida aquella renuncia que verse sobre expectativas de derechos (ej. herencia, usucapión) y derechos reconocidos en la ley, siempre que no contradiga el interés ni el orden público —estado civil, la capacidad de las personas, normas del derecho de familia puro (no patrimonial) y los derechos de la personalidad— ni tampoco perjudiquen a terceros<sup>112</sup>.

Cuando esta renuncia versa sobre la pretensión que constituye el objeto de un proceso iniciado se califica como renuncia del actor. En este sentido, la renuncia del actor, como medio de conclusión eventual del proceso, consiste en una manifestación de voluntad que persigue el abandono definitivo e irrevocable<sup>113</sup> del objeto litigioso pretendido en el proceso, por el motivo que sea<sup>114</sup>. Dicha renuncia supone que se aban-

<sup>111</sup> CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio: *Comentario al artículo 6 del Código civil* en Comentarios al Código civil y Compilaciones forales, dirigidos por Manuel Albaladejo y Silvia Díaz, tomo 1, vol. 1, 2.ª ed., EDERSA, 1992, pág. 714 y ss. Por lo que al instituto de la renuncia se refiere, MIGUEL TRAVIESAS, M.: «La renuncia» en *Revista General de legislación y jurisprudencia*, tomo 155, 1929, págs. 554 a 584.

<sup>112</sup> En consonancia con los límites legales de la renuncia, la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil, en su artículo 20, prevé la consecuencia de la renuncia del actor, ya sea respecto de la acción ejercitada, ya sea respecto al derecho en que funde su pretensión. Al respecto, la Ley hace una distinción según si la renuncia fuese o no legalmente admisible. En el primer caso, el tribunal dictará sentencia. En caso contrario, esto es, si la renuncia no fuese legalmente admisible, se dictará auto mandando seguir el proceso adelante. En esta misma línea, en el artículo siguiente, la Ley de Enjuiciamiento civil también prevé que si el allanamiento supusiera renuncia contra el interés general o perjuicio de tercero, se dictará auto rechazándolo y seguirá el proceso adelante.

<sup>113</sup> Así lo interpreta RAMOS MÉNDEZ, Francisco: *Derecho procesal civil*, ob. cit., pág. 676.

<sup>114</sup> Para Valentín CORTÉS DOMÍNGUEZ, la renuncia recae única y exclusivamente sobre la acción y no sobre la pretensión. Por ello, el autor entiende que esta institución no consiste en una declaración negativa sobre los hechos propios ni tampoco en la afirmación de los

dona la pretensión del derecho por el que se litigaba. La renuncia del actor a la pretensión u objeto litigioso puede formularse en cualquier momento de la primera instancia del proceso, así como durante la pendencia de recursos. En este último caso, la renuncia del actor, una vez interpuesto un recurso contra una sentencia que le era favorable<sup>115</sup>, comporta como efecto el que dicha sentencia deje de producir efectos y no alcance firmeza<sup>116</sup>.

Pese a la coincidencia en el sujeto emisor de la declaración, esto es, el actor, existen distintas diferencias con el desistimiento. En primer lugar, en cuanto al número de declaraciones de voluntad, la renuncia del actor es unilateral y, en cambio, el desistimiento del actor es concebido normalmente como bilateral, puesto que requiere de la conformidad del demandado, una vez emplazado y siempre que no esté en rebeldía (art. 20, 2 y 3 de la LEC). En segundo lugar, por lo que se refiere a la posibilidad de volver sobre el objeto litigioso, la renuncia impide que el mismo objeto litigioso pueda ser planteado nuevamente, mientras que el desistimiento no evita que en un futuro pueda volver a plantearse una nueva demanda sobre ese mismo objeto litigioso, siempre y cuando en el ínterin el derecho material no haya prescrito<sup>117</sup> o la acción no haya caducado. Y ello se debe a que la renuncia del actor versa sobre el derecho y a su acción correspondiente, mientras que el desistimiento afecta al proceso que está pendiente<sup>118</sup>.

hechos alegados por la parte contraria sino que se concibe como la declaración del actor por la que se afirma que su acción es infundada. Así lo establece en ALMAGRO NOSETTE, José (...): *Derecho procesal*, ob. cit., pág. 517.

<sup>115</sup> La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil prevé de forma expresa que la renuncia del actor conlleve que se dicte una sentencia absolutoria (artículo 20.1).

<sup>116</sup> Así, el artículo 207 de la Ley de Enjuiciamiento Civil establece: «1. Son resoluciones definitivas las que ponen fin a la primera instancia y las que decidan los recursos interpuestos frente a ellas. 2. Son resoluciones firmes aquellas contra las que no cabe recurso alguno bien por no preverlo la ley, bien porque, estando previsto, ha transcurrido el plazo legalmente fijado sin que ninguna de las partes lo haya presentado. 3. Las resoluciones firmes pasan en autoridad de cosa juzgada y el tribunal del proceso en que hayan recaído deberá estar en todo caso a lo dispuesto en ellas. 4. Transcurridos los plazos previstos para recurrir una resolución sin haberla impugnado, quedará firme y pasada en autoridad de cosa juzgada, debiendo el tribunal del proceso en que recaiga estar en todo caso a lo dispuesto en ella.»

<sup>117</sup> Y así lo alegue como excepción la contraparte. Aunque el artículo 1.961 del Código civil señale que «las acciones prescriben por el mero lapso de tiempo fijado por la ley», ello no significa que la facultad de ampararse en la prescripción sea obtenida de forma automática por el sujeto pasivo sino que deberá alegarse. Si el sujeto pasivo no opone la excepción de prescripción del derecho a la petición del demandante será condenado al cumplimiento de la prestación inicialmente pactada. En este sentido, los Tribunales no actúan de oficio. Así lo establece ALBALADEJO, Manuel: *Derecho civil*, I, ob. cit., pág. 501.

<sup>118</sup> La renuncia en proceso implica desistimiento, pero no al revés.

El actor podrá renunciar bien sea por sí mismo, ya sea mediante la intervención de su representante, que en el juicio será el procurador. En este supuesto, será preciso que el actor otorgue un poder especial en el cual se haga constar de forma expresa que el representante está legitimado para renunciar en nombre de su poderdante <sup>119</sup>.

De forma homóloga a la renuncia del actor, también el demandado puede poner fin al pleito comenzado, mediante el denominado allanamiento, en ejercicio de su poder de disposición sobre sus pretensiones.

## b) El allanamiento

El allanamiento del demandado es una manifestación de conformidad con la petición contenida en la demanda, hecha por el demandado al contestar a ella o en cualquier otro momento del procedimiento, constituyendo una aceptación pura y simple de las peticiones del actor y no una declaración positiva sobre los hechos alegados en la demanda. Sin embargo, producido el allanamiento, el juez no efectúa una valoración de los hechos, por cuanto que éstos quedan admitidos sin más por el simple hecho del allanamiento <sup>120</sup>.

Así, el allanamiento supone la disposición de la facultad de oponerse a la pretensión del actor <sup>121</sup> y se manifiesta mediante el reconocimiento de la existencia del derecho pretendido por el demandante. Se trata de un acto único y exclusivo del demandado, sin intervención alguna del actor, por consiguiente, unilateral.

Respecto de esta manifestación, cabe resaltar que, pese a la frecuencia con que pueda presentarse en la práctica, ningún precepto legal define en qué consiste el allanamiento o el régimen legal de este acto proce-

<sup>119</sup> El artículo 25 de la Ley de Enjuiciamiento Civil vigente, que trata sobre el poder, dispone en su punto segundo, aquellos actos o negocios jurídicos que precisarán de un poder especial para que el procurador los ejecute en nombre de su representado y entre los cuales se encuentran todos los que son una manifestación del poder de disposición de las partes sobre sus derechos y acciones.

<sup>120</sup> Así lo entiende Valentín CORTÉS DOMÍNGUEZ, en ALMAGRO NOSETTE, José (...): *Derecho procesal*, Tomo I (Vol. I) Parte General. Proceso civil (1), ob. cit., pág. 519.

<sup>121</sup> Al tratarse de una declaración de voluntad prevista específicamente para el demandado, la doctrina entiende que se trata de un acto exclusivamente procesal y que, por tanto, no tiene trascendencia fuera del proceso. De hecho, se concibe como aquel acto cuyos efectos inciden directa e inmediatamente en el proceso, terminándolo de forma inmediata mediante una sentencia de condena. Así lo establece, a título de ejemplo, Valentín CORTÉS DOMÍNGUEZ en ALMAGRO NOSETTE, José (...): *Derecho procesal*, ob. cit., pág. 520.

sal. La Ley de Enjuiciamiento civil lo trata someramente en artículos distintos <sup>122</sup>.

El allanamiento se concibe como un acto de disposición unilateral del demandado en cuanto supone una sustracción del juicio de los tribunales. La conformidad manifestada por el demandado respecto de la petición formulada en la demanda por el actor impide que el tribunal valore dicha pretensión y, en su caso, las pruebas aportadas por ambos contendientes porque, con dicha manifestación, se proporciona al juez la base de la sentencia o del auto, según sea el caso <sup>123</sup>, sin que sea preciso continuar con el procedimiento iniciado respecto a la petición allanada <sup>124</sup>.

La manifestación de conformidad del demandado tiene por objeto la pretensión del actor, en todo o en parte. Cuando el allanamiento del demandado se refiera a una parte del objeto de la demanda, el proceso continuará su curso por el resto de dicho objeto <sup>125</sup>.

Esta manifestación sólo podrá alcanzar los derechos privados renunciados con los límites establecidos por el artículo 6, párrafo 2 del Código civil y la del artículo 21, punto 1, in fine, de la Ley de Enjuiciamiento

<sup>122</sup> La Ley de Enjuiciamiento Civil se refiere al allanamiento, en primer lugar, para fijar las consecuencias procesales de un allanamiento total o parcial, según si el demandado se allana a todas o sólo a algunas de las pretensiones del demandante (art. 21); en segundo lugar, para establecer la necesidad de un poder especial, para el caso en que el demandado se allane mediante la intervención de un procurador (art. 25, 2, 1.º); más adelante, para dictaminar en qué supuestos procede o no la condena en costas (art. 395); también, para poner de manifiesto el momento procesal en que el demandado puede allanarse (art. 405); para manifestar que la declaración en rebeldía no se considera allanamiento; previendo los efectos del allanamiento del ejecutante en una tercería de mejor derecho y, finalmente, para establecer que el allanamiento no surtirá efecto en los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores, salvo en aquellas pretensiones sobre las cuales las partes puedan disponer libremente (art. 751)

<sup>123</sup> El artículo 21 de la Ley de Enjuiciamiento civil dispone lo siguiente:

«1. Cuando el demandado se allane a todas las pretensiones del actor, el tribunal dictará sentencia condenatoria de acuerdo con lo solicitado por éste, pero si el allanamiento se hiciera en fraude de ley o supusiera renuncia contra el interés general o perjuicio de tercero, se dictará auto rechazándolo y seguirá el proceso adelante.

2. Cuando se trate de un allanamiento parcial el tribunal, a instancia del demandante, podrá dictar de inmediato auto acogiendo las pretensiones que hayan sido objeto de dicho allanamiento. Para ello será necesario que, por la naturaleza de dichas pretensiones, sea posible un pronunciamiento separado que no prejuzgue las restantes cuestiones no allanadas, respecto de las cuales continuará el proceso. Este auto será ejecutable conforme a lo establecido en los artículos 517 y siguientes de esta Ley.»

<sup>124</sup> PRIETO-CASTRO y FERRÁNDIZ, Leonardo: *Tratado de Derecho procesal civil*, Proceso declarativo, proceso de ejecución, 2.ª edición, Aranzadi, Pamplona, 1985, págs. 859 y 860.

<sup>125</sup> Cuando los objetos son varios, el pleito también continúa pero el principio de congruencia delimita un objeto más reducido. Por otro lado, cuando exista pluralidad de demandados, el pleito sigue sólo con los demás.

Civil, por lo que el allanamiento no será válido si es contrario al interés o al orden público o perjudica a terceros. En el caso de que los hechos sobre los cuales la petición de la actora se fundamenta sean imposibles o inexistentes, el allanamiento no sería admitido por el juez. En esta misma línea, tampoco sería admisible el allanamiento cuando la sentencia hiciera referencia a una prestación imposible o contraria a las leyes o a las buenas costumbres, de acuerdo con las normas contenidas en los artículos 1.271 y 1.272 del Código civil, relativas al objeto de los contratos.

Como se ha anunciado, el allanamiento respecto de todas las pretensiones del actor, y siempre que no se hiciera en fraude de ley o supusiera renuncia contra el interés general o perjuicio de tercero, comporta que el Juez dicte una sentencia en la que, de acuerdo con la manifestación de conformidad del demandado, se reconoce la pretensión formulada por el actor, condenando al demandado.

### c) El desistimiento

El desistimiento es la declaración de voluntad del actor<sup>126</sup> en el sentido de apartarse del seguimiento del proceso. Así, esta figura se concibe como una «renuncia» del demandante a continuar el procedimiento, que no a su derecho ni tampoco a la acción<sup>127</sup>. Por consiguiente, el objeto litigioso no resulta afectado y, además, la acción no se agota, por lo que el mismo objeto litigioso podrá reproducirse en un proceso iniciado en un momento posterior, siempre y cuando en ese intervalo de tiempo el pretendido derecho no haya prescrito<sup>128</sup>.

Precisamente, desde la perspectiva de que se trata de una declaración de voluntad del actor, unida a una determinada conceptualización de la naturaleza jurídica del proceso como un contrato de *litis contestatio*, un sector doctrinal ha entendido que el desistimiento debería encuadrarse dentro de la categoría de los métodos de autocomposición unilaterales<sup>129</sup>.

<sup>126</sup> El actor que desiste del pleito mediante un representante deberá legitimarlo a tal efecto con el otorgamiento de un poder especial, en los términos establecidos en el artículo 25 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

<sup>127</sup> CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín en la obra realizada junto con GIMENO SENDRA, Vicente y MORENO CATENA, Víctor: *Derecho procesal civil*, ob. cit., pág. 328.

<sup>128</sup> Al respecto, PRIETO-CASTRO y FERRÁNDIZ, Leonardo: *Tratado de Derecho procesal civil*, Proceso declarativo, proceso de ejecución, 2.ª edición, Aranzadi, Pamplona, 1985, pág. 848.

<sup>129</sup> En este sentido lo entiende GUASP, Jaime: *Derecho procesal civil*, Tomo primero «Introducción y parte general», tercera edición corregida, Instituto de estudios políticos, Madrid, 1968.

Sin embargo y pese a que esta figura constituye un acto de iniciativa del actor, la Ley de Enjuiciamiento Civil, en su artículo 20, puntos 2 y 3, otorga una consideración distinta al desistimiento según si, de un lado, el demandante desiste antes de que el demandado sea emplazado para contestar a la demanda o citado para juicio o, también, cuando se encontrare en rebeldía o si, de otro lado, el demandado ya ha sido emplazado. En el caso de que el demandado no haya sido emplazado todavía o esté en rebeldía, el desistimiento se califica como unilateral, mientras que en el supuesto de que el demandado haya sido emplazado, sin calificarlo como bilateral<sup>130</sup>, la Ley dispone que se le dará traslado del escrito de desistimiento. Y, a continuación, se establece que «si el demandado presta su conformidad al desistimiento o no se opusiera a él dentro del plazo expresado en el párrafo anterior, el tribunal dictará auto de sobreseimiento», en cuyo caso, el actor podrá promover nuevo juicio sobre el mismo objeto. En cambio, si el demandado se opusiera al desistimiento, el juez resolverá lo que estime oportuno<sup>131</sup>.

Esta disposición legal que recoge el traslado al demandado del escrito de desistimiento y la posibilidad de que preste su conformidad o no podría dar lugar a considerar que se trata de un desistimiento bilateral<sup>132</sup>. El fundamento de dicha consideración radica en la suerte de difamación judicial que produce la demanda y, también, en que el demandado no tiene motivo alguno para verse solicitado y gravado por la posible reiteración del proceso<sup>133</sup>. En efecto, el desistimiento del actor comporta el

<sup>130</sup> La Ley de Enjuiciamiento Civil, en su artículo 415, se refiere al desistimiento bilateral en el intento de conciliación correspondiente a la audiencia previa. En este artículo, el desistimiento se configura como una consecuencia del acuerdo alcanzado por las partes y, por consiguiente, formulado por el actor pero consentido por el demandado.

<sup>131</sup> En el juicio verbal, si el demandante no asiste a la vista legalmente establecida se le tendrá por desistido de su demanda y se le impondrán las costas causadas, la indemnización al demandado que comparece y, si lo solicita y acredita, los daños y perjuicios sufridos. Así lo dispone el artículo 442 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

<sup>132</sup> Antes de la entrada en vigor de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000, coincidían en calificar como bilateral el desistimiento, PRIETO-CASTRO y FERRÁNDIZ, Leonardo: *Tratado de Derecho procesal civil*, ob. cit., pág. 847; GIMENO SENDRA, Vicente en ALMAGRO NOSETTE, José (...): *Derecho procesal*, Tomo I (Vol. I), ob. cit., pág. 192 y RAMOS MÉNDEZ, Francisco: *Derecho procesal civil*, ob. cit., pág. 679, entre otros. Respecto de la bilateralidad del desistimiento en concreto, puede consultarse también la teoría seguida por FAIRÉN, a la que la mayor parte de la doctrina se remite. Así, FAIRÉN: «El fundamento de la bilateralidad del desistimiento en la primera instancia de nuestro proceso civil», en *Anuario de Derecho Civil*, II, 1949, págs. 599 a 617, también, en la monografía, *El desistimiento y su bilateralidad en primera instancia (contra la doctrina de la litis contestatio)*, Barcelona, 1950 y en *Estudios de Derecho Procesal*, Madrid, 1955, págs. 593 a 613.

<sup>133</sup> Así lo interpretó RAMOS MÉNDEZ, Francisco: *Derecho procesal civil*, ob. cit., página 679.

hecho de que éste pueda interponer otra demanda en otro momento diferido en el tiempo respecto del mismo objeto litigioso, lo que no impediría que el actor, de nuevo, volviera a desistir de su acción. Posiblemente, para evitar que el demandado tuviere que estar sometido a la libre voluntad del actor, el ordenamiento jurídico dispone esta norma según la cual el demandado debe prestar su conformidad con el desistimiento del actor. De este modo, el demandado puede pretender que la cuestión litigiosa se resuelva en ese instante y que no se suscite en el futuro, a voluntad del actor<sup>134</sup>. Ello concordaría con la idea de evitar un sinfín de interposiciones de demandas y desistimientos<sup>135</sup> al libre albedrío del actor al objeto, por ejemplo, de buscar que la demanda sea repartida a un concreto juez (*forum shopping*).

No obstante lo anterior, el requisito de la conformidad del demandado, para la protección de sus intereses, tiene trascendencia cuando éste ha contestado a la demanda y se ha opuesto a la misma, puesto que en este caso puede tener un interés específico en que el proceso siga su curso hasta su terminación y sea resuelto por la sentencia pertinente, con la autoridad de la cosa juzgada. Pero cuando este interés no existe, ya sea porque el demandado no ha contestado a la demanda o, también, porque se encuentra en rebeldía o desiste del recurso interpuesto, podría interpretarse que el desistimiento produciría todos sus efectos sin que el consentimiento del demandado sea preciso<sup>136</sup>.

Por otra parte, la necesidad de la existencia de la conformidad del demandado respecto de la declaración de voluntad del demandante,

<sup>134</sup> PRIETO-CASTRO y FERRÁNDIZ, Leonardo: *Tratado de Derecho procesal civil*, ob. cit., página 847.

<sup>135</sup> Consideramos oportuno hacer una mención especial de la obra de Niceto ALCALÁ-ZAMORA y CASTILLO. En *Proceso, autocomposición y autodefensa* emplea la palabra «desistimiento» para referirse a la renuncia de derechos, como se desprende del texto de las páginas 83 a 85. El desistimiento al que nos referimos, en cuanto que declaración de voluntad del actor de renunciar a la instancia procesal, este jurista lo califica como renuncia a los actos del juicio, siguiendo las enseñanzas de la institución italiana que recibe el mismo nombre, como queda patente en la página 98 de la obra citada. Al respecto, ALCALÁ-ZAMORA también menciona las diferencias entre una y otra figura, destacando el hecho de que la renuncia a los actos de juicio del actor —lo que para la doctrina española se califica como desistimiento— precisa, como señala un sector de ésta, de la aceptación de la parte demandada porque, señala ALCALÁ-ZAMORA, «de no ser así, ésta quedaría a merced del renunciante». En esta misma página 98, correspondiente al apartado 58), el autor reconoce el acierto de la denominación otorgada a esta figura en el artículo 604 del, entonces, reciente Proyecto uruguayo, esto es, «desistimiento de la instancia».

<sup>136</sup> A lo sumo, el demandante será condenado en costas si el proceso termina como consecuencia de su desistimiento y sin el consentimiento del demandado (art. 396 Ley de Enjuiciamiento Civil).

que consiste en su intención de abandonar el proceso iniciado, hace que el desistimiento se considere como una manifestación de voluntad recepticia<sup>137</sup>.

Por lo que a sus efectos se refiere, esta declaración de voluntad del actor dirigida a apartarse del proceso no afecta a su objeto y, además, puede tener lugar en cualquier instante de éste, aunque sus efectos son distintos según el momento procesal en que suceda. En este sentido, el desistimiento durante la primera instancia del proceso produce un efecto concreto cual es la terminación del pleito sin sentencia, puesto que, precisamente, el actor renuncia a la continuación del proceso, dejando imprejuizado el fondo, mientras que si el desistimiento acontece tras la interposición de un recurso, éste supone el cese de la situación de impugnación y, en el caso de que la resolución consista en una sentencia, el desistimiento supone que dicha resolución deviene firme<sup>138</sup>, según se establece en el artículo 450 de la Ley de Enjuiciamiento civil<sup>139</sup>.

Hasta aquí, hemos visto de forma sucinta los medios de superación de controversias en los cuales las partes componen el conflicto mediante actuaciones unilaterales, muy especialmente, en el marco de un proceso judicial iniciado; todos ellos constituyen manifestaciones de la capacidad que el ordenamiento jurídico reconoce a las partes para poner fin a un conflicto, aunque sea mediante el abandono de la pretensión por una sola de ellas. A continuación, nos ocuparemos de la composición bilateral del conflicto, esto es, la transacción: en primer lugar, desde su perspectiva conceptual, en sentido genérico y en sentido específico, en atención al hecho de que se trata de un vocablo extensamente empleado y con significación distinta, lo que nos sirve de excusa para revisar la etimología de la palabra, así como los antecedentes históricos y los orígenes de esta institución.

<sup>137</sup> PRIETO-CASTRO y FERRÁNDIZ, Leonardo: *Tratado de Derecho procesal civil*, ob. cit., página 865.

<sup>138</sup> RAMOS MÉNDEZ, Francisco: *Derecho procesal civil*, ob. cit., pág. 680.

<sup>139</sup> En materia de costas, el desistimiento también produce una eficacia distinta según si el demandado lo consiente o no. Así, según dispone el artículo 396 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el actor será condenado en costas si el proceso termina como consecuencia de su desistimiento y sin consentimiento del demandado; mientras que el demandante no será condenado en costas si el procedimiento termina por su desistimiento con el consentimiento del demandado o demandados.

## 2. LA DECISIÓN DE LA CONTROVERSIJA MEDIANTE AUTOCOMPOSICIÓN BILATERAL: LA TRANSACCIÓN

### a) Concepto

Transacción es una palabra que encierra dos sentidos: uno genérico y otro específico.

#### a.1) «Transacción» en sentido genérico

En un sentido genérico<sup>140</sup>, amplio e, incluso, poco preciso<sup>141</sup>, como transacción puede denominarse todo convenio o acuerdo celebrado en cualquier ámbito<sup>142</sup>. La justificación de esta consideración podría radicarse en el origen común de la *transactio* y el *contractus*. Hubo un tiempo en que los actuales género *contractus* y especie *transactio*, se entremezclaban en atención a un elemento común que es propio del género cual es la reciprocidad de las prestaciones, el cual se confundía con el simple encuentro de voluntades<sup>143</sup>. Ello se deriva del hecho que, en sus inicios, los nuevos perfiles negociales no tenían asignado un calificativo específico y, por consiguiente, todos ellos quedaban encuadrados dentro de una misma categoría<sup>144</sup>. En efecto, hasta la absorción del concepto de *synallagma* en la estructura de una noción amplia de «*contractus*», cons-

<sup>140</sup> Se ha entendido que la transacción, en su sentido vulgar, se utiliza para designar toda clase de convenciones: transacciones de bolsa, transacciones del comercio o de la industria, transacciones financieras, etc. En este sentido, SALVAT, Raymundo: *Tratado de Derecho civil argentino*, «Obligaciones en general», Buenos Aires, 1956, pág. 189.

<sup>141</sup> En concreto, este concepto genérico de la transacción se estima vago. PONT, Paul: *Explication théorique et pratique du Code Napoléon*, Paris, 1867, pág. 224.

<sup>142</sup> Según URCEOLUS «*Metaphoricè tamen simpliciter accipitur transigere pro decidere, & quoquo modo rem, feu negotium finire, conficere, & expedire, nullum amplius fit negotium*» en URCEOLUS, Josephus: *Tractatus de transactionibus in quinque partes divisus*, Genevae, MDCCLXIX, pág. 4. En esta misma línea, «*Transactionis nomen, & significatum dupliciter in iure accipi potest in genere & in specie, largè scilicet, & stricte propriè (...)*», el mismo autor, en la página 6.

<sup>143</sup> Es del todo punto ilustrativo el comentario de VISKY al señalar que «*Dans le monde romain, tous les contrats étaient considérés comme des transactions, par lesquelles les parties intéressées réglèrent leurs oppositions d'intérêts. La transaction signifie que les deux parties réciproquement cèdent de leurs exigences, mais elles maintiennent quelque chose de l'exigence originale et réciproquement s'obligent à faire face à leurs engagements*». VISKY, Karoly: «Les règles du droit romain relatives aux transactions judiciaires à la fin de l'époque classique», en *Index, Quaderni camerti di studi romanistici International Survey of Roman Law*, 1983-1984, XII, pág. 87.

<sup>144</sup> Se ocupa del origen de la transacción, VALERON, Emanuel Roman: *Tractatus de transactionibus*, Coloniae allobrogum, MDCCLVIII, pág. 18.

truida sobre la *conventio*<sup>145</sup>, los *nova negotia* no ostentaban un *nomen* específico. Su reconocimiento estaba sujeto a que en ellos se individualizara la presencia del esquema objetivo, esto es, el *synallagma*. En tiempos de Ulpiano, esta situación queda modificada habida cuenta que a las *conventiones* reconocidas en cada *synallagma* se les otorga la posibilidad de adquirir un *nomen* propio<sup>146</sup>.

En la actualidad, en el ámbito del derecho mercantil e internacional, el acuerdo derivado del intercambio entre dos sujetos se califica de transacción<sup>147</sup> y se emplea como sinónimo de negocio, trato, de acuerdo comercial<sup>148</sup>.

Del mismo modo, también en conexión con la noción de acuerdo, se califican de transaccionales las enmiendas concordadas propuestas por distintos grupos parlamentarios respecto de una determinada ley<sup>149</sup>.

En otro ámbito distinto al del Derecho o al relativo a las operaciones comerciales en general, el término transacción se emplea, en esta oca-

<sup>145</sup> Y con el relativo reconocimiento de una específica *conventio* en el seno de cada *synallagma*.

<sup>146</sup> Esta teoría se ajusta a la explicación que MAGDELAIN efectúa con respecto a la interpretación de los juristas bizantinos de los denominados «contratos innominados». MAGDELAIN: *Le consensualisme dans l'Édit du prêteur*, 1958, págs. 28 a 30.

<sup>147</sup> Así por ejemplo, en el ámbito del Derecho comunitario, MÁRQUEZ MÁRQUEZ, Antonio: «El valor en aduana comunitario: el valor de transacción en la determinación de las bases imponibles», en *Impuestos. Revista de doctrina, legislación y jurisprudencia*, 1981, 6, páginas 136 a 150. Por su parte, trata de la transacción internacional ÁNGEL YAGÜEZ, Ricardo de: «El Proyecto de convención europea sobre la reserva de dominio simple», en *Revista de Derecho Inmobiliario*, 1983, págs. 561 a 580 o, también, a nivel comercial se refiere a esta transacción en sentido genérico ALVAREZ PASTOR, Daniel y EGUIDAZU, Fernando: *Control de cambios. Régimen jurídico de las transacciones españolas en España y en la Comunidad Europea*, 8.ª edición, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1993; MAUDOS VILLARROYA, Joaquín: «Nuevas tecnologías de transacción y demanda de dinero» en *Revista de Economía Aplicada*, 1995, 3, págs. 79 a 109 y LÓPEZ DOMÍNGUEZ, Ignacio: «El swap de divisas», en *Banca y finanzas*, 1995 (2), págs. 19 a 22. Por su parte, se ocupan de la transacción en sentido de operación de intercambio BROTO RUBIO, Jesús y CÓNDROR LÓPEZ, Vicente: «El principio de prudencia versus principio de correlación de ingresos y gastos», en *Revista Española de Financiación y contabilidad*, 1985.

<sup>148</sup> En este sentido lo interpreta María MOLINER en su diccionario, editorial Gredos, Madrid, 1989, pág. 1364.

<sup>149</sup> En este sentido véase, por ejemplo, el Diario del Congreso, núm. 48, del 17 de febrero de 1994, pág. 2339, relativo a la ley de subrogación y modificación de préstamos hipotecarios, en el que, entre otras, se someten a votación y resultan aprobadas las enmiendas transaccionales presentadas en relación con el artículo 1.1, el artículo 2 y la disposición adicional única de dicha Ley, que afectaban a las enmiendas presentadas por el Grupo Catalán (Convergència i Unió) y de Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya. Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios, BOE núm. 80, de 4 de abril de 1994, págs. 10364 a 10366.

sión, también, como concepto que se refiere a la interacción y al intercambio, esta vez, en el campo del psicoanálisis <sup>150</sup>.

#### a.2) «Transacción» en sentido específico

Junto a este sentido genérico del término transacción, se reconoce la existencia de una concepción más precisa <sup>151</sup> y técnica que acoge, aquí también, la idea del intercambio, aunque caracterizada por responder a una finalidad concreta, cual es la terminación de controversias o litigios. Este es el concepto que se encuentra recogido en el artículo 1.809 del Código civil vigente:

«La transacción es un contrato por el cual las partes, dando, prometiendo o reteniendo cada una alguna cosa evitan la provocación de un pleito o ponen término al que había comenzado».

Cabría entender, pues, que, en el marco general de la calificada transacción como acuerdo, negocio, trato o convenio entre partes, en sentido específico, la transacción se comprende como aquel acuerdo celebrado entre particulares con las directrices legales establecidas cuya finalidad concreta es la prevista en este precepto transcrito; es decir, evitar o poner fin a un pleito.

Así pues, en un sentido específico, la transacción se refiere al acuerdo a que se llega entre personas que sostenían inicialmente posiciones distintas, cediendo cada una algo en la suya respectiva, para dar por terminado el conflicto que pudiese existir entre ellas.

<sup>150</sup> Al respecto, es significativo el nombre de una revista especializada en el campo de la psicología denominada *Revista de análisis transaccional y psicología humanista*. De forma más concreta, es ilustrativo un artículo publicado por Cecilio PANIAGUA bajo el título de «Acting in y transacción», en *Revista de psicoanálisis*, 1996, págs. 121 a 130.

<sup>151</sup> La dualidad de significados del término *transactio* ya era apreciada por los juristas del derecho intermedio. Así, a título de ejemplo, CORASIUS, Joannius: *Iuris consulti miscellaneorum iuris civilis*, libri sex, Coloniae, MDLXXXI, fol. 78, n. 6. estableció que «*Transactio-nis verbum dupliciter consideratur: Existimaverim igitur transactionis verbum dupliciter considerari. In primis pro quocunque actu, quo concordia inducitur, ab obligatione receditur, aut aliquid ad finem perducitur (...) transactio specialiter, est de re dubia, lite incerta, aliquo dato vel retento non gratuita pactio*».

En este mismo sentido se pronuncia DONELLUS, Hugonius: *Opera omnia*, tomus septimus et Commentariorum in Codicem Justiniani, ad Signum Clivus, Florentiae, MDCCCLVI, págs. 249 y 250, n. 1 y 2 y pág. 251, n. 3.

#### b) Etimología del término «transacción» y su origen

Etimológicamente, el vocablo «transacción» proviene de término latín «*transactio*, -ionis», derivado de «*transactus*», participio del verbo *transigir*. Este verbo, a su vez, proviene de latín «*transigere*», considerada como una derivación de «*agere*» <sup>152</sup>.

En concreto, el vocablo «*transigere*», se compone de dos unidades significativas: «*trans*» y «*agere*». El significado de la partícula «*trans*» se solía tomar de un antiguo participio del infinitivo del verbo «*trare*». Por su parte, «*agere*» constituye una forma verbal destacada que especifica la acción del «conducir» en los usos lingüísticos del mundo protolatino <sup>153</sup>. El significado de la forma compuesta <sup>154</sup> por ambas partículas, en un primer estadio, parece que respondía a la idea de «pasar a través de», «conducir entre» o, también «traspasar», en su significado físico de traslado.

Con el tiempo, el marco de este primer significado del término resultante de la unión de «*trans*» y «*agere*» se va ampliando hasta abarcar una acepción más abstracta, abandonando el sentido físico propio de la expresión, de tal modo que se entiende como «llevar a término», «ulimar, terminar» o también, «concluir un negocio» <sup>155</sup>.

<sup>152</sup> Al respecto, véase la voz «exigir» del Diccionario Crítico Etimológico Castellano e Hispánico de Joan COROMINAS, editorial Gredos, Madrid, 1984, pág. 824, en la cual se trata el término *transigere* como uno de los derivados de *agere*, fuente, a su vez, del término «exigir». El origen de la expresión latina *transigere* en el término *agere* también lo pone de relieve María MOLINER en su Diccionario, editorial Gredos, S.A., Madrid, 1989, pág. 1364.

<sup>153</sup> Así lo recoge Aldo SCHIAVONE en su obra SCHIAVONE, Aldo: *Studi sulle logiche dei giuristi romani. Nova negotia e transactio da Labeone a Ulpiano*, Casa editrice Dott. Eugeni Jovene, Napoli, 1971, pág. 7.

<sup>154</sup> El momento de la unión de ambas partículas no puede precisarse con exactitud si bien los estudiosos han establecido que la fusión de preposición y verbo en el período arcaico es prematuro por lo que se entiende que no se produjo antes del final del siglo quinto.

<sup>155</sup> ALCIATUS, Andrea: *Opera omnia in quator tomos legitime Digesta*, Francofurti, sumptibus haeredum Lazari Zetzneri, tomo II, MDCXVII, págs. 1104 y 1105. El autor trata del significado del término «*transacta*».

I. «*Transacta*: Agit a, qui in iudicio prosequitur id, quod sibi debetur. Ab hoc verbo deducuntur exigere, peragere, transsigere. Exigit, qui quod iudicio prosecutus est recipit. Peragit, qui obtinet: unde peregrisse reum dicitur, qui damnavit. Transigit, qui actionem sibi competentem, l. l de transact. fuit instituta, siue instituenda fit, aliquo accepto, causa concoediae omittit. Haecque transactionis verba & stricta est significatio: generaliter tamen etiam accipitur pro quicumque actu quo concordia inducatur, vel ab obligatione recedatur, l. de pact. vel ad finem aliquid ducatur. Unde transigere aestatem Plinius dixit: fit & transigere aetatem, transigere diem dicitur. Igitur in Senatusconsulto, quo «transacta, finitave rata manean», transacta generaliter accipiuntur, etiam quae sine controversia facta sunt». También establece los distintos significados del verbo *transigere* VINNIO, Arnoldo: *De transactionibus tractatus*, en *Tractatus quinque, nempe de pactis, jurisdictione, collationibus, transactionibus et quaestionibus juris selectis, cum indicibus locupletissimis*. Quibus additae sunt sim. Vinni A. F. Orationes, editio novissima prioribus

El análisis de las obras de algunos autores teatrales como Plauto<sup>156</sup>, Pacuvio<sup>157</sup> o Terencio<sup>158</sup>, de los siglos III y II antes de Cristo revelan la evolución de significado operada por el término *transigere*.

Más adelante<sup>159</sup>, en distintos textos de Cicerón, el verbo *transigere* viene referido a una operación jurídica. Así, el término abandona su sentido neutro, relativo a un movimiento concluido, para individualizar un momento determinado en una relación socioeconómica concreta: aquel acuerdo formalizado por causa de una situación controvertida, materializado con el intercambio recíproco de concesiones y con la finalidad de alcanzar una situación estable. El acuerdo suponía una operación de carácter económico que consistía, habitualmente, en la entrega de una suma de dinero o, si acaso, en el cumplimiento de una prestación patrimonial, a cambio de una contraprestación, muy a menudo una promesa, consistente en que la otra parte mantuviera frente al primer sujeto un comportamiento concreto, con la finalidad de conseguir un resultado útil para ambos.

Sabido es que Cicerón, además de escritor, político y filósofo latino dedicó parte de su vida al ejercicio de la abogacía hasta el punto de ser considerado uno de los mejores abogados de Roma. Con base en sus ex-

---

emendatior, ex typographia Balleoniana, Venetiis, MDCCLXXX, fol. 117 y 118. «*Verbum transigere, si originem & compositionem spectamus, idem significat, quod ultra agere five transadigere. (...) Atque hinc translatum ab alia significatione generali, ut idem fit transigere, quod negotium conficere, expedire, finire. Cicero pro Quintio: Qaueo qua ratione Naevius susceptum negotium transeferit? ... Sic dicimus vitam transifere pro traducere, peragere ... Atque in generali hoc significatione, five pro qualicunque terminatione & finitione negotii(...)*».

<sup>156</sup> Titus Maccius Plautus nació en Umbria el año 251 aC y murió en Roma el año 184 aC. Se destacó por su tendencia a la renovación de la escena romana. Creó una lengua propia empleando todo tipo de recursos y manejando de forma virtuosa los metros de los diálogos o de los *cantica*. Su relevancia reside en la originalidad del lenguaje que emplea (vivo, gracioso y espontáneo) sin por ello dejar de ser lírico y, en ocasiones, de una gran belleza poética. Su influencia en los autores de reconocido prestigio como Shakespeare, Molière, Dryden, entre otros, confirman la magnitud de su obra.

<sup>157</sup> De la obra de Marcus Pacuvius (Brindisi 220 aC-Tarent 130 aC) restan tan sólo los fragmentos de trece tragedias que, agrupadas, constituyen 400 versos.

<sup>158</sup> El comediógrafo latino Publius Terentius Afer (Cartago 195 aC-Estímfal, Arcadia 159 aC) escribió seis comedias que fueron estrenadas entre los años 166 y 160 antes de Cristo: *Andria*, *La suegra* (*Hecyra I*), *El verdugo de sí mismo*, *El eunuco*, *Formión* y *Los hermanos*, así como dos nuevas versiones de *La suegra* (*Hecyra II* y *Hecyra III*). Su obra partía del estilo de sus predecesores, como Plauto, si bien era más clásico y trataba de dar una visión realista y delicada a sus obras, de tal modo que tenían un alto contenido moral de sufrimiento.

<sup>159</sup> Este decalage de casi un siglo entre la época de Terencio y la de Cicerón, se justifica en el hecho de que ningún otro autor correspondiente a este período emplea el término «*transigere*». Al respecto, véase Aldo SCHIAVONE en *Studi sulle logiche dei giuristi romani.*, ob. cit., pág. 19, nota 24.

periencias y conocimientos jurídicos, es muy probable que plasmara en sus obras, incluso en las no jurídicas, algunos supuestos extrapolados de su actividad como jurista.

Por tanto, el término *transigere* evoluciona desde su concepción ligada al movimiento físico, con Plauto; pasa por un período en el que se refiere a supuestos más abstractos, con Terencio; para terminar por concebirse en el sentido de «llevar a cumplir», ya que en el acuerdo de *transigere* también existe el movimiento objetivo de dos sujetos para alcanzar el acuerdo mediante la conclusión de las prestaciones, según se desprende de la obra de Cicerón. En efecto, en los textos ciceronianos, la noción socioeconómica respecto del *transigere* se perfila de un modo nítido, hasta el punto de que podría calificarse, en un cierto sentido, como técnica, habida cuenta, sobre todo, que asume unas dimensiones en las que no es extraña una valoración jurídica. Cabe destacar de entre sus escritos, aquel que hace referencia al caso Pro Q. Roscio, por cuanto que encierra un supuesto de transacción en el sentido específico vigente en nuestros días.

Por su interés, consideramos oportuno hacer mención, siquiera de forma sucinta, al supuesto de hecho acaecido en la década de los años 70 antes de Cristo.

Q. Roscio Gallo, *Eques romanus*, era el defendido de Cicerón. La parte contraria era C. Fannio Cherea. Entre los dos sujetos existía un contrato de sociedad cuyo objeto era un esclavo, Panurgo, originariamente propiedad de Fannio. Como resultado del contrato de sociedad, el esclavo fue puesto en comunión con Roscio, contra la obligación de iniciarlo en las artes teatrales. Las ganancias obtenidas de la actividad del nuevo comediante serían divididas entre los copropietarios. El período de aprendizaje resultó fructífero de tal modo que el esclavo actuaba con éxito cuando un tal Quinto Flavio lo mató.

Abierto el proceso contra Flavio, Fannio no intentó la correspondiente acción mientras sí lo hizo Roscio. Sin embargo, el proceso no terminó en sentencia. Llegados a un cierto punto Roscio y Flavio transigen: el homicida transfiere al primero una suma de dinero a cambio de la renuncia a toda pretensión ulterior.

Celebrada la transacción entre Roscio y Flavio, Fannio inició el proceso contra Roscio para reclamar la parte de la transacción que le correspondía y de ahí el caso de Roscio contra Fannio.

Con este texto, se pretende poner de manifiesto como el verbo *transigere* fue evolucionando desde una concepción concreta y específica

referida al movimiento físico para, posteriormente, alcanzar un significado más abstracto, llegando incluso a emplearse como sinónimo de *decidere*, *facere pactionem*, esto es, el momento del intercambio que precede al acuerdo<sup>160</sup>.

Al respecto, cabe destacar que pese a esta vinculación entre el sustantivo *transactio* y el verbo *transigere* del cual proviene, lo cierto es que la constancia escrita de la *transactio* en los textos del Derecho romano no aparece hasta el siglo II d. de Cristo, de la mano de Pomponio y de Cervidio Scevola, de la edad de los Antoninos<sup>161</sup>.

La justificación del nacimiento del sustantivo *transactio*, más próximo al actual, cabría situarla sobre la evolución del término: ocurre en el momento en que el concepto que engloba el verbo *transigere* se consolida en el valor práctico jurídico de la figura, conteniendo un esquema negocial concreto. Ello viene provocado, en gran medida, por la exigencia de una disciplina normativa de las relaciones emergentes de la nueva estructura social y económica, característica de la «sociedad civil» de la última república. En este ámbito, adquiere especial relevancia el papel teorizador del pensamiento de Labeón. Este jurista, cuya obra maduró y se desarrolló en los decenios del principado de Augusto y que concluyó un período crucial de la historia de la cultura romana<sup>162</sup>, representa el esfuerzo progresista operado por una parte de la jurisprudencia tardo-republicana, dirigido al reconocimiento de las nuevas relaciones que se iban configurando en la realidad del momento, cuyo testimonio fue recogido en un pasaje de Ulpiano:

D. 50,16,19 (ULP. 11 ad ed) *Labeo libro primo >ad edictum> praetoris urbani definit, quod quaedam «agantur», quaedam «gerantur», quaedam «contrahantur»: et actum quidem generale verbum esse, sive verbis sive re quid agatur, ut in stipulatione vel numeratione: contractum autem ultro citroque obligationem, quod Graeci synallagma vocant, veluti emptionem venditionem, locationem conductionem, societatem: gestum rem significare sine verbis factam.*

El reconocimiento de las nuevas modalidades quedaba supeditada a la certeza de su tutela procesal. Para Labeón, esta tutela se obtenía me-

<sup>160</sup> Comenta este texto de Cicerón, DONELLUS, Hugonius: *Opera omnia*, tomus septimus et Commentariorum in Codicem Justiniani, ad Signum Clivus, Florentiae, MDCCCXLVI, página 240.

<sup>161</sup> Los primeros textos en los que aparece el sustantivo «*transactio*» son atribuidos a Pomponio (D. 41, 3, 29) y a Scevola (D. 45, 1, 122, 5; D. 17, 1, 62; D. 20, 2, 10; D. 2, 15, 14 y D. 2, 15, 3, 1).

<sup>162</sup> SCHIAVONE, Aldo: *Studi sulle logiche dei giuristi romani*, ob. cit., pág. 46.

dante un silogismo: el nuevo negocio se reconducía al Edicto, identificando su estructura esencial con la de un acto incluido en el texto normativo del pretor. Y como resultas de ello, dicho texto preveía la tutela procesal correspondiente, que para el caso de los calificados *contractus* era la *agere praescriptis verbis*.

Por lo que a la nueva relación creada a través del *transigere* se refiere, el intercambio objetivo de las prestaciones, al margen de los modelos de actos típicos del *ius gentium*, que se expresaba con dicho verbo, se ajustaba al esquema del *synallagma* y al esquema de la calificada *ultro citroque obligatio*<sup>163</sup>, lo que llevó a la consideración de que respecto del «*transigere*» existía un nexo entre ambos del tipo «especie», figura económico social, y «género», institución lógico jurídica.

Este nexo especie-género pone en evidencia la carencia de una tipificación y, por consiguiente, de un *nomen* jurídico con respecto a las nuevas relaciones emergentes, como aquellas comprendidas en el área semántica del *transigere*.

Al respecto, la supeditación de una determinada relación, que acontecía a espaldas de la regulación edictal, a alguna de las ya previstas, comportaba, precisamente, una anulación de los elementos típicos de dicha relación. En otras palabras, en estas relaciones, el cambio de una relación novedosa, por tanto, «no jurídica», a una relación considerada «jurídica» se traducía en una renuncia a la tipicidad y, por consiguiente, a la posibilidad de ser considerada como una categoría jurídica, con un esquema negocial propio e identificativo<sup>164</sup>.

<sup>163</sup> Con esta expresión *ultro citroque obligationem* Labeón utiliza conscientemente la antigua expresión de la categoría civilística de la *obligatio* en la estructura interna de un nuevo campo teórico. Labeón parte del modelo serviano, esto es, el *contractus stipulationum sponsionumque* respecto del cual individualiza el contenido en una objetivación de una relación que se produce a través de un intercambio entre dos sujetos. A continuación, escoge una palabra que recoja en toda su amplitud el sentido jurídico de este enlace cual es la *obligatio*, precisando que la relación objetiva es *obligatio* sólo cuando es recíproca, en cuanto es una síntesis de una relación objetiva bilateral, esto es, la *obligatio* debe ser *ultro citroque*. En este sentido, Aldo SCHIAVONE: *Studi sulle logiche dei giuristi romani*, ob. cit., pág. 59.

<sup>164</sup> Para su superación, el reconocimiento de cada una de las modalidades de estas relaciones no previstas tuvo lugar desde el momento en que fue aceptada la construcción de la categoría general del *contractus*, fundada sobre el elemento unificante de la *conventio*, fruto de la tradición de la teoría elaborada por Sabino y Pedio. Por consiguiente, se redujo el esquema del *ultro citroque obligatio* a una de las especies de esta noción más amplia, para el supuesto en que concurrieran las condiciones indispensables para que pudiera deducirse la existencia de una *conventio* en la estructura interna de todo nuevo negocio. Con ello, la presencia de una específica *conventio* posibilitaba la adquisición de un *nomen* preciso, de tal modo que quedaba tipificado entre los calificados como *contractus*.

Resulta difícil precisar a partir de qué momento exacto se produce el reconocimiento del esquema negocial previsto bajo la noción semántica del *transigere*, expresado en el vocablo *transactio*. Por este motivo, tan sólo puede hacerse mención de los primeros textos en los que aparece el término *transactio* como expresión de una estructura negocial específica. Así, por ejemplo, en la resolución de la cuestión planteada acerca de una transacción realizada por causa de un fideicomiso, en D. 2, 15, 3, 1<sup>165</sup> o, también, en la cuestión suscitada sobre el sujeto al que los acreedores pueden dirigirse, una vez concluida una transacción entre el heredero legítimo y el instituido en D. 2, 15, 14<sup>166</sup>.

Los juristas de la época de los Severos no siempre emplean el sustantivo *transactio* como si de un tipo específico de *contractus* se tratase. De hecho, el primer término se utilizaba para referirse a aquellos casos en que la operación consistía en una aplicación de la *stipulatio aquiliana*<sup>167</sup>.

<sup>165</sup> D. 2, 15, 3, 1 (*Scaevola libro primo digestorum Imperatores Antoninus et Verus ita rescripserunt*): «Cum transactio propter fideicommissum facta esset, et postea codicilli reperiuntur: quaero, an quanto minus ex transactione consecuta mater defuncti fuerit, quam pro parte sua est, id ex fideicommissi causa consequi debeat? respondit debere».

<sup>166</sup> D. 2, 15, 14 (*Scaevola libro secundo responsorum*): «Controversia inter legitimum et scriptum heredem orta est eaque transactione facta certa lege finita est: quaero creditores quem convenire possunt? respondit, si idem creditores essent, qui transactionem fecissent, id observandum esse de aere alieno, quod inter eos convenisset: si alii creditores essent, propter incertum successionis pro parte hereditatis, quam uterque in transactione expresserit, utilibus actionibus conveniendus est».

<sup>167</sup> De entre las obras dedicadas al estudio de esta estipulación, ya sea genérica o específicamente, cabría destacar la elaborada por Fritz STURM: *Stipulatio Aquiliana*, München, 1972. También la tratan con detalle María Emilia PETERLONGO: *La transazione nel diritto romano*, ob. cit., págs. 12 a 15 (estipulación-pacto), págs. 22 a 24 (explicación de la estipulación aquiliana). Según la autora, la estipulación aquiliana destruía todas las relaciones existentes entre las partes de tal modo que si éstas querían mantener vigentes cualesquiera de las relaciones recíprocas existentes, debían excluirlas explícitamente de la redacción de la estipulación aquiliana. En defecto de esta reserva, cada obligación venía absorbida y destruida. Además, del tenor literal del frag. 4 de D. 2, 15, se desprende que la estipulación aquiliana nova y extingue la relación obligatoria anterior. La estipulación aquiliana también se analiza desde otra perspectiva en las págs. 25 a 27. También se refiere a la estipulación aquiliana D. 2, 15, 9 y su comentario por Peterlongo en las págs. 100 y 101. Vuelve otra vez sobre el tema en págs. 120 a 125. Ver también págs. 177 a 192 y págs. 288 a 292 y pág. 299 y pág. 314. Otros autores que también cabría destacar son Siro SOLAZZI: *Transazione e stipulatio aquiliana nei giuristi e nei papiri*, en *Studia et documenta historiae et iuris*, 1939, págs. 479 a 483; Ernst LEVY: *Weströmisches Vulgarrecht das Obligationenrecht*, Hermann Böhlau Nachfolger, Weimar, 1956; Aldo SCHIAVONE: *Studi sulle logiche dei giuristi romani*, ob. cit., págs. 173 a 178; Giovanni PUBLIESE: *Istituzioni di diritto romano*, terza edizione, G. Giappichelli Editore, Torino, 1991, págs. 924 y Generoso MELILLO: *Contrahere, pacisci, transigere*, Liguori editore, Napoli, 1994, págs. 268 a 272 y págs. 285 a 289. El concepto de la estipulación aquiliana aparece recogido en C. 8, 43, 3: «Per Aquilianam stipulationem pacto subditam obligatione praecedente sublata et accipulatione, quae fuerit inducta, perempta ei, qui ex nulla causa restitui potest, omnis agendi via praechuditur». Sobre la *stipulatio* en general, cabe destacar Antonio GUARINO: *Diritto privato romano*, Napoli, 1976, págs. 747 a 761 y Anna Maria, GIOMARDO: «Cautiones iudiciales» e «Officium iudicis», Dott. A. Giuffrè editore, Milano, 1982.

En Derecho romano clásico, cualquier convención, en principio, incapaz de constituir una relación obligatoria o de generar acción, podía ser investida de plena eficacia jurídica a través de la figura denominada estipulación<sup>168</sup>. En el caso de la convención relativa a la transacción, la estipulación que le permitía obtener efectos civiles era la *stipulatio aquiliana*<sup>169</sup>.

Era un negocio formal mediante el cual se podían asumir en una sola estipulación todas las relaciones obligatorias y las acciones que circula-

<sup>168</sup> La *stipulatio* constituía el contrato verbal más relevante, también calificado como *spensio*, que consistía en un intercambio de pregunta y de respuesta entre un futuro acreedor y un futuro deudor: *spondes dari centum (o aliquid fieri)?, spondeo*. El particular que preguntaba se denominaba *stipulans* o *reus stipulandi* y el que respondía *promissor* o *reus promittendi*. En sus orígenes, la obligación surgía sólo si el verbo *spondere* había sido incluido. Posteriormente, otras formas verbales equivalentes también fueron admitidas como términos válidos para generar obligaciones como eran *promittis?*, *fideiubet?* o *dabis?*. Con el tiempo, esta *stipulatio* prevista exclusivamente para los ciudadanos romanos pudo ser empleada también para los negocios concertados entre un ciudadano romano y uno peregrino o entre peregrinos, razón por la cual diferenciaron la *stipulatio iuris civilis* y la *stipulatio iuris gentium*. Dos eran los requisitos exigidos para la *stipulatio* del derecho clásico: la congruencia de la respuesta con la pregunta y la unidad de acto. El esquema de la *stipulatio* permitía un sinnúmero de adaptaciones, resultando susceptible de ser considerada como tal con la indicación de la causa por la que la obligación se asumía. Como consecuencia de la aceptación de estas alteraciones de la estructura inicial de la *stipulatio*, bien sea a través de la forma o la indicación de la causa del acto, la *stipulatio* se constituyó como la figura más adecuada para las cuestiones de distinta índole. En este sentido, fue empleada para la constitución de obligaciones de dar, de hacer, de prometer la dote al marido, a comprometerse al pago de una suma de dinero o de una cantidad de cosas fungibles y también sobre una cantidad de dinero indeterminada o a una prestación de hacer, a garantizar subsidiariamente que la obligación de un tercero sería cumplida y a prometer el cumplimiento de otra obligación determinada. La forma verbal de la *stipulatio* no admitía la búsqueda de la causa en el caso de que ésta no hubiese sido indicada. De este modo, si un particular, habiendo recibido promesa de una suma de dinero de otro, se había comprometido mediante *stipulatio* a la restitución, de *iure civili* no le era concedida la posibilidad de acogerse a la *actio ex stipulatu* en el caso de que el préstamo de dinero le hubiese sido negado. Ante ello, fue el pretor quien intervino, concediendo a los sujetos que se encontraban en dicha situación la *exceptio doli* con la que se paralizaba el ejercicio injustificado de la acción de la *stipulatio*. Más adelante, el deudor podía protegerse de la actuación maliciosa del acreedor mediante la *exceptio pacti*. En la edad postclásica, la *stipulatio* fue extendiéndose a tantos supuestos que su estructura terminó por degenerar de tal modo que, ni la unidad de acto, ni la congruencia eran exigidas, hasta llegar al punto de que cualquier verbo utilizado que indicara el acuerdo entre las partes era suficiente. Ello significó la consideración de la *stipulatio* como sinónimo de *conventio*. Esta cesión formal venía respaldada del correspondiente apoyo sustancial en el sentido de que en el derecho postclásico, bajo el influjo del derecho pretorio de la edad clásica, la *stipulatio* fue considerada el medio de constitución no únicamente de relaciones obligatorias sino de cualquier tipo de relación jurídica, como lo demostraría el hecho que se solía hablar de *pactiones et stipulationes*. Al respecto, Antonio GUARINO: *Diritto privato romano*, 5.ª edición, ob. cit., págs. 747 a 753.

<sup>169</sup> La estipulación recibe este nombre en atención a que fue una creación del jurista Aquilio Gallo en la época preclásica con la finalidad de poder extinguir mediante *acceptilatio* las obligaciones que hubieran sido constituidas verbalmente.

ban entre las partes, de tal modo que se preparaba una *acceptilatio* general. La específica estructura de esta *stipulatio* provocó su rápida difusión en la época clásica, puesto que el instituto permitía «cerrar» de una sola vez las múltiples relaciones existentes entre dos sujetos. Posteriormente, se ha considerado, incluso, que fuera posible que se recurriera a dos *stipulationes* recíprocas para cancelar las relaciones entre dos particulares<sup>170</sup>.

Al respecto, debe resaltarse que la estipulación equiliana destruía todas las relaciones obligatorias existentes entre las partes por lo que, si éstas querían mantener vigentes cualesquiera de las relaciones recíprocas existentes entre ellas, debían excluirlas explícitamente en la redacción de la Aquiliana. En caso contrario, la obligación era devastada.

En la operación, la *acceptilatio* no excluía que las partes procediesen al cumplimiento separado de aquello que transaccionalmente habían establecido como debido de una a la otra. Precisamente, en atención a la utilidad práctica del instituto, la jurisprudencia tardo-clásica no excluyó que pudiera admitirse que la *stipulatio aquiliana* se pudiese incluir en una *obligatio pecuniaria ex stipulatu*, no sólo por cuanto pudiera derivarse de *actiones in personam*, sino también por aquellas debidas por *actiones in rem*, sin que, en este último supuesto, tuviese que interpretarse que la relación jurídica absoluta se extinguiese. En estos casos, sólo quedaban extinguidas aquellas relaciones acordadas y en los términos establecidos<sup>171</sup>.

Esta inconcreción respecto de los supuestos de hecho encuadrados en el ámbito del sustantivo *transactio* dio lugar a la dualidad de posturas respecto de su consideración, esto es, como pacto o como *stipulatio*, cuestión ampliamente debatida por la doctrina, fundamentalmente, de los siglos XVII y XVIII<sup>172</sup>, si bien esta dualidad de concepciones no escondía la realidad de un nuevo instituto que se perfilaba independiente.

<sup>170</sup> Así lo considera Antonio GUARINO: *Diritto privato romano*, ob. cit., pág. 755.

<sup>171</sup> Por lo que se refiere a la relación existente entre la *stipulatio aquiliana* y la transacción, es destacable la opinión manifestada por Siro SOLAZZI: «*Transazione e stipulatio aquiliana nei giuristi e nei papiri*», en *Studia et documenta historiae et iuris*, ob. cit., págs. 479 a 483, porque se pronuncia de forma vehemente a favor de la consideración del pacto como fundamento de la transacción, acompañado de la estipulación penal y la aquiliana para garantizar plenamente dicho pacto.

<sup>172</sup> El problema relativo a la consideración de la «*transactio*» romana como pacto o como estipulación fue tratada, entre otros, por FABER: *Rationalia in primam et secundam partem Pandectarum*, MDCXIX; Arnoldi VINNI: *De transactionibus tractatus*, en *Tractatus quinque, nempe de pactis, iurisdictione, collationibus, transactionibus et quaestionibus juris selectis, cum indicibus locupletissimis*. Venetiis, MDCCLXXX, págs. 182 y ss y Josephus URCEOLUS: *Tractatus de transactionibus*, ob. cit., spec. 21 y ss.

La justificación de esta afirmación cabría encontrarla en un texto de Cervidio Scaevola, recogido en D., 20, 2, 10:

«*Tutoris heres cum herede pupilli transactione facta, cum ex ea maiorem partem solvisset, in residuam quantitatem pignus obligavit: quaesitum est, an in veterem contractum iure res obligata esset. Respondit secundum ea quae proponerentur obligatam esse*».

La nota esencial de este pasaje es que Scaevola confronta el negocio de garantía con la transacción, calificándola explícitamente como un *contractus*. Con ello se pone de manifiesto también la consolidación del vocablo en el marco de la noción de *contractus*, de tal modo que *contractus/transactio* quedan vinculados en una relación de género y especie. En otro pasaje de este mismo autor, en concreto, el D. 45, 1, 122, 5, Cervidio Scaevola relaciona la *transactio* con el *pactum*<sup>173</sup> si bien, en este caso, el término debe ser interpretado como un sinónimo de *contractus*.

El perfil teórico de la nueva estructura negocial que aparecía delineado en la formulación de Scaevola<sup>174</sup> encuentra su confirmación en textos de Ulpiano, recogidos en el título *De Transactionibus* correspondiente al D. 2, 15, de entre los cuales destaca el segundo pasaje D. 2, 15, 2:

«*Transactum accipere quis potest non solum, si Aquiliana stipulatio fuerit subiecta, sed et si pactum conventum fuerit factum*»

Este pasaje del Digesto correspondiente a Ulpiano es considerado como el punto de llegada de la amplia tradición que recogió, dentro de

<sup>173</sup> El término *pactio* pone el acento en el momento convencional de la relación.

<sup>174</sup> A los textos citados de Cervidio Scaevola debe añadirse el recogido en el pasaje del Digesto, D. 2, 15, 3 (Scaev. 1 resp.) que se destaca porque nos da la medida de la relevancia que las reflexiones jurisprudenciales encontraban en la temática de los rescritos imperiales. «*Privatis pactionibus non dubium est non laedi ius ceterorum Quare transactione, quae inter heredem et matrem defuncti facta est, neque testamentum rescissum videri posse, neque manumissis vel legatariis actiones suae ademptae. quare quidquid ex testamento petunt, scriptum heredem convenire debent: qui in transactione hereditatis aut cavet sibi pro oneribus hereditatis, aut si non cavet, non debet negligentiam suam ad alienam iniuriam referre. Cum transactio propter fideicommissum facta esset et postea codicilli reperti sunt: quaero, an quanto minus ex transactione consecuta mater defuncti fuerit, quam pro parte sua est, id ex fideicommissi causa consequi debeat. respondit debere. Debitor, cuius pignus creditor distraxit, cum Maevio, qui se legitimum creditoris heredem esse iactabat, minimo transegit: postea testamento prolato Septicium heredem esse apparuit. quaesitum est, si agat pigneraticia debitor cum Septicio, an is uti possit exceptione transactionis factae cum Maevio, qui heres eo tempore non fuerit: possitque Septicium pecuniam, quae Maevio ut heredi debitor numerata est conditiones repetere, quasi sub praetextu hereditatis acceptam? respondit secundum ea quae proponerentur non posse, quia neque cum eo ipse transegit nec negotium Septicii Maevius gerens accepit*».

un amplio marco, las opiniones y posiciones de la jurisprudencia de los primeros siglos del principado romano. De la interpretación de este pasaje se desprendería que por *transactum* debe entenderse la realización de la antigua *stipulatio* y el cumplimiento de un específico *pactum conventum* con un genérico *synalagma*, revestido de un *nomen* típico, no previsto en el Edicto, cual es la *transactio*<sup>175</sup>.

Respecto de este pasaje cabe señalar que, de hecho, el tema de fondo objeto de análisis por parte del jurista, a propósito del comentario del edicto de *pactis*, es la *conventio*, llave del sistema contractualístico romano. En este sentido, es del todo punto explícito el texto de Ulpiano, recogido en D. 2, 14, 1:

«*Conventionis verbum generale est ad omnia pertinens, de quibus negotii contrahendi transigendique causa consentiunt qui inter se agunt*».

Posteriormente, respecto de la división de las convenciones en públicas y privadas, en D. 2, 14, 5, por su parte, el D. 2, 14, 7, 2 diferencia, a su vez, las *conventiones aut legitima aut iuris gentium*, en los siguientes términos:

«*Iuris gentium conventiones quaedam actiones pariunt, quaedam exceptiones. Quae pariunt actiones, in suo nomine non stant, sed transeunt in proprium nomen contractus: ut venditio, locatio conductio, societas, commodatum, depositum et ceteri similes contractus. Sed et si in alium contractum res non transeat, subsit tamen causa, eleganter Aristo Celso respondit esse obligationem, ... esse enim contractus*».

<sup>175</sup> Esta es la interpretación que ofrece Aldo SCHIAVONE en *Studi sulle logiche dei giuristi romani*, ob. cit., págs. 177 y 178. Con ello, se descarta la interpretación efectuada por María Emilia PETERLONGO, según la cual la equiparación entre la «*stipulatio* Aquiliana» y el «*pactum conventum*» es una construcción del período justiniano. Al respecto, la autora manifiesta que la sincronía entre el contrato y la *stipulatio* como estructura alternativa del «*transigere*» sería, únicamente, aparente y fruto de la alteración tardía, fundamentalmente, justiniana de este pasaje, de tal modo que la nueva realidad habría adquirido pleno reconocimiento en la Compilación. Así lo establece en su obra sobre *La transazione nel diritto romano*, ob. cit., pág. 177 y págs. 311 y siguientes. Otra orientación distinta sería aquella según la cual la aproximación operada por Ulpiano no individualiza un principio general sino que se limita a la especie referida en el libro 74 ad Edictum. Nótese que, precisamente, en este libro 74 se aprecia un constante empeño en definir y en sistematizar. Así, a título de ejemplo, en la palenginesis de Lenel, 2.854 y siguientes se contiene una definición de *exceptio*, de *replicatio* y una clasificación de las *exceptiones*. En este sentido, es partidario de considerar la autenticidad del testimonio recogido en este pasaje del Digesto D. 2, 15, 2, Alexander BECK: «*Ueberlegungen zum klassischen vergleichsrecht*», en *Studi in onore di Pietro de Francisci*, Giuffrè editore, Milano, 1956, pág. 6, nota 5.

La interpretación de este pasaje sería que las *conventiones* de las que nacen *actiones* no tienen su tutela edictal como tales *conventiones* sino como *transeunt* en la sede edictal asignada a cada contrato. En el supuesto de que no exista un específico *nomen* (*Sed et si in alium contractum res non transeat*) pero la *conventio* se acompaña de una determinada estructura objetiva (*Ultró citroque obligatio*, esto es, una causa) se tiene igualmente una obligación y, por tanto, un contrato, pero con un *nomen* no previsto en el Edicto. El *nomen* es atribuible en el momento en que la generalidad objetiva del *ultró citroque obligatio* que garantiza la tutela (causa) ha sido separada de la identificación interna de una *conventio* concreta.

Es, pues, en este período, durante la dinastía de los Severos, cuando la *transactio* comienza a delinearse como una figura autónoma dentro de la categoría general del *contractus*. Querriamos destacar la estrecha relación que muestran el *contractus* y la *transactio* durante sus respectivos períodos de individuación como institutos jurídicos autónomos. En este sentido, hasta el momento en que la transacción se configura como una especie del género contrato, es difícil distinguir la convención concreta en el marco de la categoría general. El paralelismo que existe entre ambos ya puede apreciarse en la similitud de la etimología de los términos *transigere* (*trans-agere*) y *contrahere* (*contrahere*), de los cuales se llegará, con el tiempo, a la terminología conocida en nuestros días<sup>176</sup>.

La amplitud del concepto de la *transactio* romana tiene su reflejo en la variedad de significados asignados a dicha noción durante los siglos de la época jurídica intermedia.

<sup>176</sup> Así lo pone de relieve Aldo SCHIAVONE en *Studi sulle logiche dei giuristi romani*, ob. cit., pág. 5 y siguientes, destacando su apreciación sobre la similitud fonética y morfológica de ambos términos *transigere* y *contrahere* (*trans/agere-contrahere*). Pero dejando de lado la cuestión puramente terminológica cabe destacar el hecho de que en un primer estadio de evolución de los institutos jurídicos a través de los cuales el Derecho romano, en sus inicios y en el período clásico, después, concebía los distintos modos de que los sujetos quedasen vinculados, el *contractus* y la *transactio* parecían discurrir por las mismas sendas. Esta circunstancia ha supuesto no pocas dificultades para el estudio del instituto y del contrato en general. No es hasta el *Codex Theodosianus* y la compilación de Justiniano cuando se aprecian los elementos significativos de reconocimiento, causales y de régimen. Hasta la primera mitad del siglo II cabe reconocer una misma estructura en ambos institutos. Al respecto del origen y desarrollo común del contrato y de la transacción en el Derecho romano, es ilustrativa la obra del profesor de la Università degli studi di Napoli Federico II, Generoso MELILLO. Desde su obra *Il negozio bilaterale romano*, Liguore editore, Napoli, 1986, al trabajo recogido en la voz «*Transazione (diritto romano)*», en *Enciclopedia del diritto*, XLIV, Giuffrè editore, 1992, págs. 771 a 789, para terminar con *Contrahere, pacisci, transigere*, Liguore editore, Napoli, 1994.

El problema histórico-semántico del instituto se complica en la época alto-medieval en la que el desorden conceptual es el efecto de la aparición de toda una serie de denominaciones relativas a figuras negociales que no siempre son reconducibles al campo semántico originario de la *transactio*<sup>177</sup>. Así, la transacción se asimila a las *compositiones* propias del sistema longobardo. En este sistema, las ofensas y los delitos contra las personas y su patrimonio daban lugar a un juicio público. En este juicio, la venganza se realizaba mediante la calificada *faida*, esto es, una sanción que se imponía al reo o a la comunidad a la que pertenecía en función del daño causado o se conmutaba con el pago de un precio de rescate llamado *compositio* que se configuraba como una satisfacción de tipo patrimonial. Esta posibilidad de elección tenía su fundamento en la autonomía de los particulares.

Esta *compositio* podría considerarse ajustada al esquema negocial de la transacción: de una parte, el reo ofrecía el pago de la *compositio*<sup>178</sup> pecuniaria con la finalidad de definir el litigio y evitar la sanción privada y, de otra, la parte ofendida renunciaba a perseguir la venganza de sangre aceptando el pago del precio de rescate<sup>179</sup>.

En el devenir de los siglos<sup>180</sup>, el término romano *transactio* fue adoptado por los autores para referirse a aquel negocio mediante el cual los sujetos inmersos en una controversia o, también, en una situación incierta la superaban. La consideración de la transacción, como composición onerosa de una relación controvertida, tuvo su reflejo en la codificación francesa de principios del siglo XIX a través de las obras de DOMAT y POTHIER. Al primero se le atribuye la autoría de la formulación de la transacción como «contrato entre litigantes», esto es, como la convención onerosa dirigida a prevenir o a obstruir un proceso<sup>181</sup>. El segundo de los juristas citados fue el autor de una exégesis de los títulos relativos

<sup>177</sup> TREGGIARI, Ferdinando: Voz «transazione (diritto intermedio)» en Enciclopedia del diritto, XLIV, Giuffrè editore, 1992, pág. 790.

<sup>178</sup> Los términos *compositio* y *amicalis compositio* eran utilizados como sinónimos de *transigere* y *transactio*. Así se refleja por ejemplo en D. 7, 1, 13, 3; D. 48, 16, 6 y en C. 1, 2, 22, 1. En este sentido, BERTOLINI, Cesare: *Della transazione secondo il diritto romano*, Unione tipografico-editrice, Torino, 1900, pág. 111.

<sup>179</sup> Las distintas denominaciones otorgadas a los acuerdos con un perfil idéntico al de la transacción son expuestos de forma detallada por BERTOLINI, Cesare: *Della transazione ...*, ob. cit., págs. 89 a 114.

<sup>180</sup> La evolución del significado del término *transactio* en la Hispania visigoda puede encontrarse en el trabajo de investigación de BUENO SALINAS, Marta: «El valor de la terminología jurídica», en *Initium*, 4, 1999, págs. 449 a 478.

<sup>181</sup> DOMAT: *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, Tome premier, A Paris, Chez Nyon, aîné, Libraire rue Hautefeuille, MDCCLXXVII, pág. 213.

a la transacción<sup>182</sup> en el *Corpus Iuris* orientada, también, a focalizar la esencia del negocio sobre el fenómeno de la contestación del derecho y en la cual, por consiguiente, era suprimida cualquier referencia a la *res dubia* que no fuese relacionada con el suceso determinante de la controversia.

La configuración del presupuesto de la transacción en el *Code Napoléon* tuvo su influencia en el *Codice civile* de 1865 cuyo artículo 1.764 fue el modelo tomado por el Código civil vigente de 1889<sup>183</sup>.

Así, una vez situada la transacción dentro del marco de los medios de superación de controversias, con base en la autonomía privada, después de haber delimitado el concepto específico de este instituto frente a su concepción habitual como sinónimo de intercambio y, finalmente, delineados sus orígenes en el Derecho romano, nos ocuparemos a continuación de establecer el ámbito en el cual la transacción despliega su eficacia en toda su amplitud, desde el presupuesto fáctico necesario, incidiendo especialmente en el estudio del tradicional requisito de la *res dubia*, hasta el objetivo final y último que las partes en la transacción persiguen, cual es la superación definitiva de la controversia que hubiere surgido entre ellas.

<sup>182</sup> POTHIER, Robert Josef: *Pandectae Justinianae in novum ordine Digestae*, Tomus secundus, Parisiis, ex Typis Doudey-Dupré, 1819, págs. 717 y ss. «*Transactio est conventio qua, litis motae aut movendae decidendae causa, aliquid datur, aut promittitur, aut retinetur*».

<sup>183</sup> LASSO GAITE, Juan Francisco: *Crónica de la codificación española*, 4, Codificación civil, Volumen II, Ministerio de Justicia, Comisión General de Codificación, Gráficas Uguina, Madrid, 1979, pág. 735 y que puede comprobarse en el archivo de la Comisión General de Codificación, en el legajo número 18, correspondiente al Proyecto de Código civil 1888, en la carpeta 3.ª, en unas hojas cuadrículadas manuscritas, numeradas de la página 29 a la 44 y grapadas, con el número de orden 8, señalado en su margen superior izquierdo.

## El ámbito de la transacción

La transacción se concibe, pues, como un medio de resolución de conflictos intersubjetivos. Por consiguiente, su ámbito de actuación abarca desde el momento en que surge dicho conflicto hasta el instante en que éste termina de un modo definitivo.

A continuación, nos proponemos determinar cuál es el perfil del presupuesto fáctico necesario sobre el cual la transacción incide como medio de su resolución, la distinción con otros supuestos similares, de qué modo se constata la existencia de dicho presupuesto fáctico necesario, así como el análisis del tradicional requisito de la transacción: la *res dubia*.

### A. EL PRESUPUESTO FÁCTICO NECESARIO: LA CONTROVERSIA JURÍDICA

#### 1. LA EXPRESIÓN «EVITAN LA PROVOCACIÓN DE UN PLEITO O PONEN TÉRMINO AL QUE HABÍA COMENZADO» DEL ARTÍCULO 1.809 DEL CÓDIGO CIVIL

De acuerdo con el tenor literal del artículo 1.809 del Código civil, *in fine*, la transacción es un contrato configurado como un medio de evitar o terminar pleitos. La consecuencia que se deriva de una interpretación literal de la expresión «evitan la provocación de un pleito o ponen término al que había terminado» es que el ámbito de aplicación del contrato de transacción se circunscribe a aquellas situaciones en que se encuentran las partes que han decidido obviar un pleito o terminar uno que ya había sido iniciado.

En realidad, es un medio de solución de conflictos, bien ya planteados formalmente o bien con carácter previo a su planteamiento procesal. En otras palabras, termina una controversia jurídica planteada judicialmente o susceptible de enjuiciamiento.

La determinación concreta y precisa del campo de actuación del contrato de transacción requiere, ineludiblemente, la fijación del significado de dicha expresión y, sobre todo, del vocablo «pleito».

### a) La interpretación del término «pleito»

«Pleito» es una palabra polisémica que significa desde «Pacto, convenio, ajuste, tratado o negocio», en su sentido más genérico, o también, «Contienda, diferencia, disputa, litigio judicial entre partes», hasta «Causa, proceso», en su significación más específica<sup>1</sup>.

En la terminología jurídica, «pleito» acostumbra a utilizarse como proceso o contienda judicial<sup>2</sup>. Así se desprende, al menos, de la interpretación de este vocablo en el contexto de la norma de los preceptos del Código civil que lo recogen<sup>3</sup>.

Por su parte, desde la perspectiva del Derecho histórico se comprueba como este término ya fue empleado en este mismo sentido de proceso judicial por los precedentes legislativos inmediatos al Código civil de 1889. Así, el Anteproyecto de Código civil de 1.882-1.888, en el artículo primero del capítulo relativo a las transacciones, preparó la redacción del precepto que el Código civil de 1889, en su artículo 1.809, acogió, en los mismos términos<sup>4</sup>. También el Proyecto de Código civil del período isabelino se refirió al término «pleito» del siguiente modo «La transacción es un convenio no gratuito sobre cosas dudo-

<sup>1</sup> Véase, la voz «pleito» en el Diccionario de la Lengua Española, cit., pág. 1785.

<sup>2</sup> La consideración del término «pleito» del artículo 1.809 del Código civil como sinónimo de «proceso» es sostenida por PELÁEZ SANZ, FRANCISCO J.: *La transacción. Su eficacia procesal*, Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1987, págs. 18 y 19.

<sup>3</sup> Así, por ejemplo, el artículo 1.247 del Código civil, relativo a los sujetos inhábiles por disposición de ley para poder ser testigos, se refiere a los que tienen interés en el pleito (apartado 1.º), los ascendientes en los pleitos de los descendientes, y éstos en los de aquéllos (apartado 2.º), el suegro o suegra en los pleitos del yerno o nuera y viceversa (apartado 3.º), el marido en los pleitos de la mujer y la mujer en los del marido (apartado 4.º) y con la salvedad establecida en el último párrafo del precepto que se refiere a que «Lo dispuesto en los números 2.º, 3.º y 4.º no es aplicable a los pleitos en que se trate de probar el nacimiento o defunción de los hijos o cualquier hecho íntimo de la familia que no sea posible justificar por otros medios». O también, el artículo 1.280 del Código civil referente a aquellos actos, negocios o documentos que deberán constar en escritura pública, entre los cuales, el apartado 5.º se refiere, refiriéndose, al «poder general para pleitos y los especiales que deban presentarse en juicio».

<sup>4</sup> El artículo primero del capítulo primero relativo al título *De las transacciones y compromisos* del Anteproyecto de Código civil de 1882-1888, en LASSO GAITE, Juan Francisco: *Crónica de la codificación española*, 4, Codificación civil, Volumen II, ob. cit., pág. 735.

sas, que puede ser hecho antes ó después de haberse movido pleito sobre ellas»<sup>5</sup>.

Por otra parte, el Proyecto de Código civil de 1836 emplea un término sinónimo, «litigio»<sup>6</sup>, de modo que se refiere a la transacción como el convenio entre dos o más personas cuya finalidad es «evitar el litigio que pudiera promoverse entre ellas, o terminar el que ya está pendiente»<sup>7</sup>.

En este mismo sentido, se pronunciaba también la Ley 34, Título 14, de la Ley de Partida 5<sup>8</sup>, cuyos comentaristas le otorgan ese significado.

La Novísima Recopilación, en su Ley IV, del Título XVII, del Libro Undécimo, del Tomo V, se refiere también al término pleito en el sentido que venimos indicando<sup>9</sup>.

<sup>5</sup> Por lo que al Proyecto de Código civil de 1851 se refiere, el artículo 1.713 en GARCÍA GOYENA, Florencio: *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, Tomo IV, Título XVI, «De las transacciones y compromisos», Capítulo primero, «De las transacciones», Editorial Base, Barcelona, 1973, pág. 128.

<sup>6</sup> Ya en Derecho intermedio se puede encontrar esta interpretación: «*Lis est ipsa controversia & forensis actio: ut causa fit id, cuius gratia lis movetur: lis autem, ipsa concertatio iudiciaria. Ulpianus de verborum significatione: Litis nomen actionem significat, fuit in rem, fuit in personam fit. actionem non pro iure agendi, sed pro ipsa controversia, & causa transactione*». Así lo manifestó CONNANI, FRANCISCI: *Commentariorum iuris civilis, tomus prior, quinque libros complectens*, libro V, cap. VI & VII, Parisiis, MDLIII, fol. 354v. F.

<sup>7</sup> Artículo 1.635 del Proyecto de Código civil de 1836 en LASSO GAITE, Juan Francisco: *Crónica de la codificación española*, 4, ob. cit., pág. 257.

<sup>8</sup> Del texto de la Ley y, sobre todo, del comentario a cargo de Gregorio LÓPEZ que se sigue a continuación, se desprende la idea de que la transacción evita la continuación de pleitos en el sentido de procesos judiciales, en Gregorio LÓPEZ: *Las siete partidas del sabio Rey D. Alonso el IX*, con las variantes de más interés, y con la glosa del Lic. Gregorio López, vertida al castellano y extensamente adicionada con nuevas notas y comentarios por D. Ignacio Sanpontos y Barba, D. Ramón Martí de Eixala y D. José Ferrer y Subirana, Tomo II, Imprenta de Antonio Bergnes y Cia., Barcelona, 1843, pág. 373, «Como lo que ome quita a su contendor, por enojo de non seguir pleyto, non lo puede despues demandar. Verdaderos pleytos mueuen los omes a las vegadas unos contra otros, e aquellos a quien fazen las demandas, amparanse 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, auienense con los demandados, e quitantes alguna partida del debdo que les demandauan. ...». Esta Ley no se refiere al contrato de transacción en general sino que hace referencia, sobre todo, a uno de los efectos principales que se predicen de este contrato cual es el de la autoridad de la cosa juzgada. Por lo que aquí nos interesa, esta Ley de Partida se refiere a los «pleytos» en el sentido de procesos judiciales como así se aprecia en el texto transcrito. Sirva esta mención relativa a las Partidas para resaltar que las transacciones no fueron tratadas de forma general en este cuerpo legal, haciendo alguna determinación particular sobre las personas que pueden avenirse y sobre las cosas que podían ser objeto de avenencia o composición. Así lo pone de manifiesto MARTÍ Y DE EIXALA, Ramón: *Tratado elemental del Derecho Civil romano y español*, Tomo segundo, Imprenta de Joaquín Verdagué, Barcelona, 1838, pág. 287.

<sup>9</sup> La Novísima Recopilación de las Leyes de España, en la Ley IV, del Título XVII, del Libro Undécimo del Tomo V, pág. 216 también emplea el término «pleyto» en el sentido de proceso judicial, si bien se refiere a un supuesto distinto: «Porque acaece, que las partes por

En esta misma línea, procede el análisis de los precedentes legislativos mediatos al Código civil de 1889, ajenos a los de la tradición jurídica patria, como son el *Code* de 1.804 y el *Codice civile* de 1865, habida cuenta de su indudable influencia en la concepción y consiguiente redacción de los artículos relativos a la transacción, al igual que en tantos otros del Código civil.

Al respecto, el inciso primero del artículo 2.044 del *Code Napoléon* señala que: «*La transaction est un contrat par lequel les parties terminent une contestation née, ou préviennent une contestation à naître. (...)*».

La justificación de la expresión «*les parties terminent une contestation née, ou préviennent une contestation à naître*»<sup>10</sup> del precepto del *Code*, equivalente a la del artículo 1.809 del Código civil, se explica desde una perspectiva histórica. Desde finales del siglo XVI y bajo la influencia de CUJAS y DEMOULIN, el Derecho francés consideró la transacción como un contrato privilegiado y excepcional por cuanto que estaba dotado del carácter declarativo de derechos y, también, por cuanto que la rescisión por lesión regía de un modo especial para este específico contrato. Esta concepción de la transacción, fruto de la tradición histórico-francesa, fue adoptada por DOMAT<sup>11</sup>, jurista francés al que se ha considerado como el artífice de la concepción definitiva tomada en cuenta por los redactores del *Code Napoléon* en materia de transacción, y, por consiguiente, trasladada a las normas de este Código. La confirmación del hecho de que la transacción se configure como una convención dirigida a la prevención o terminación de procesos se desprende de la interpretación de los artículos relativos a la transacción en el *Code*, en especial, del artículo 2.052, párrafo primero<sup>12</sup>, relativo al efecto de cosa juzgada entre las partes que han contratado según el artículo 2.044, la transac-

bien de paz y concordia, y por evitar costas y pleytos y contiendas, antes de entrar en contienda de juicio, y otras veces estando pleytos pendientes en el nuestro Consejo y en las nuestras Audiencias, ó ante otros Jueces, y algunas veces teniendo la parte sentencia ó sentencias en su favor pasadas en cosa juzgada, sabiéndolo acuerdan de poner y comprometer los tales pleytos y contiendas en manos de Jueces árbitros juris ...».

<sup>10</sup> El término *contestation* es sinónimo de proceso. Así BÉNABENT, Alain: *Droit Civil, Les contrats spéciaux*, 2.<sup>a</sup> édition, Montchrestien, Paris, 1995, n. 1000. Définition, pág. 565.

<sup>11</sup> DOMAT definió la transacción como «*une convention entre deux ou plusieurs personnes, qui, pour prévenir ou terminer un procès, reglent leur différent de gré à gré, de la manière dont ils conviennent; et que chacun d'eux préfère à l'espérance de gagner, jointe au péril de perdre*». Nótese, pues, la finalidad esencial que se predica de la transacción, esto es, la prevención o terminación de un proceso (judicial, se entiende). Así, DOMAT, Jean: *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, Tome premier, ob. cit., section I, I, pág. 213.

<sup>12</sup> Este párrafo primero del artículo 2.052 del *Code* señala lo siguiente: «*Les transactions ont, entre les parties, l'autorité de la chose jugée en dernier ressort*».

ción pretendería constituirse como un equivalente contractual de la resolución obtenida una vez celebrado un juicio.

Por todo ello, la concepción de la transacción en el *Code* se fundamenta en la prevención o terminación de una «contestación», como expresión de un proceso. Y ello queda puesto de manifiesto en los comentarios de los trabajos preparatorios del *Code Napoléon*, en concreto, en la Exposición de Motivos de los artículos relativos a este instituto<sup>13</sup>, o en los discursos de los Tribunales ALBISSON<sup>14</sup> y GILLET<sup>15</sup>.

Por su parte, el artículo 1.764 del *Codice civile* de 1865 estableció que la transacción «*è un contratto con cui le parti dando, promettendo o ritenendo ciascuna qualche cosa, pongono fine ad una lite già cominciata o prevengono una lite che può sorgere*».

La influencia del *Code Napoléon* en la redacción de distintos preceptos del *Codice civile* de 1865 es conocida. Por lo que al concepto de transacción se refiere, el *Codice civile* de 1865 no reproduce exactamente el texto del artículo 2.044 del *Code* sino que lo supera introduciendo dos modificaciones: de un lado, hace mención de la prevención o finalización de la *lite*<sup>16</sup> en lugar de la *contestation* francesa y, de otro lado, el legislador italiano de 1865 añade el requisito de los mutuos sacrificios de

<sup>13</sup> «*Elle (chaque partie) balance de bonne foi et avec le désir de la conciliation, l'avantage qui résulterait d'un jugement favorable et la partie qu'entraînerait une condamnation*», véase en FENET: *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, Tome quinzième, Otto Zeller, Osnabrück, 1968, pág. 103.

<sup>14</sup> (...) «*les transactions sur procès ... dont le caractère particulier est de mettre fin aux procès ou de les prévenir méritent particulièrement à ce titre les faveurs de la loi ...*» y «*...il n'en est pas ainsi des transactions: par elles les procès sont terminés ou avortés...*», ambos pasajes recogidos, como el anterior, en FENET, Pierre Antoine: *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, Tome quinzième, ob. cit., pág. 113.

<sup>15</sup> «*Toute convention a une cause: celle de la transaction est la crainte des procès...*» en FENET, Pierre Antoine: *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, Tome quinzième, ob. cit., pág. 127.

<sup>16</sup> Algunos intérpretes italianos han considerado el término *lite* como sinónimo de «*contestazione, controversia, conflitto fra pretese contrastane, e non sta, invece ad indicare un mero stato di insoddisfazione, cui si contrapponga ad una situazione giuridica di soggezione, che trovi puntualmente riscontro in effettiva posizione di inerzia del soggetto passivo*». PESCATORE, G. y RUPERTO, C: *Codice civile ...*, tomo II, Giuffrè editore, Milano, 1987, pág. 2579. Por su parte PERLINGIERI, Pietro: *Codice civile ...*, tomo II, UTET, pág. 1452 establece que «*Il termine «lite» è stato variamente interpretato. Alcuni vedono in essa il momento dinamico del conflitto intersoggettivo di interessi; mentre, cioè, nel rapporto giuridico il conflitto viene osservato dal punto di vista della coordinazione della volontà, nella lite, invece, viene considerato sotto il profilo del contrasto di volontà, i cui elementi costitutivi sono la pretesa, intesa come esigenza della subordinazione dell'interesse altrui al proprio interesse, e la contestazione quale rifiuto a questa subordinazione. Costituiscono, quindi, la pretesa e la contestazione atteggiamenti o manifestazioni di volontà contrastanti, onde l'elemento formale della lite va individuato nel contratto di volontà che investe l'elemento materiale costituito dal conflitto di interessi. (...)*»

las partes que caracterizaba el instituto desde el Derecho romano, reflejado bajo la expresión «*dando, promettendo o ritenendo ciascuna qualche cosa*»<sup>17</sup>.

En cuanto a la interpretación del término *lite*, más próximo al concepto de litigio y, por tanto, susceptible de distintas interpretaciones según el significado que se le otorgue, la doctrina italiana ha coincidido en su mayor parte en considerarlo como sinónimo de proceso, en atención a una interpretación lógica y sistemática del término<sup>18</sup>.

Una confirmación de esta interpretación viene refrendada por la redacción de la noción de transacción recogida en el artículo 1.965 del *Codice civile* vigente, desde 1942. El primer párrafo de este artículo reproduce prácticamente el artículo 1.764 del *Codice civile* derogado, con la salvedad de la sustitución de la expresión «*dando, promettendo o ritenendo ciascuna qualche cosa*», por la de «*facendosi reciproche concessioni*». La mención de la «*pretesa*» y la «*contestazione*» en el párrafo segundo de este artículo, términos característicos de la nomenclatura procesal, ha corroborado la interpretación de la doctrina italiana según la cual la transacción presupone la existencia de un conflicto, se haya iniciado o no el proceso<sup>19</sup>.

En suma, tanto los precedentes legislativos inmediatos del Código civil, cuanto los precedentes legislativos mediatos, en el *Code Napoléon* y en el *Codice civile* de 1865, parecen sustentar la interpretación de que el término «pleito» recogido en el artículo 1.809 del Código civil debe entenderse como sinónimo de proceso. Por consiguiente, de acuerdo con una interpretación literal de este precepto, la transacción regulada en este cuerpo legal se configura como un contrato mediante el cual las partes evitan o ponen fin a un proceso, siempre que concorra el requisito de las concesiones mutuas, también previsto legalmente.

<sup>17</sup> El motivo de la ausencia de los «sacrificios mutuos» en la definición legal del *Code* debe atribuirse nuevamente al hecho de que los codificadores franceses tomaron en consideración la postura adoptada por DOMAT, quien defendía la innecesidad de este requisito, previsto, no obstante, por el Derecho romano. Así lo justifican la mayor parte de los juristas italianos. A título de ejemplo, STOLFI, Giuseppe: *La transazione*, Napoli, 1931, págs. 110 y 111. Por lo que a la argumentación esgrimida por DOMAT, en *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, ob. cit., Section I, n. 2, pág. 213.

<sup>18</sup> Así, por ejemplo, esta interpretación se desprende de la explicación vertida por Cesare BERTOLINI en el apartado correspondiente al análisis de la definición y los elementos que configuran el instituto de la transacción. BERTOLINI: *Della transazione secondo il diritto romano*, ob. cit., n. 22 y 23, págs. 36 a 41.

<sup>19</sup> Al respecto, por ejemplo, SANTORO-PASSARELLI, Francesco: *La transazione*, Seconda edizione, Casa editrice Dott. Eugenio Jovene, Napoli, 1975, págs. 9 y 10.

En consonancia con lo anterior, es conveniente fijar cuál es el objeto del proceso para, de acuerdo con el tenor del artículo 1.809 del Código civil, determinar cuál es el presupuesto fáctico necesario de la transacción.

#### b) El objeto del proceso: certeza y seguridad de la controversia e incerteza de su resultado

Según la afirmación vertida anteriormente, si la transacción es aquel contrato por el cual las partes, mediante recíprocas concesiones evitan o terminan un pleito, el objeto de la transacción coincidiría con el objeto del proceso puesto que la transacción se conceptuaría como un medio alternativo de terminación de un proceso judicial, en este caso, anormal<sup>20</sup>, considerando como normal cuando el procedimiento finaliza con la resolución judicial que le es propia, esto es, la sentencia.

Por consiguiente, la determinación del ámbito de aplicación de la transacción parece estar subordinada a la fijación del objeto del proceso, puesto que, en una primera aproximación, aquel supuesto de hecho que pueda ser objeto de un proceso también podría serlo de la transacción.

La determinación del objeto del proceso ha sido motivo de numerosos estudios y reflexiones<sup>21</sup> que han dado lugar a una pluralidad de

<sup>20</sup> La calificación como «anormal» relativa a la terminación del pleito que se produce con la transacción halla su justificación en la consideración de que el medio normal de concluir el proceso es la sentencia. Por consiguiente, aquellos medios que producen su finalización a través de una resolución distinta de la sentencia son considerados como medios «anormales» de terminación del pleito. In embargo, la doctrina procesalista no es unánime en el empleo de este término, de tal modo que algunos autores han escogido otra expresión para calificar estos medios, como sería la de «conclusión eventual del proceso». Así, por ejemplo, RAMOS MÉNDEZ, Francisco: *Derecho procesal civil*, ob. cit., pág. 674. De otro lado, si el criterio para calificar la transacción como anormal se basa en la consideración del número de procesos que terminan como consecuencia del acuerdo entre las partes en los términos legalmente establecidos, tal vez podría concluirse que la transacción no es un medio anormal de terminación de pleitos sino el normal. Así sucede, por ejemplo, en los procesos seguidos ante los Tribunales de los Estados Unidos. En este país, el acuerdo entre las partes, incluso en cuestiones penales, es una práctica habitual por lo que podría concluirse que ésta no constituye un medio de terminación anormal del pleito sino al contrario un medio habitual. FAIRÉN GUILLÉN, Víctor: «La defensa (autodefensa, autocomposición, pacto, contrato, proceso)», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, noviembre-diciembre 1990, número 601, págs. 501 a 511.

<sup>21</sup> Hasta en el apartado VIII de la Exposición de Motivos de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil se pone de relieve de forma expresa la multiplicidad de posiciones, teorías y polémicas reflejadas en la jurisprudencia y la doctrina en torno al objeto del proceso.

teorías<sup>22</sup> que alcanzan distintas conclusiones, según cual sea el centro de atención alrededor del que gravita el concepto de objeto del proceso. Así, de un lado se encuentran aquellos autores que definen el objeto del proceso como afirmación jurídica de un derecho material<sup>23</sup> cuya existencia será verificada por el Juez una vez concluido el procedimiento judicial<sup>24</sup>. De otro lado, existen autores que consideran que el objeto del proceso está integrado por elementos de consideración esencialmente procesal, —esto es, la petición<sup>25</sup>—, la afirmación de un derecho<sup>26</sup> o de un defecto jurídico o que la esencia del objeto del proceso está constituida, por el pronunciamiento del Tribunal, de conformidad con la solicitud del actor o del sujeto que ha reconvenido o, también, aquellos que consideran que el núcleo del objeto del proceso coincide con la pretensión<sup>27</sup>.

Desde una perspectiva teórica, los procesos que se desarrollan ante los Tribunales de Justicia podrían considerarse agrupados en dos cate-

<sup>22</sup> Por su claridad expositiva en lo que respecta a las distintas teorías que han tratado de determinar el objeto del proceso, hemos tomado en consideración aquellas que son clasificadas por BERZOSA FRANCO, M.<sup>a</sup> Victoria: *Demanda, «causa petendi» y objeto del proceso*, Ediciones El Almendro, Córdoba, MCMLXXXIV, págs. 17 a 22. Entre otros, esta cuestión es tratada, estableciendo las distintas teorías que interpretan el objeto del proceso —es decir, las teorías jurídicas, sociológicas y de la pretensión, por ARAGONESES, Pedro: *Proceso y derecho procesal*. Concepto, naturaleza, tipos, método, fuentes y aplicación del Derecho procesal. Aguilar, Madrid, 1960, págs. 115 a 132.

<sup>23</sup> Así lo entiende BERZOSA FRANCO, M.<sup>a</sup> Victoria: *Demanda, «causa petendi» y objeto del proceso*, ob. cit., pág. 27, de conformidad con la doctrina del Tribunal Supremo: «Pensamos que la idea-base del concepto objeto del proceso es la afirmación de un derecho; lo que en el proceso se debate es la afirmación que el actor hace de que a él le corresponde un determinado efecto de contenido jurídico, efecto que puede consistir en la declaración a su favor de una determinada relación jurídica, en la condena del demandado a una determinada prestación, o en la constitución, modificación o extinción de una concreta situación jurídica».

<sup>24</sup> LENT: «Contributto alla dottrina dell'oggetto del proceso», traducción de Mandrioli, 1953, pág. 473.

<sup>25</sup> En este sentido se pronuncia ROSENBERG: *Tratado de Derecho Procesal civil*, traducido al castellano, Buenos Aires, 1955, pág. 33, autor que defiende que el núcleo del proceso está formado por la petición del actor o, también, SCHWAB: *El objeto litigioso en el proceso civil*, traducido por Tomás A. Banzhaf, Buenos Aires, 1968, pág. 263 para quien la petición señalada por el actor en su solicitud constituye el elemento esencial de aquello que se debate en el proceso.

<sup>26</sup> Según DE STEFANO: «L'oggetto del processo in un libro recente di Walter J. Habscheid» en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1957, pág. 332, Habscheid abandona las ideas que definen el objeto del proceso desde una perspectiva esencialmente procesalista retornando, en cierto sentido, a la consideración de que el núcleo del objeto del proceso está representado por la afirmación jurídica del actor.

<sup>27</sup> Así lo entiende GUASP, Jaime: «La pretensión procesal», en *Anuario de Derecho civil*, 1952, pág. 37 quien considera que el corazón del proceso está constituido por la reclamación que una parte dirige contra la otra y ante el Juez.

gorías, atendiendo a la función que el Juez o Magistrado desempeña: de un lado, aquellos que versan sobre cuestiones que pueden ser objeto de disposición de las partes (por tanto, aquellos en que lo que se persigue es la resolución de un conflicto derivado de la posición encontrada de dos sujetos respecto de un derecho subjetivo) y, de otro lado, aquellos cuyo objeto es indisponible por los particulares y que, por consiguiente, son aquellos en los que la autoridad judicial se erige como el órgano instituido por los poderes públicos del Estado encargado para la constitución, modificación o extinción de una determinada situación jurídica.

En los primeros, existe un proceso en el cual se debate la afirmación de un derecho mantenida por el actor y que puede referirse a la declaración a su favor de una determinada relación jurídica o, también, a la condena del demandado a la realización de una determinada prestación<sup>28</sup>, respecto de las cuales el Juez deberá pronunciarse y declarar el derecho, condenando al demandado al cumplimiento de una concreta prestación, de conformidad con la pretensión esgrimida o constituyendo, modificando o extinguiendo la determinada situación jurídica respecto de la cual el actor ejercita la acción. Aquí, el proceso, ligado a la atribución al Estado del monopolio de la justicia, tiene como función la solución de conflictos para restaurar la paz social cuando las tensiones individuales o sociales se agudizan de tal modo que devienen irreconciliables. En estos casos, una de las funciones primordiales del Derecho, como es la prevención y composición pacífica de las controversias individuales y colectivas de quienes integran la comunidad<sup>29</sup>, no es operativa y los particulares deben recurrir a medios de composición para retornar a la armonía social. Desde la perspectiva sociológica, es sabido que el proceso judicial tiene por objeto la resolución de conflictos e incluso se ha llegado a considerar la resolución de controversias jurídicas como fin esencial de la potestad jurisdiccional<sup>30</sup>. Es propio de la jurisdicción decir y/o hacer lo jurídico ante casos concretos de presuntas infracciones de los deberes jurídicos y/o pretendidas violaciones o desconocimientos de los

<sup>28</sup> Véase en BERZOSA FRANCO, M.<sup>a</sup> Victoria: *Demanda, «causa petendi» y objeto del proceso*, ob. cit., pág. 225.

<sup>29</sup> Esta función se lleva a cabo a través del ordenamiento material que reglamenta y disciplina la actividad de los particulares, delimitando los vínculos y facultades de los sujetos del derecho mediante relaciones jurídicas. Dentro de esta actividad reglamentadora quedaría encuadrada la realizada por la vía contractual dirigida a la evitación de futuros conflictos. Al respecto, GIMENO SENDRA en ALMAGRO NOSETE, José ...: *Derecho procesal*, ob. cit., pág. 189.

<sup>30</sup> En este sentido se pronuncia GÓMEZ DE LIAÑO GONZÁLEZ, Fernando: *Abogacía y proceso*, Oviedo, 2.<sup>a</sup> ed., Oviedo, 1990, pág. 175.

derechos subjetivos, en orden a la tutela y realización del Derecho objetivo, como bien genérico<sup>31</sup>.

Por contra, en la segunda de las categorías señaladas, el Juez no se constituye como la autoridad que decide el conflicto surgido entre las dos partes enfrentadas y cuya manifestación se revela en la demanda y la contestación, en su caso, judicial, sino como la autoridad encargada de la constitución, modificación o extinción de una concreta situación jurídica. En estos casos, las partes no se hallan enfrentadas del mismo modo que sucede en los casos descritos en la anterior categoría. Aquí, las partes se personan ante el Juez a la búsqueda de la resolución judicial pertinente por cuanto que se constituye como el procedimiento previsto por el ordenamiento jurídico para su obtención<sup>32</sup>.

La diferencia primordial entre una y otra categoría es que en la primera de ellas subyace un conflicto intersubjetivo, o lo que es lo mismo, una controversia, entendida como una colisión de la pretensión de uno de los interesados y la resistencia (oposición o negativa) de otro, ya se manifieste de forma expresa o tácita. Se trata de conflictos entre sujetos nacidos con motivo de la negación o vulneración de un derecho subjetivo<sup>33</sup>. Estos conflictos suponen el nacimiento de una pretensión declara-

<sup>31</sup> Esta dicción del Derecho (*ius-dicto*) se considera como equivalente a la impartición o administración de Justicia, proyectando sobre situaciones concretas una constante y perpetua voluntad de proporcionar a cada uno lo suyo, con el fin de realizar y tutelar el Derecho. Esto requiere, previamente, determinar lo que le corresponde a cada uno. Así, OLIVA, Andrés de la y FERNÁNDEZ, Miguel Ángel: *Lecciones de Derecho Procesal*, ob. cit., pág. 16.

<sup>32</sup> El proceso a través del cual se persigue el reconocimiento, modificación o extinción de una situación jurídica material determinada puede versar sobre pretensiones declarativas (por ejemplo, la situación administrativa de un funcionario) o, las que más, respecto de pretensiones constitutivas relativas a situaciones jurídico materiales pendientes de modificación. Su especial configuración comporta el disciplinar de forma cuidadosa su ejercicio. En el último supuesto se incluyen los procesos de familia. En este sentido, el proceso judicial también está diseñado para aquellos casos en que se pretende la obtención de una determinada declaración cuyo otorgamiento está concedida en exclusiva a los órganos jurisdiccionales. En estos procedimientos, puede no existir una colisión de intereses, un derecho controvertido o contestado que las partes pretenden que el juez decida acerca de a cuál de ellas corresponde, porque no existe colisión material acerca del objeto a que el proceso se refiere. Este es el caso, por ejemplo, del proceso que se inicia cuando un cónyuge demanda a otro para la obtención del Juez la disolución del vínculo matrimonial. Respecto de esta pretensión, no existe colisión de intereses ni un conflicto que el Juez deba resolver. Ciertamente es, no obstante, que los cónyuges podrán estar en desacuerdo con determinados extremos relativos a los efectos patrimoniales o personales que se derivarán de la efectiva resolución judicial, de acuerdo con la petición formulada, mas no en cuanto al objeto propio del proceso concreto que se ha iniciado diseñado específicamente para la obtención de la disolución del vínculo matrimonial.

<sup>33</sup> Este concepto de conflictos intersubjetivos se corresponde con el de litigio o conflicto de intereses acuñado por CARNELUTTI. Al respecto, CARNELUTTI: *Lezioni di diritto processuale*

tiva que persigue la obtención del reconocimiento del derecho subjetivo que se cuestiona por parte del órgano jurisdiccional competente y, si es el caso de que el derecho subjetivo haya sido vulnerado, también producirá el nacimiento de una pretensión de condena que tiende a la reparación o restitución de su derecho mediante la prestación sustitutoria pertinente.

En la segunda, por contra, no existe un conflicto entre las partes que éstas pretendan resolver acudiendo al auxilio de los Tribunales, sino que su intención es otra distinta, cual es alcanzar una determinada declaración por parte del órgano jurisdiccional instituido a tal efecto por el ordenamiento jurídico. Aquí, el conflicto respondería al reconocimiento, modificación o extinción de una situación jurídica material concreta<sup>34</sup>.

Y es, precisamente, en la primera categoría descrita donde el contrato de transacción desplegaría su eficacia en atención a su especial configuración. En efecto, el elemento esencial y característico que individualiza la transacción es el de las mutuas concesiones que las partes realizan para la evitación o terminación de un pleito. El fundamento de estas concesiones recíprocas se asienta sobre el principio de que cada parte renuncia a todo o parte del contenido de su pretensión a cambio de la renuncia y/o contraprestación que le hace la otra, como reflejo de su voluntad de poner fin a la situación jurídica que se ha planteado sin tener que acudir al auxilio de un tercero, lo que, necesariamente, viene

*civile*, volumen I, Padova, 1920, núm. 8 y 9. Posteriormente, CARNELUTTI desarrolla su postura en distintos artículos, de entre los cuales cabe destacar aquellos que corresponden a la discusión entablada con CALAMANDREI. Así, CALAMANDREI pone en duda la teoría carnелutiana según la cual la composición de la litis constituye el objeto del proceso, puesto que existen procesos en los cuales no existe la contradicción de las partes, como ocurre en el proceso penal. Al respecto, CALAMANDREI: «Il concetto di «lite» nel pensiero di Francesco Carnelutti. I. Lite e giurisdizione», en *Rivista di diritto processuale civile*, Volume V, Parte I, 1928, pág. 16. Las posturas encontradas de CARNELUTTI y CALAMANDREI en relación con esta cuestión se ponen de relieve en la sucesión de artículos de ambos autores publicados en la *Rivista di diritto processuale civile*, 1928, Parte V. En este sentido, CALAMANDREI: «Il concetto di «lite» nel pensiero di Francesco Carnelutti. I. Lite e giurisdizione», en *Rivista di diritto processuale civile*, Volume V, Parte I, 1928, cit., págs. 4 a 22; CARNELUTTI: «Lite e funzione processuale», en *Rivista di diritto processuale civile*, Volume V, parte I, 1928, págs. 23 a 37; CALAMANDREI: «Il concetto di «lite» nel pensiero di Francesco Carnelutti. II. Lite e processo», en *Rivista di diritto trimestrale civile*, Volume V, Parte I, 1928, págs. 89 a 98 y, por último, CARNELUTTI, Francesco: «Lite e processo», en *Rivista di diritto processuale civile*, Volume V, parte I, 1928, págs. 99 a 105. Los artículos de estos juristas con referencias cruzadas a sus respectivas teorías ponen de relieve una práctica de la doctrina italiana según la cual los juristas discuten cuestiones debatidas del derecho, configurando una suerte de diálogo escrito diferido en el tiempo.

<sup>34</sup> La distinción de los conflictos en atención a su contenido coincide con la de GIMENO SENDRA en ALMAGRO NOSETTE, José (...): *Derecho procesal*, ob. cit., pág. 190.

a significar que los sujetos parten de dos posiciones o posturas que son contradictorias y la transacción viene a ser el punto de encuentro que pone fin a la colisión de posiciones jurídicas encontradas entre los sujetos implicados.

Por consiguiente, el presupuesto fáctico necesario para que la transacción pueda desplegar su eficacia sería el correspondiente a la situación que se deriva de los intereses en conflicto de sujetos a la que calificamos como controversia. Es procedente, pues, determinar cuál es el perfil de las posturas encontradas de los sujetos en conflicto y su exteriorización.

### c) La controversia jurídica

La controversia supone necesariamente una contraposición de posturas o, en el mismo sentido, unos intereses en conflicto<sup>35</sup>. Esta oposición de intereses se exterioriza cuando frente a la calificada pretensión formulada por un sujeto a otro, éste o no responde o lo hace no aviniéndose a la pretensión del primero.

Llegados a este punto debemos realizar una precisión en relación con el concepto de «pretensión» empleado, habida cuenta que se trata de un término que tiene un significado procesal relevante. Para ello, debemos referirnos en primer lugar, al derecho subjetivo y a la acción.

El ordenamiento jurídico, mediante el derecho subjetivo privado, concede a una persona una situación de poder que se manifiesta, de un lado, de forma activa, en unas posibilidades de actuación o facultades y, de otro lado, de forma pasiva, en el deber de respeto de la comunidad<sup>36</sup>. Entendido el derecho subjetivo como tal situación de poder, el ordenamiento jurídico le proporciona los medios de defensa con la finalidad de que tenga plena virtualidad. Y en el ámbito civil, el medio de defensa del derecho subjetivo es calificado como acción.

Así, un derecho subjetivo privado<sup>37</sup> de naturaleza patrimonial tiene un contenido específico que el ordenamiento jurídico atribuye al sujeto de cuyo conjunto de facultades se predica el ejercicio. La exigencia de la

<sup>35</sup> Así lo entiende, a título de ejemplo, DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis: *El arbitrio de un tercero en los negocios jurídicos*, ob. cit., 1957, pág. 78.

<sup>36</sup> Así lo señalaba DE CASTRO Y BRAVO: *Derecho civil de España*, I, 2.ª ed. Editorial Civitas, S.A., Madrid, 1984, págs. 556 y ss.

<sup>37</sup> En contraposición a derecho subjetivo público.

realización de una determinada prestación viene atribuida mediante la legitimación que el derecho de crédito atribuye a su titular<sup>38</sup>. Así, el derecho de crédito se ejercita mediante la acción personal que es en sí misma la propia reclamación<sup>39</sup>, distinguiéndose la reclamación judicial de la extrajudicial<sup>40</sup>, según que ésta tenga lugar en un proceso o al margen de él.

En línea similar, el titular de un derecho real tiene atribuidas distintas acciones para la defensa del derecho real de que se trate. En este caso, empero, las acciones pertinentes son mecanismos de defensa para que el ejercicio de las facultades propias del derecho real en cuestión se realice de forma pacífica, a diferencia de lo que ocurre con los derechos de crédito, en los cuales la utilización de las acciones son formas de su ejercicio. Y ello es así como consecuencia del carácter estático de los derechos reales y del dinámico de los derechos de crédito que, en estos últimos, lleva a confundir derecho subjetivo y acción personal<sup>41</sup>.

En el ámbito procesal, la acción suele definirse como un derecho subjetivo público a una tutela jurisdiccional concreta dirigido hacia el Estado con una finalidad específica cual es la de obtener una sentencia favorable<sup>42</sup>. En este sentido, la acción es el derecho a recabar la intervención de la Administración de Justicia solicitando la tutela jurisdiccional concreta que consiste en un pronunciamiento sobre el derecho afirmado por el actor.

Así las cosas, la pretensión en sentido material se entendería como la manifestación de un derecho bien o mal fundado que uno juzga tener sobre una cosa<sup>43</sup> y que se exige de otro<sup>44</sup>. En el ámbito de los derechos de crédito, la pretensión es una declaración de voluntad recepticia que se traduciría en el derecho a exigir la prestación debitoria<sup>45</sup>. Esta exi-

<sup>38</sup> En este sentido lo establece BADOSA COLL, Ferran: *Dret d'obligacions*, Barcanova, Barcelona, 1990, pág. 9.

<sup>39</sup> Así lo establece RUBIO GIMENO, Gemma: *El derecho litigioso: cesión y retracto*, McGraw-Hill, Madrid, 1995, pág. 4.

<sup>40</sup> BADOSA COLL, Ferran: *Dret d'obligacions*, ob. cit., pág. 33.

<sup>41</sup> Así lo indica RUBIO GIMENO, Gemma: *El derecho litigioso: cesión y retracto*, ob. cit., pág. 5.

<sup>42</sup> Al respecto se pronuncia en este sentido GÓMEZ ORBANEJA en la obra realizada conjuntamente con HERCE QUEMADA: *Derecho procesal civil*, ob. cit., pág. 227.

<sup>43</sup> En estos términos define la pretensión FEBRERO, Josef: *Librería de escribanos, abogados y jueces*, VIII, Imprenta de Fermín Villalpando, Madrid, 1827, pág. 131.

<sup>44</sup> La pretensión es definida como «aquello que exigimos de otro» por SENTÍS MELENDO: «Acción y pretensión», en *Revista de Derecho Procesal*, pág. 51, núm. 1.

<sup>45</sup> Así define la pretensión VON TUHR, Andreas: *Derecho civil. Parte general* (traducido por Wenceslao Roces), México, 1945, págs. 29 y ss.

gencia puede tener lugar tanto por la vía judicial como por la extrajudicial; del mismo modo, la pretensión puede calificarse como procesal<sup>46</sup> o material<sup>47</sup>.

Fijado el concepto de pretensión, en su sentido material, lo que interesa ahora es establecer en qué consistiría la respuesta de la persona a la que se le dirige la pretensión porque la controversia, entendida como la manifestación de los intereses en conflicto, nacerá de una concreta declaración del sujeto receptor de la pretensión.

En efecto, la pretensión de un sujeto puede suponer distintas reacciones por parte del sujeto a quien se formula. En general, el sujeto al cual se ha manifestado una determinada pretensión puede adoptar dos actitudes, una pasiva y otra activa. La actitud pasiva consistiría en la ausencia de contestación del sujeto al cual se ha formulado la pretensión. Si la pretensión se formula por la vía de la demanda judicial, el demandado puede permanecer en rebeldía o que comparezca en juicio, pero sin contestar a la demanda<sup>48</sup>.

Por contra, una postura activa del sujeto al que se enuncia la pretensión se traduciría en distintas actitudes que podrían consistir en la admisión total o parcial de los hechos que el otro sujeto alega o negar estos hechos en todo o en parte o, también, incluso, formular una pretensión distinta en contra de la alegada por el primer sujeto, esto es, planteando una reconvencción. La pretensión procesal puede obtener concretas respuestas del demandado: allanarse a la demanda; negar la existencia de los hechos sobre los que el autor funda la demanda; admitir los hechos

<sup>46</sup> En cuanto a la pretensión procesal, conocida es la concepción de GUASP, Jaime: «La pretensión procesal», en *Anuario de Derecho civil*, 1952, cit., págs. 7 a 61, destacando la parte III relativa a la relación entre acción, demanda y pretensión procesal. Al respecto, el autor señala lo que sigue a continuación: «concedido por el Estado el poder de acudir a los Tribunales de Justicia para formular pretensiones (derecho de acción), el particular puede reclamar cualquier bien de la vida frente a otro sujeto distinto de un órgano estatal (pretensión procesal) iniciando para ello el correspondiente proceso (demanda), ya sea al mismo tiempo, ya sea después que esta iniciación», en la pág. 35 del artículo referenciado. También se ha concebido como «el acto integrador de la afirmación de la acción y del ejercicio del derecho al proceso, que es la de iniciar la actividad jurisdiccional o procesal (válida) siempre que se realice cumpliendo determinados requisitos formales, aunque no exista acción e incluso no exista «derecho al proceso»». Así lo entiende Miguel Ángel FERNÁNDEZ en el manual elaborado conjuntamente Andrés de la OLIVA: *Derecho Procesal civil*, II, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., Madrid, 1995, págs. 41 y 42.

<sup>47</sup> En opinión de PELÁEZ SANZ, la pretensión equivaldría a la parte activa de la relación jurídica. Este autor establece esta postura en su monografía *La transacción. Su eficacia procesal*, ob. cit., pág. 21.

<sup>48</sup> En este sentido, se pronuncian, entre otros autores, OLIVA, Andrés de la y FERNÁNDEZ, Miguel Ángel: *Derecho Procesal civil*, II, ob. cit., págs. 43 y 44.

pero negar el efecto jurídico que el demandante deduce de ellos y, por último, el demandado puede además reconvenir<sup>49</sup>.

De entre estas respuestas manifestadas por el sujeto al que se le formula una pretensión, las que mejor se adaptan a la situación en la cual la transacción desplegaría su eficacia son aquellas en las cuales existe una respuesta que niegue o se oponga a la pretensión formulada, porque entonces la controversia surgiría como resultado de la contraposición de intereses que se desprende de las manifestaciones de las partes. De hecho, la única que excluiría la transacción sería la del allanamiento.

En efecto, el perfil de la situación jurídica<sup>50</sup> sobre la cual incidiría el contrato de transacción es aquel en que confluyen la pretensión formulada por una de las partes y la ausencia de avenencia de la parte a la que se formula la pretensión, cuya exteriorización se manifiesta por la falta de respuesta o, principalmente, la negativa o la oposición a la pretensión formulada<sup>51</sup>. Esta

<sup>49</sup> Artículo 406 de la Ley de Enjuiciamiento civil: «1. Al contestar la demanda, el demandado podrá, por medio de reconvencción, formular la pretensión o pretensiones que crea que le competen respecto del demandante (...). 3. La reconvencción se propondrá a continuación de la contestación y se acomodará a lo que para la demanda se establece en el artículo 399. (...)». Por tanto, de conformidad con el tenor literal de este artículo la reconvencción debe plantearse a continuación de la contestación lo que conlleva considerar que la reconvencción no es concebida como una oposición o respuesta a la demanda, es decir, que sea una postura del demandado «de frente a la demanda del actor». En este sentido se ha expresado Valentín CORTÉS DOMÍNGUEZ en CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín, (...): *Derecho procesal, proceso civil*, ob. cit., pág. 151.

La reconvencción no es una negación implícita necesariamente sino que lo que sencillamente se persigue es manifestar que también se pone una demanda. Se trata de una acción independiente que se acumula a la primera de tal modo que el demandado pasa a ser «actor» de ésta y el demandante primitivo, demandado. Toda pretensión del primer demandado que no se reduzca a pedir que se le absuelva de la demanda, constituye reconvencción. No se trata, por consiguiente, de la contestación a la demanda sino que dentro del cuerpo de la contestación, es una demanda nueva. Si el actor reconvenido contesta o niega la pretensión manifestada en la reconvencción, existirán dos cuestiones o controversias que se dilucidarán o ventilarán en un único pleito.

<sup>50</sup> «*La transazione è una convenzione colla quale si dà, promette, o ritiene qualche cosa a fine di estinguere una contestazione già nata o da nascere*». MOREAU DE MONTALIN: *Analisi delle Pandette* di Pothier ossia dizionario ragionato delle dottrine contenute nel corpo del diritto romano, tradotto in italiano e copiosamente accresciuto negli articoli principali da Angelo LANCELLOTTI, Giuseppe Antonelli, Venezia, 1833. Esta apreciación coincide con el concepto legal de la transacción en el *Codice civile* vigente.

<sup>51</sup> El jurista Cujacio ya puso de relieve la causa del litigio y de qué modo debía considerarse en los términos siguientes: «*Controversia est litis causa. Litis est controversia, quae jam contestata est*» CUIACIUS, Iacobus: *Opera ad parisiensem Fabrotionam editionem diligentissime exacta, tomus secundus, Venetiis, MDCLVIII*, pág. 87. (Nota: en la obra consultada, la fecha de la edición aparece como CI I) CCLVIII. Hemos interpretado el primer grupo de signos como una M y el segundo como una D, obteniendo como resultado final la fecha indicada —MDCCLVIII—).

confluencia de una pretensión y de la oposición a dicha pretensión constituye la situación sobre la cual incide la transacción porque permite la constatación de una situación de partida controvertida, para llegar a una resolución mediante concesiones mutuas respecto de dichas posturas encontradas, lo cual es característico de este contrato<sup>52</sup>. Las posturas, en ocasiones, se hacen superlativas o se realiza más énfasis en su gravedad con la finalidad de que al llegar a la confluencia de las concesiones, el punto de partida o la posición de cada parte le permite obtener más. En este sentido, cabe decir que la pretensión se agrava.

Y mediante las mutuas concesiones respecto de sendos intereses encontrados, las partes superan el conflicto generado. Cada una de las partes sacrifica su interés como expresión de su intención o voluntad de poner fin a la situación litigiosa que se ha originado por la existencia de posturas contradictorias<sup>53</sup>. Por este motivo, en el caso de que la pretensión obtenga como respuesta una propuesta alternativa a la ofrecida, no puede entenderse que la controversia surja porque no ha habido negación de la pretensión (ej. la dación en pago)<sup>54</sup>.

Transacción sólo la hay si ha surgido controversia<sup>55</sup>, aunque sea por un instante, que luego se resuelve mediante sacrificios cuantitativos o cualitativos respecto de las iniciales posiciones enfrentadas.

<sup>52</sup> Así lo propone DELSOL «*La transaction qui interviendrait sur un droit non douteux, cesserait d'être une véritable transaction, puisqu'elle en comporterait pas des sacrifices réciproques*» en DELSOL, Jean Jacques: *Explication élémentaire du Code Civil*, troisième édition, Tome second, A. Cotillon et Cie., Éditeurs, Libraires du Conseil d'État, Paris, 1878, página 465, n. 897.

<sup>53</sup> *Il foro italiano*, 1967, I, sentencia 14 junio de 1965, pág. 582: «*Checché si voglio pensare della possibilità di estendere la astratta nozione di lite fino a ricomprendervi ogni incertezza circa la da una contropreteza, de anche se quella del devitore sia soltanto la situazione passiva di soggezione in cui si sostanzia la sua responsabilità patrimoniale, è certo che nella disciplina positiva della transazione il sostantivo lite è recepito nell'accezione di contestazione, controversia, conflitto fra pretese contrastanti (art. 1965, 2.º comma, 1969, 764, 2.º comma, 1971, 1974) e non sta, invece ad indicare un mero stato di insoddisfazione cui si contrapponga solo una situazione giuridica di soggezione, che trovi puntuale riscontro in una effettiva posizione di inerzia del soggetto passivo*».

<sup>54</sup> La identidad en el pago es un derecho subjetivo al que se renuncia cuando se accede al cumplimiento de la obligación mediante una dación en pago.

<sup>55</sup> Como pone de relieve CARRASCO PERERA, la jurisprudencia interpreta de una forma laxa el presupuesto de la controversia, de tal modo que se puede llegar a calificar como tal aquella que nace de que una de las partes, sencillamente, se limite a no cumplir con su deber, sin que sea necesario, ni tan siquiera, que conteste el derecho ajeno. CARRASCO PERERA, Ángel: Comentario a los artículos 1.809 a 1.819 del Código civil en *Comentarios al Código civil*, dirigidos por RODRIGO BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, Aranzadi, Madrid, 2001, página 2040. Este mismo autor señala, más adelante, que «si la exigencia de una situación de controversia se interpreta en términos laxos, en verdad apenas habrá relación jurídica convencional que no pueda ser calificada de transacción». CARRASCO PERERA, Ángel: Comentario a los artículos 1.809 a 1.819 del Código civil, cit., pág. 2041.

Por consiguiente, en un primer estadio, el presupuesto fáctico necesario de la transacción prevista en el artículo 1.809 del Código civil consiste en una controversia<sup>56</sup> que se manifiesta en las posturas encontradas de las personas en conflicto. Sin embargo, en atención a que las controversias pueden referirse tanto a cuestiones jurídicas como económicas, consideramos oportuno esclarecer esta cuestión para, de este modo, concretar hasta el detalle el presupuesto previo que podría dar lugar al instituto objeto de estudio.

## 2. LA CONTROVERSIA JURÍDICA *VERSUS* LA CONTROVERSIA ECONÓMICA

La controversia como presupuesto fáctico necesario de la transacción, en cuanto que medio de su resolución, debe identificarse con el conflicto intersubjetivo calificado como jurídico.

Esta controversia se determina entre una parte que afirma un derecho subjetivo propio y otra parte que afirma un derecho subjetivo en un sentido contrapuesto al del primero o, cuanto menos, niega el derecho del primero. Así pues, la manifestación de al menos una de las partes debe consistir en la afirmación de un derecho subjetivo, jurídicamente protegible.

Junto al conflicto jurídico, o lo que es lo mismo, aquel que versa sobre un derecho subjetivo, previsto, por tanto, por las normas jurídicas, el conflicto económico es aquel que induce a las partes a regular sus intereses. El contrato constituye el instrumento típico de composición de intereses patrimoniales a través del cual las partes los armonizan y llegan a un acuerdo creando una relación jurídica<sup>57</sup>. A título de ejemplo, el interés del comprador por la cosa que lo mueve a privarse del precio para obtenerla se corresponde con el interés del vendedor por conseguir el precio, interés que le induce a privarse de la cosa, en correspondencia con el precio. Cada prestación constituye la causa onerosa en los términos del artículo 1274 del Código civil, determinante de las declaraciones de voluntad que conforman el consentimiento, a partir del cual nace el vínculo o relación jurídica.

Por consiguiente, los pactos acordados por las partes en un contrato, y por abstracción todo contrato, no deben considerarse como una tran-

<sup>56</sup> GULLÓN BALLESTEROS, Antonio: Comentario a los artículos 1.809 a 1.819 del Código civil, en *Comentarios del Ministerio de Justicia*, Madrid, 1991, pág. 1.768. Este autor habla de «una situación de controversia».

<sup>57</sup> En este sentido, SANTORO-PASSARELLI: *La transazione*, ob. cit., pág. 7.

sacción en sentido estricto. Cada uno de estos pactos constituye un elemento de la regulación que las partes efectúan de sus respectivos intereses.

Frente a la función de confluencia libre de intereses característico de todo contrato, la transacción asume una función propia. Celebrado el contrato, los intereses de cada una de las partes han obtenido su regulación jurídica, que deviene *lex privata*, fuente de obligaciones (art. 1.091 del Código civil). Por consiguiente, en el caso de que un conflicto surja de él (las partes basan su reclamación y negación en pretendidos derechos subjetivos derivados del contrato), éste tendrá la consideración de conflicto jurídico, convirtiéndose en un instrumento de composición por la vía de la transacción. En cambio, previamente a su existencia, cuando se afirma un interés que todavía no está jurídicamente protegido, éste no es susceptible de ser pretendido ante los Tribunales y, por ende, no constituye el presupuesto fáctico necesario sobre el que la transacción pueda incidir (ejemplo: el interés de comprar o vender, salvo obligación legal por previo contrato de opción, derecho de adquisición preferente como tanteo o retracto, servidumbre forzosa o cualquier derecho imperativo).

Estas consideraciones quedan patentes con respecto a los tratos preliminares. A través de ellos, las partes pretenden componer sus respectivos intereses sobre cuestiones, ya sean de tipo económico, ya sean de tipo jurídico, tratando de articular los pactos que se correspondan con las pretensiones que cada una de ellas persigue. En esta fase precontractual, las conversaciones o los proyectos que plasman los intereses de cada uno de los particulares cuyo objetivo es la celebración de un determinado contrato no constituyen *per se* ningún acto jurídico en sentido estricto, habida cuenta que de ellos no derivan efectos jurídicos de manera inmediata. De estos tratos preliminares no puede inferirse que entre las partes se haya creado una relación jurídica cuyo origen sea la voluntad de iniciar los tratos. En realidad, se trata de una oposición de intereses económicos que no encontrarán solución en el derecho positivo.

En este sentido, la contraposición de intereses manifestados por las distintas partes no puede ser considerada como un supuesto respecto del cual la autoridad judicial competente o cualquier otro medio alternativo de terminación de conflictos intersubjetivos pudiera resolver, porque todavía no existe ningún derecho subjetivo jurídicamente protegible. Sólo nacerá a partir del consentimiento, según dispone el artículo 1.258 del Código civil, en relación con el artículo 1.091 del mismo cuerpo legal.

Distinto es, sin embargo, el caso de que los tratos preliminares generen un derecho subjetivo jurídicamente protegible. En efecto, el contacto mantenido entre los sujetos que pretenden componer sus intereses contrapuestos comporta que las partes asuman determinados deberes, como son el de comportarse con la buena fe necesaria y el de observar las normas éticas imperantes. En el caso de que las partes no adopten un comportamiento acorde con los deberes que deberían asumir podrá generarse la calificada responsabilidad precontractual. Por consiguiente, si bien en una primera aproximación cabría entender que no podría derivarse responsabilidad alguna de los tratos preliminares puesto que entre las partes no existe relación jurídica alguna, sin embargo, se demostró que determinadas conductas de las partes en las negociaciones que preceden al contrato puede provocar el nacimiento de una determinada responsabilidad. El fundamento de dicha responsabilidad se halla en la inobservancia del principio general de la buena fe de aquella parte que una vez entabladas las negociaciones no actúa con la diligencia debida. Por consiguiente, el perjudicado podrá reclamar el resarcimiento del daño soportado por la no terminación de la negociación como consecuencia de la actuación impropia del otro sujeto.

En estos casos, el perjudicado podría proceder a la reclamación judicial con la finalidad de obtener el resarcimiento del daño que le ha sido causado, en cuyo caso, formularía una pretensión respecto de un derecho subjetivo previsto en una norma jurídica<sup>58</sup>.

En suma, la distinción entre el conflicto jurídico y el económico se circunscribe al hecho de que éste haga referencia o no a un derecho subjetivo susceptible de tutela. Así pues, el conflicto jurídico se refiere a aquellos casos en que las posturas encontradas de los particulares versan sobre un derecho subjetivo entendido como un interés jurídicamente protegido y, por consiguiente, susceptible de amparo judicial por cuanto que coincide con el supuesto de hecho de una norma jurídica. En este sentido, es un conflicto intersubjetivo cualificado por la contienda surgida entre las partes acerca de su tutela.

<sup>58</sup> La responsabilidad precontractual se contrae por aquel que en la formación de un contrato observa una conducta que da lugar a que la otra parte sufra un daño con su celebración o, también, quien rompe injustificadamente los tratos o negociaciones preliminares, violando deberes de lealtad y confianza de los que la otra parte era merecedora. ÁNGEL YAGÜEZ, Ricardo de: *Tratado de responsabilidad civil*, Universidad de Deusto, Civitas, Madrid, 1993, pág. 74. La doctrina coincide en situar su primera formulación en la teoría de la llamada *culpa in contrahendo*, acuñada por Ihering y en incluir esta categoría en el ámbito de la responsabilidad extracontractual. Por todos, GARCÍA RUBIO, M.ª Paz: *La responsabilidad precontractual en el Derecho español*, Tecnos, Madrid, 1991, pág. 78.

Por contra, el conflicto económico se circunscribe a aquellos supuestos en que las partes pretenden la composición de sus respectivos intereses sin que dichos intereses concuerden con un derecho subjetivo previsto por una norma jurídica. La pretensión presupone que el interés de quien pretende ha obtenido protección jurídica en un derecho, al menos en el sentido de que la pretensión debe ser la afirmación de un derecho, exista o no en realidad dicho derecho. Así, el que afirma un interés que todavía no es susceptible de protección jurídica, no pretende. En estos casos, el instrumento de composición de los respectivos intereses de las partes suele ser el contrato<sup>59</sup>.

Así las cosas, el presupuesto fáctico necesario de la transacción es, pues, un conflicto intersubjetivo jurídico al que calificamos como controversia jurídica en el cual es esencial que, al menos, una de las partes afirme la juridicidad de su pretensión<sup>60</sup>. Si la cuestión discutida es de derecho o de hecho es irrelevante. Así, para que el conflicto intersubjetivo adquiera la naturaleza de litigioso, los elementos que lo componen, esto es, la pretensión y la oposición, expresa o tácita, deben referirse a una realidad jurídica, a un acto o a una situación jurídica<sup>61</sup>.

La controversia jurídica, que constituye el presupuesto fáctico objetivo de la transacción, quedará apreciada mediante la concurrencia de las dos posturas de signo distinto en dos momentos diversos: de un lado, previamente al comienzo del pleito y, de otro, una vez que se haya iniciado el proceso judicial, coincidiendo con la finalidad que se predica de este contrato, prevista en el artículo 1.809 del Código civil, *in fine*.

Los derechos que forman parte del objeto del contrato de transacción deben ser controvertidos o, considerado en igual sentido, litigio-

<sup>59</sup> MINERVINI, Enrico: *Codice civile* anotato con la dottrina e la giurisprudenza, a cura di Pietro Perlingieri, Libro Quarto, Delle obbligazioni, Tomo II, art. 1470 a 2059, pág. 1607. «La lite investe il regolamento di una situazione che si assume già disciplinata dal diritto, il conflitto economico determina le parti a regolare contrattualmente i loro interessi».

<sup>60</sup> La juridicidad afirmada en una pretensión determina la consideración de una controversia como jurídica habida cuenta de que el ordenamiento jurídico proporciona los medios de resolución necesarios para ello aunque las partes no se pongan de acuerdo. Así lo expresa CARNELUTTI: «Arbitri e arbitratori», en *Rivista di diritto processuale civile*, Volume I, Parte I, 1924, pág. 124. También pone de manifiesto la necesidad de que al menos uno de los particulares en la controversia afirme la juridicidad de su pretensión por D'ONOFRIO, Paolo: *Della Transazione*, in *Commentario del Codice civile*, a cargo de A. Scialoja y G. Branca, Libro cuarto, Delle obbligazioni (art. 1969-1991), Bologna-Roma, 1974, pág. 224: «Quello che è essenziale è che almeno una delle parti affermi la giuridicità della sua pretesa; se così non fosse, la controversia sarebbe puramente economica, e potrebbe dar luogo ad altra figura ad es. quella dell'arbitratore, non la transazione».

<sup>61</sup> Así lo estima Díez-PICAZO y PONCE DE LEÓN, Luis: *El arbitrio de un tercero en los negocios jurídicos*, ob.cit., 1957, pág. 79.

so<sup>62</sup>. Sin embargo, no es necesario que el proceso haya sido entablado: es suficiente que las dos partes hayan emitido las pretensiones sobre el mismo derecho o derechos opuestos<sup>63</sup>. No es necesario, pues, que haya pleito pendiente para que la transacción tenga lugar, porque antes de que haya contienda judicial, pueden transigirse derechos<sup>64</sup>.

Antes o después de principiado el pleito es el marco donde se da la controversia como presupuesto de la transacción, por lo que trataremos a continuación de la constatación formal o fehaciente de la existencia de la controversia.

### 3. LA CONSTATACIÓN DE LA EXISTENCIA DE LA CONTROVERSIA

La constatación de la controversia, decíamos, se aprecia en dos momentos distintos: antes de que se inicie el proceso (extraprocesal) o una vez que éste ha comenzado (procesal).

Algunos autores han considerado que el convenio transaccional es llevado a cabo normalmente antes de un litigio y sin acudir a él, al entender que ésta es precisamente la misión principal y constitutiva de toda transacción. Sin embargo, la transacción también puede ser acordada una vez el pleito ha comenzado, al margen o en el propio proceso.

De hecho, algún sector de la doctrina romanista ha interpretado que la transacción más propia y genuina era, precisamente, aquella que había sido pactada dentro de la propia tramitación *in iure* de un litigio, después de la citación y previamente a la *litis contestatio*. Los argumentos en favor de considerar como transacción más genuina aquella que tiene lugar antes y fuera del proceso se fundamentan, principalmente, en

<sup>62</sup> PERLINGIERI, Pietro: *Codice civile*, ob. cit., pág. 1453: «Di recente è stato chiarito che, nella disciplina positiva della transazione, il sostantivo «lite» è recepito nell'accezione di contestazione, controversia, conflitto tra pretese contrastanti, e non sta, invece ad indicare un mero stato di insoddisfazione, cui si contrapponga soltanto una situazione giuridica di soggezione, che trovi puntuale riscontro in una effettiva posizione di inerzia del soggetto passivo; di conseguenza non è configurabile, accanto alla lite da pretesa contestata, una lite da pretesa insoddisfatta, da pretesa, cioè, nella quale l'incertezza della realizzazione sia determinata da mero adempimento; si che non è configurabile una transazione (ma, eventualmente, un negozio diverso) se non v'è un diritto controverso».

<sup>63</sup> El término «litigioso» debe ser entendido en sentido amplio. MAZEAUD, Henri, LÉON et Jean: *Leçons de Droit Civil*, Tome troisième, Éditions Montchrestien, Paris, pág. 1084, n. 1635.

<sup>64</sup> En este sentido, GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, Benito: *Códigos o estudios fundamentales sobre el Derecho Civil español*, Tomo cuarto, 4.ª edición, Librería de Gabriel Sánchez, Madrid, 1884, pág. 576.

razones de tipo histórico. El origen de la transacción parece haber sido la consecuencia de evitar un litigio en la Roma primitiva por medio de un pacto entre sus habitantes a través del cual tratarían de prevenir y evitar el litigio, antes de acudir al pleito correspondiente<sup>65</sup>.

#### a) La constatación extraprocesal

Al margen del proceso, pero en su más próxima antesala como viene a expresar la proposición «*timor litis*»<sup>66</sup>, la manifestación de la existencia de una controversia jurídica vendrá determinada por las actuaciones de las partes en el conflicto, ya sea por sí mismas o mediante la intervención de otros sujetos en su nombre, legitimados para ello.

La constatación de la controversia jurídica efectuada por las partes entraña una dificultad que radica en la distinción entre lo que representaría una discusión, pura y simple, entre dos sujetos con un vínculo derivado de una determinada situación jurídica en la que ambos se encuentran, respecto de aquella situación que constituye el presupuesto fáctico respecto del cual la transacción incide, esto es, la situación jurídica sus-

<sup>65</sup> Este argumento, junto con otros textuales y de sistemática, es puesto de manifiesto por FREIXAS, Juan: «Una nota sobre la “*transactio*”», en *Anuario de Historia del Derecho Español*, cit., págs. 646 a 648. La transacción puede tener lugar cuando las partes ya están en un proceso o están próximas a celebrarlo. Al respecto, POTHIER, Robert Josef: *Oeuvres de Pothier*, Paris, 1827, pág. 459.

<sup>66</sup> Así, «*Sufficit timor litis*» fue entendido por LUCA, Johannes Baptistae de: *Theatrum veritatis et justitiae sive decisivi discursus*, Lugduni, MDCXCVII, tomo I, decisio 120, n. 6 y en el tomo VII, decisio 50, n. 8. En esta misma línea, «*ut transactio valeat, non requiritur necessario jam mota esse litem, quod controversiam, sed solum timorem, aut suspicionem litis futurae sufficere, ...*». Así lo interpreta DUARENUS, Franciscus: *Opera omnia, volumen primum quo in Digestorum priores quatuor et Justiniani Codicis titulos aliquot commentarii continentur*, Lucae, MDCCLXV, pág. 112. En esta línea, ODOFREDUS DE DENARIS: *Iuris utriusque peritissimi dicaearchi, in primam Codicis partem complectentem (...)*, Lugduni MDLII (edición anastática, Lectura super Codice, I, en *Opera Iuridica Rariora, selecta cura et studio Domini Maffei, Ennii Cortese e Guidonis Rossi*, Forni editore Bologna, 1968), fol. 71v: «*Transactio super lite presentii, sed etiam super futura. Timor litis.*», interpretando el pasaje del Código C. 2, 4, 2 según el cual «Puesto que dices que has transigido con tu hermana sobre una herencia, y que por ello aseguraste que le debías cierta cantidad, aunque no hubiese habido cuestión alguna sobre la herencia, sin embargo, hecha la transacción por temor a un litigio, se entiende reconocida válidamente la suma; por cuya razón si hubieses pagado al fisco, no podrías repetir, y si no le has satisfecho, podrías, sin embargo, ser demandado en derecho». GARCÍA DEL CORRAL, Ildefonso L.: *Cuerpo del Derecho Civil romano*, publicado por los hermanos Kriegel, Hermann y Osenbrüggen, Jaime Molinas, editor, Segunda parte, Código, Tomo I, Barcelona, 1892, págs. 228 y 229. De forma más explícita, se refiere a la verificación de la transacción «*ad litem iudiciale*» y «*de lite extrajudiciali*» URCEOLUS, Josephus: *Tractatus de transactionibus in quinque partes divisus*, ob. cit., pág. 11, n. 71 y 72. Respecto de la *lite extrajudiciali* en el n. 74.

ceptible de ser superada mediante la transacción<sup>67</sup>. En otros términos, cabe cuestionarse hasta qué punto las manifestaciones efectuadas de forma oral o escrita por dos sujetos vinculados a través de una determinada relación jurídica pueden considerarse como la constatación de una controversia jurídica en los términos señalados o, sencillamente, se trata de una discusión irrelevante para el derecho.

La dificultad en la determinación del momento en que puede considerarse que una simple discusión puede terminar en una controversia jurídica, con suficiente entidad como para que las partes, o al menos una de ellas, puedan interponer la correspondiente demanda, podría llevar a la interpretación de que, en realidad, la controversia jurídica sólo puede ser tomada en consideración cuando el proceso judicial se ha puesto en marcha. Podría entenderse, además, que dicha interpretación supone una mayor protección de los intereses de los particulares, puesto que la interposición de la demanda puede considerarse como una también mayor probabilidad de que existe una pretensión verdadera porque en el caso de que la pretensión fuese infundada, la parte podría encontrarse con una resolución judicial contraria a sus intereses y, por ende, con la condena en costas. Podría entenderse que el reconocimiento comportaría un mayor riesgo para alguno de los sujetos implicados en ella. Así, formulada una pretensión al margen del proceso, el sujeto al cual se ha dirigido dicha pretensión podría negarla para, de este modo, delinear el presupuesto necesario, forzar a la otra parte a la celebración del contrato de transacción. Como resultado, podría considerarse que la transacción se configura como un vehículo para la celebración de acuerdos que podrían llegar a vulnerar los derechos de algunos sujetos desprotegidos.

Para que ello fuese del modo que acabamos de describir, esto es, que el proceso supusiera una mayor garantía de la veracidad de la pretensión de actor y, por consiguiente, una mayor protección de los intereses de los particulares, en aras a evitar que se formulen pretensiones infundadas con la sola finalidad de forzar a otro sujeto a llegar a un acuerdo sobre la base de una controversia, de hecho, inexistente o inconsistente, incluso, este proceso judicial debería aportar algún elemento determinante al conflicto jurídico que haya podido ocasionarse al margen del proceso. Y ello quedaría probado en el momento de la admisión a trámite de la

<sup>67</sup> Se afirma que, fuera de los casos en que sobre el derecho ha recaído una sentencia irrevocable, en cuyo supuesto, no podrá entenderse como dudoso, es difícil determinar las circunstancias que configurarían como cierto o dudoso un derecho. MARTÍ y DE EIXALA, Ramón: *Tratado elemental del Derecho Civil romano y español*, ob. cit., pág., 284.

demanda. Si el acto procesal de la admisión a trámite de la demanda añadiera alguna consideración a la controversia suscitada fuera del proceso significaría que ciertamente el proceso jurisdiccional puede concebirse como el marco idóneo en el que se desarrollaría la transacción para evitar las situaciones de abuso por parte de aquellos sujetos que utilizarían esta institución para obtener un acuerdo de otros sujetos menos aventajados.

La línea divisoria entre, de un lado, lo que se consideraría como una discusión y, de otro lado, la controversia jurídica, como manifestación de la pretensión de una parte de la relación y la desatención de la segunda, es difusa. Por consiguiente, se podría entender suficiente que las posiciones encontradas de las partes hayan sido perfiladas para que pueda considerarse que nos encontramos ante el presupuesto fáctico necesario de la institución de la transacción<sup>68</sup>. Salvo en los casos de simulación o fraude de ley, el perfeccionamiento de una transacción o la existencia de un proceso presuponen la existencia de una controversia jurídica previa, cuya superación las partes pretenden, en consonancia con la función que se predica de una y otro, esto es, la resolución de controversias jurídicas<sup>69</sup>.

Del mismo modo, la revelación de la existencia de una controversia jurídica vendrá de la mano de un contrato de arbitraje. Así, la celebración de un contrato de arbitraje por el cual las partes acuerdan el someter la decisión de la resolución de una controversia suscitada entre ellas a un tercero, al árbitro, supone una muestra de la existencia de un conflicto intersubjetivo relevante para el derecho, aunque la simple cláusula de sumisión a arbitraje en un contrato no indica que exista ya la controversia, sino que es preparatoria de su eventual aparición futura. Y ello de conformidad con la función que se predica del arbitraje, esto es, la resolución de conflictos<sup>70</sup>.

<sup>68</sup> PUGLIATTI: Della transazione, en Commentario del *Codice civile* dirigido por Maria-no d'Amelio y Enrico Finzi, Libro delle obbligazioni, II, G. Barbera editore, Firenze, 1949, comentario al artículo 1.965 del Código civil italiano, pág. 461.

<sup>69</sup> VINNIO, Arnoldo: *De transactionibus tractatus*, ob. cit., fol. 126. «*Objectum five materia transactionis sunt res dubiae & litigiosae, de quibus scilicet vel nunc lis fit, vel in futurum esse possit, aut metuatur, nam litem motam esse nihil necesse est: fati est, si esse poterit & reus ob id aliquid dederit, aut caverit, quia lis metuebatur, atque ita quocumque nonnulli accipiunt, quod dicitur indebitum. «quod transactionis nomine datur, licet res nulla fuerit, non repetitur», licet debitum nullum fuerit, dummodo lis fuerit: hoc enim est, quod mox sequitur, nam si lis fuit, etc. cui ex aliis locis addendum, «aut timor futura litis», utique quod transactionis causa datum est, tanquam indebitum repeti non posse, non uno loco traditum est (...)*».

<sup>70</sup> A título de ejemplo, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo: *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, Ley 36/1988, 5 de diciembre, ob. cit., pág. 24: «El arbitraje tiene por objeto la decisión de cuestiones litigiosas» o, también, ROCA MARTÍNEZ, José María: *Arbitraje e instituciones arbitrales*, ob. cit., pág. 24.

En esta misma línea, en el caso de que una persona formule su pretensión, en su sentido material, mediante la intervención de un letrado, la controversia será manifiesta desde el momento en que la persona a la cual se dirige la pretensión, la recibe y pasado el tiempo concedido o razonable no la contesta o, también, la niega, bien sea personalmente o a través de su representante legal.

Y lo mismo cuando la pretensión se formula por la vía del acta de notificación y requerimiento notarial<sup>71</sup>, en el bien entendido que la controversia quedará constituida desde el preciso instante en que el destinatario de la pretensión se opone o no responde al requerimiento que le ha sido formulado en el tiempo fijado a tal efecto<sup>72</sup>. Aquí, el notario

<sup>71</sup> Decreto de 2 de junio de 1944 por el que se aprueba con carácter definitivo el Reglamento de la organización y régimen del Notariado, artículo 202: «Las actas de notificación tienen por objeto dar a conocer a la persona notificada una información del que solicita la intervención notarial, y las de requerimiento, además, intimar al requerido para que adopte una determinada actitud (...). Este precepto es el resultado de la reforma de 1984 que recoge la opinión dominante, inspirándose directamente en la resolución de 17 de noviembre de 1978: «la diferencia que existe entre el acta de notificación y la de requerimiento radica, a juicio de la mayor parte de la doctrina, en que en la primera sólo se trata de dar a conocer a la persona notificada el contenido de una información o decisión adoptada por quien solicitó la actuación notarial, mientras que en la segunda, que tiene un carácter más complejo, el destinatario, una vez enterado del contenido de la misma, es intimado a adoptar una determinada actitud». A pesar de la distinción que el texto legal proporciona y que desde la perspectiva sustantiva hay participaciones de previsión y hay participaciones de exigencia, esto es, actas de notificación y actas de requerimiento, la doctrina considera que, desde el punto de vista documental, todas ellas constituyen un solo tipo de acta, la de notificación, porque la actividad del Notario consiste en trasladar a la otra parte el contenido de la rogación, porque el Notario no es «autoridad» para intimar a nadie y porque el notificado tiene derecho de contestación. Así lo entiende, a título de ejemplo, RODRÍGUEZ ADRADOS, Antonio: *Cuestiones de técnica notarial en materia de actas*, Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España, Consejo General del Notariado, Madrid, 1988, págs. 121 y 122.

<sup>72</sup> Decreto de 2 de junio de 1944 por el que se aprueba con carácter definitivo el Reglamento de la organización y régimen del Notariado. Artículo 204: «El requerido o notificado tiene derecho a contestar ante el Notario dentro de la misma acta, pero sin introducir en su contestación otros requerimientos o notificaciones que deban ser objeto de acta separada.

La contestación deberá hacerse de una sola vez, bajo la firma del que contesta, y en el plazo improrrogable de los dos días laborables siguientes a aquel en que se haya practicado la diligencia o recibido el envío postal. No se consignará en el acta ninguna contestación que diere el destinatario antes de haber sido advertido por el Notario de su derecho a contestar y del plazo reglamentario para ello.

Las manifestaciones contenidas en una notificación o requerimiento y en su contestación tendrán el valor que proceda conforme a la legislación civil o procesal, pero el acta que las recoja no requerirá en ningún caso la naturaleza ni los efectos de la escritura pública.

Los derechos y gastos notariales de la contestación serán de cargo del requirente, pero si su extensión excediera del doble del requerimiento o notificación iniciales, el exceso será de cargo del que contesta.

El Notario no podrá librar copia de un acta de notificación o requerimiento sin hacer constar en aquélla la contestación, si la hubiere. Tampoco podrá expedir, antes de caducar el plazo, copia del acta pendiente de contestación, salvo que lo solicite, bajo su responsabilidad,

actúa como fedatario público de manera que su intervención supone dotar a la pretensión que se formula de una eficacia frente a terceros que no ostentan los demás modos de constatación citados, salvo que, como éste, también queden recogidos en documento público<sup>73</sup>.

## b) La constatación procesal

La situación jurídica litigiosa se manifestará procesalmente en distintos supuestos.

De un lado, la controversia surgirá si, admitida a trámite la demanda y transcurrido el plazo legal fijado para la comparecencia del demandado o demandados y, en su caso, también para la contestación de la demanda<sup>74</sup>, el demandado (o demandados) no comparece<sup>75</sup>, o comparece y no contesta o, también, contesta negando los extremos de la demanda, formule o no una reconvencción<sup>76</sup>. En suma, la controversia se manifiesta con la ausencia de contestación o, también, con la contestación del demandado oponiéndose, total o parcialmente, a la pretensión del actor.

---

quien tenga interés legítimo para ejercitar desde luego cualquier acción o derecho, todo lo cual se hará en la cláusula de suscripción de la copia y en la nota de expedición que ha de consignarse en la matriz, entendiéndose reservado el derecho a contestar mientras no caduque el plazo».

<sup>73</sup> Si bien el artículo 204 del Reglamento Notarial, antes citado, en su párrafo 3 se dispone que «las manifestaciones contenidas en una notificación o requerimiento o en su contestación tendrán el valor que proceda conforme a la legislación civil o procesal, pero el acta que las recoja no adquirirá en ningún caso la naturaleza ni los efectos de la escritura pública»; la fe pública se extiende también a los hechos que el Notario mismo ha realizado en ejercicio de su función y no sólo a los realizados ante su presencia. Esta manifestación es obra de RODRÍGUEZ ADRADOS, ANTONIO: *Cuestiones de técnica notarial en materia de actas*, ob. cit., pág. 118.

<sup>74</sup> El artículo 404 de la Ley de Enjuiciamiento civil, en la sección 2.<sup>a</sup> del capítulo primero «de las alegaciones iniciales» del Título II, correspondiente al «juicio ordinario», dispone que «El Tribunal, una vez examinada de oficio su jurisdicción y competencia objetiva y, cuando proceda, territorial, dictará auto admitiendo la demanda y dará traslado de ella al demandado, para que conteste en el plazo de veinte días».

<sup>75</sup> En el juicio verbal, la controversia se manifestará si, citado el demandado, éste no comparece en el día y hora señalado o caso de comparecer, se opone a los extremos fijados en la demanda, de conformidad con los artículos 443 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento civil.

<sup>76</sup> Auténtica reconvencción es aquella que acompaña la negación de la pretensión formulada por el actor, aunque la reconvencción no significa negar sino que, por razones de economía procesal y por la oportunidad que le ofrece la pendency del juicio, es la demanda que el demandado formula contra el actor y que podría bien ser materia de un juicio independiente.

De otro lado, la manifestación de la controversia jurídica también tendrá lugar cuando la celebración del acto de conciliación haya terminado sin avenencia de las partes. En este caso, como en los anteriores, la ausencia de reconocimiento del demandado a los extremos de la demanda interpuesta por el actor, supone la formación de una controversia jurídica en los términos descritos.

De hecho, el acto de conciliación se constituye como la antesala del juicio por el que el demandante persigue someter el interés del demandado al suyo propio, en atención al derecho subjetivo que considera ostentar. Si el acto de conciliación concluye de modo que el demandado no someta su interés al del demandante, o lo que es lo mismo, el demandado no se aviene a la pretensión formulada por el demandante, la situación litigiosa se pone de manifiesto y es a partir de ese momento cuando cada una de las partes podrá optar por los distintos medios de resolución de conflictos, sean los heterocompositivos o los autocompositivos<sup>77</sup>.

Y, también, la petición de cualquiera de las diligencias preliminares previstas en los artículos 721 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil constituiría un hecho indicativo de la existencia de una controversia.

En este mismo sentido, cabría considerar que la adopción de las medidas cautelares<sup>78</sup>, previas o simultáneas al inicio del proceso, en cuanto que solicitadas para evitar que el estado de las cosas, coetáneo al inicio de la pendency, se altere o modifique en perjuicio de la efectividad de la sentencia que, en su caso, se hubiere de dictar, son un reflejo de la existencia de una controversia jurídica<sup>79</sup>.

---

<sup>77</sup> Artículos 460 a 480 de la Ley de Enjuiciamiento civil de 1881, vigente hasta la entrada en vigor de la Ley de Jurisdicción Voluntaria, en los términos establecidos en la Disposición Derogatoria Única, punto 1, 1.<sup>a</sup>, según la cual «Los Títulos XII y XIII del Libro II y el Libro III, que quedarán en vigor hasta la vigencia de la Ley Concursal y de la Ley sobre Jurisdicción Voluntaria, respectivamente, excepción hecha del artículo 1827 y los artículos 1880 a 1900, inclusive, que quedan derogados».

<sup>78</sup> La petición de la adopción de medidas cautelares puede realizarse una vez iniciado el pleito pero también con anterioridad a la demanda como así se prevé en la Exposición de Motivos y en el artículo 725 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

<sup>79</sup> Las medidas cautelares son medidas que intentan asegurar que la sustanciación del pleito no producirá un perjuicio irreparable. Tres requisitos son exigidos para su adopción: «*periculum in mora*», «*fumus boni iuris*» y prestación de fianza. La Ley de Enjuiciamiento Civil, en su Exposición de Motivos, así lo pone de manifiesto: «El «*fumus boni iuris*» o apariencia de buen derecho, el peligro de la mora procesal y la prestación de caución son, desde luego, factores fundamentales imprescindibles para la adopción de medidas cautelares. La instrumentalidad de las medidas cautelares respecto de la sentencia que pueda otorgar una concreta tutela y, por tanto, la accesoriedad y provisionalidad de las medidas se garantizan suficientemente con normas adecuadas. Se procura, con disposiciones concretas, que las medidas cautelares no se busquen por sí mismas, como fin exclusivo o primordial de la

Sabido es que las medidas cautelares quedan subordinadas a un juicio, por lo que éstas pueden ser solicitadas en el curso del procedimiento, desde el momento en que surgen o son conocidos los riesgos o peligros que justifican su adopción. En este caso, la constatación de la controversia ya se habrá producido por la existencia del propio proceso. Igualmente, las medidas cautelares también son de aplicación para subvenir la regulación concreta de la situación provisional que la sentencia ha originado. Sin embargo, la medida cautelar adoptada una vez la sentencia es firme carece de relevancia a los solos efectos de la constatación de la controversia puesto que, en ese momento, una vez firme, la controversia ya ha sido resuelta<sup>80</sup>, en este caso, por el Juez, por lo que dicha medida tiene ciertamente la función de asegurar el cumplimiento de lo dispuesto en la resolución judicial, mas no el carácter de constatación de la controversia al que hacemos referencia<sup>81</sup>.

actividad procesal. Pero ha de señalarse que se establece su régimen de modo que los justiciables dispongan de medidas más enérgicas que las que hasta ahora podían pedir. Se trata de que las medidas resulten en verdad eficaces para lograr, no sólo que la sentencia de condena pueda ejecutarse de alguna manera, sino para evitar que sea ilusoria, en sus propios términos».

La regulación específica de estos requisitos cabe encontrarla en el artículo 728 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

<sup>80</sup> Sin embargo, también en fase de ejecución pueden surgir controversias que podrán superarse, nuevamente, mediante transacción.

<sup>81</sup> La adopción de medidas cautelares también se prevé en leyes especiales. Así por ejemplo, la norma del artículo 9.2 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, sobre protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (BOE, del 14 de mayo de 1982): «2. La tutela judicial comprenderá la adopción de todas las medidas necesarias para poner fin a la intromisión ilegítima de que se trate y restablecer al perjudicado en el pleno disfrute de sus derechos, así como para prevenir o impedir intromisiones ulteriores. Entre dichas medidas podrán incluirse las cautelares encaminadas al cese inmediato de la intromisión ilegítima, así como el reconocimiento del derecho a replicar, la difusión de la sentencia y la condena a indemnizar los perjuicios causados».

También, la Ley 11/1986, de 20 de marzo, de patentes (BOE núm. 73, de 26 de marzo de 1986), en su artículo 62 dispone que «El titular de una patente podrá ejercitar ante los órganos de la Jurisdicción ordinaria, las acciones que correspondan, cualquiera que sea su clase y naturaleza, contra quienes lesionen su derecho y exigir las medidas necesarias para su salvaguardia» y en el artículo siguiente, se prevé que «el titular cuyo derecho de patente sea lesionado podrá, en especial, solicitar: e) la adopción de las medidas necesarias para evitar que prosiga la violación de la patente y, en particular, la transformación de los objetos o medios embargados en virtud de lo dispuesto en el apartado c), o su destrucción cuando ello fuera indispensable para impedir la violación de la patente». La Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, de 7 de enero, en su Disposición Final Quinta, modifica dos artículos de la Ley de Patentes, en concreto, el artículo 125 y el 133, relativos al juicio y a las medidas que se solicitan para sustanciar las controversias surgidas en el marco de la Ley de patentes.

Por su parte, la Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de marcas (BOE núm. 294, de 8 de diciembre de 2001), en un sentido similar a la Ley de Patentes, en su artículo 40 establece la posibilidad de ejercitar acciones civiles y penales, en los siguientes términos: «El titular de una marca registrada podrá ejercitar ante los órganos jurisdiccionales las acciones civiles o

En suma, la controversia jurídica puede aparecer tanto cuando el proceso judicial ha comenzado como previamente a éste. Como venimos indicando, la exteriorización de la existencia de una controversia jurídica que podría llegar a ser resuelta por la autoridad judicial puede manifestarse desde el instante en que el demandado no contesta a la demanda instada por el actor o, también, en el caso de que conteste a la demanda, lo haga negando u oponiéndose a la pretensión inicialmente alegada. Esta controversia jurídica manifestada por la concurrencia de una pretensión y una falta de avenencia a la misma no tiene por qué corresponder necesariamente con la existencia de la controversia con anterioridad a la interposición de la demanda. Es posible que el actor interponga la correspondiente demanda judicial para que el órgano judicial resuelva de manera que el demandado actúe conforme a los intere-

penales que correspondan contra quienes lesionen su derecho y exigir las medidas necesarias para su salvaguardia, todo ello sin perjuicio de la sumisión a arbitraje, si fuere posible»; fijando en el artículo siguiente las acciones civiles que puede ejercitar el titular de la marca.

«1. En especial, el titular cuyo derecho de marca sea lesionado podrá reclamar en la vía civil:

- a) La cesación de los actos que violen su derecho.
- b) La indemnización de los daños y perjuicios sufridos.
- c) La adopción de las medidas necesarias para evitar que prosiga la violación y, en particular, que se retiren del tráfico económico los productos, embalajes, envoltorios, material publicitario, etiquetas u otros documentos en los que se haya materializado la violación del derecho de marca.
- d) La destrucción o cesión con fines humanitarios, si fuere posible, a elección del actor, y a costa siempre del condenado, de los productos ilícitamente identificados con la marca que estén en posesión del infractor, salvo que la naturaleza del producto permita la eliminación del signo distintivo sin afectar al producto o la destrucción del producto produzca un perjuicio desproporcionado al infractor o al propietario, según las circunstancias específicas de cada caso apreciadas por el Tribunal.

e) La publicación de la sentencia a costa del condenado mediante anuncios y notificaciones a las personas interesadas».

Asimismo, la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal, artículos 18 y siguientes, con la reforma operada como consecuencia de la entrada en vigor de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en cuya disposición final cuarta, establece la modificación del artículo 22.

Por último, Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia (BOE núm. 97, de 22 de abril), en su artículo 133, 2: «Asimismo podrá solicitar con carácter previo la adopción de las medidas cautelares de protección urgente reguladas en el artículo 136» y en su artículo 136: «En caso de infracción o cuando exista temor racional y fundado de que ésta va a producirse de modo inminente, la autoridad judicial podrá decretar, a instancia de los titulares de los derechos reconocidos en esta Ley, las medidas cautelares que según las circunstancias, fuesen necesarias para la protección urgente de tales derechos, (...)». La Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil, también ha modificado algunas disposiciones de esta Ley de Propiedad Intelectual, en concreto, el artículo 25.20, relativo a las medidas cautelares procedentes para cada caso; el artículo 103, respecto de las medidas de protección; el artículo 143, referido a las causas criminales y las medidas cautelares procedentes y, finalmente, el artículo 150 de la Ley, respecto de la legitimación de las entidades de gestión.

ses del actor, según derecho, sin que, previamente a ello, haya manifestado su pretensión al sujeto respecto del cual persigue que se supedita a sus propios intereses.

Pero también puede ocurrir que una de las partes, antes de acudir a los Tribunales, manifieste su pretensión a la otra, cuya ausencia de asentimiento a las pretensiones de la primera dará lugar al nacimiento de la controversia, la cual, si se refiere a cuestiones con relevancia para el derecho y, por consiguiente, susceptibles de ser resueltas por el Juez o el Magistrado competente, será calificada como jurídica, litigiosa.

La constatación de la controversia jurídica es objeto de una consideración particular en el Reglamento del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, aprobado por el Real Decreto 828/1995, de 29 de mayo.

En concreto, el artículo 28, situado en la sección 2.<sup>a</sup> del capítulo I, referente al hecho imponible, del Título I, relativo a las transmisiones patrimoniales, regula las normas especiales para la transacción<sup>82</sup>.

<sup>82</sup> El Real Decreto 828/1995, de 29 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados dice así:

Artículo 28. Transacciones:

«1. En las transacciones se liquidará el impuesto según el título por el cual se adjudiquen, declaren o reconozcan los bienes o derechos litigiosos, y si aquél no constare, por el concepto de transmisión onerosa.

2. Para que la transacción se reputa tal a los efectos del impuesto, es indispensable que se realice después de entablada la demanda ordinaria correspondiente. Por tanto, si la cuestión no hubiere adquirido verdadero carácter litigioso y el reconocimiento o cesión de derechos se verificase por convenio público o privado entre las partes, que no sea consecuencia de la incoación de procedimientos judiciales anteriores, aquéllos se liquidarán por el concepto jurídico en que dichos actos se realicen, conforme al contrato, independientemente del título que las partes alegaren como fundamento de la transacción.

3. Si en la transacción mediasen prestaciones ajenas al objeto litigioso, tales como constitución de pensiones, reconocimiento de derechos reales, entrega a metálico, cambio o permuta de bienes u otros que alteren respecto a todo o parte de los bienes o derechos reales objeto de la transacción, la naturaleza del acto o título que se haya ostentado al entablar la demanda, se liquidará el impuesto por el concepto respectivo, prescindiendo de dicho acto o título.

4. Cuando a consecuencia de dichas prestaciones resulte alterada la naturaleza del acto o título fundamento de la demanda, respecto a una parte de los bienes, quedando subsistente en cuanto a otra, se liquidará el impuesto de cada una de ellas, según queda expresado en el apartado anterior.

5. Cuando por efecto de la transacción queden los bienes o derechos reales en poder del que los poseía, en virtud del título ostentado en el litigio, aquél no pagará el impuesto, si resulta debidamente justificado que lo satisfizo en la época en que adquirió el dominio o la posesión.»

La redacción del precepto es confusa porque si bien inicialmente parece establecer un régimen fiscal distinto según que la transacción tenga lugar entablada una demanda ordinaria o no, en realidad, del texto de la norma se desprende que la liquidación del impuesto procederá por el concepto jurídico de los actos que se realicen, con independencia del título que las partes alegaren.

De conformidad con el apartado segundo de este artículo 28<sup>83</sup>, a los efectos del impuesto, para que la transacción se reputa como tal es indispensable que ésta se realice una vez que la demanda ordinaria correspondiente haya sido entablada. En el caso de que la transacción se verifique por convenio público o privado entre las partes que no sea consecuencia de la incoación de procedimientos judiciales anteriores, la cuestión no ha adquirido verdadero carácter litigioso.

Así pues, esta norma dispone como requisito indispensable para la constatación de una cuestión litigiosa, como sinónimo de controversia jurídica en los términos anteriormente indicados, que la transacción se realice después de entablada la demanda ordinaria correspondiente<sup>84</sup>.

La justificación de esta consideración prevista en la norma del artículo 28 del Reglamento del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados podría hallarse en la intención del legislador de evitar la simulación y el fraude que un instituto como la transacción puede comportar a los efectos recaudatorios del impuesto sobre transmisiones patrimoniales de que trata.

El perfil de las recíprocas concesiones de las partes, como medio para alcanzar la finalidad que se predica de la transacción, comporta que este negocio bilateral se considere como propicio para el fraude de ley mediante la simulación de una transacción, con la finalidad, en realidad, de encubrir verdaderas transmisiones patrimoniales. En efecto, si las mutuas concesiones de las partes de la transacción consisten en transmisiones patrimoniales, éstas pueden parecer similares, cuando no idénticas, a otras operaciones de transmisión patrimonial, gravadas tributariamente de un modo concreto. Por consiguiente, podría acontecer que dos sujetos, con base en una inexistente controversia jurídica, realizaran un determinado acto por el que se efectuaran mutuas concesiones, consistentes en determinadas transmisiones patrimoniales, con lo cual, externamente, tendría la apariencia de una transacción cuando, en realidad, dicha controversia no existiría.

<sup>83</sup> Acerca de la redacción poco afortunada de este precepto, MENÉNDEZ HERNÁNDEZ, José: *El impuesto sobre las transmisiones patrimoniales*, José María Bosch editor, Barcelona, 1996, pág. 320.

<sup>84</sup> Este precepto es comentado también, entre otros, por MARTÍNEZ LAFUENTE, Antonio: *Manual del Impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados*, Cuarta edición, Marcial Pons, 1996, págs. 229 a 231. Este autor destaca que la cuestión relevante es que de la decisión transaccional pueden derivarse desplazamientos patrimoniales de bienes o derechos en favor de alguno de los interesados.

Como es sabido, en el fraude de ley, las partes realizan un acto con la intención de conseguir un resultado que sería subsumible en una norma, cuyos efectos concuerdan con sus intereses, de tal modo que eluden la aplicación de otra norma que les es contraria. Trasladando esta premisa genérica a la transacción resultaría que la finalidad que las partes persiguen con dicho acto sería la aplicación de la norma imperativa relativa a la transacción, en vez de la norma correspondiente con el acto que ciertamente debieran haber realizado<sup>85</sup>. Con ello se produciría el engaño a un tercero, en este caso, el Fisco, al tratar de eludir el pago del impuesto de transmisiones patrimoniales correspondiente al negocio disimulado.

Caso de que la voluntad del legislador fuere la de evitar la simulación de una transacción, lo que daría lugar al fraude de ley, y con dicha finalidad establece como requisito la existencia de una demanda judicial para considerar que hay una controversia que solventar, debe señalarse que los procedimientos judiciales tampoco son una garantía de la existencia de una controversia jurídica. En realidad, también aquí las partes pueden acordar la presentación de una demanda y su contestación para simular la existencia de una controversia y con ello construir el supuesto de hecho recogido en la norma tributaria. Ciertamente es, no obstante, que el proceso prevé la imposición de costas a aquel que es condenado o al actor al cual se le desestima la demanda, pero ello no es más que una medida disuasoria para la interposición de demandas sin fundamento.

Sin embargo, para las partes, la constancia de la controversia y, por consiguiente, su intención de poner fin a la controversia a través del medio de autocomposición que la transacción supone, puede surgir a partir de cualquiera de los casos descritos procesal o extraprocesalmente. Cuestión distinta es que el legislador de las normas tributarias haya establecido dos consecuencias jurídicas diferentes en función de que la controversia se haya suscitado o no en un proceso judicial, a los efectos, entendemos, de propiciar una mayor garantía de veracidad para aquellas transacciones acontecidas una vez el proceso ha sido planteado.

Hasta aquí hemos delimitado los confines de la controversia, como presupuesto fáctico de la transacción desde la perspectiva de la interpretación literal y sistemática del artículo 1.809 del Código civil, habida cuenta que configura el concepto de este contrato. Sin embargo, un análisis pormenorizado de los precedentes legislativos inmediatos de este precepto así como de la doctrina revelan otro elemento en la concepción

<sup>85</sup> Sobre este punto, Díez-Picazo y Ponce de León, Luis y Gullón Ballesteros, Antonio: *Sistema de Derecho civil*, Volumen I, ob. cit., pág. 473.

del presupuesto previo al contrato de transacción, refiriéndose, en casi todos los casos, a las cosas o derechos dudosos, concepción que cabe cohonestar con lo anterior.

#### 4. LA RES DUBIA

Esta calificación de la relación en la que el contrato de transacción incide no aparece prevista en la regulación legal vigente sobre este contrato, circunstancia ésta que no debe significar, inequívocamente, que se trate de una característica de la relación previa que ha sido superada por el texto legal; por el contrario, es un *præius* que la norma da por sobreentendido y que debe cohonestarse con su finalidad y contenido.

Desde el Derecho romano y durante siglos, la «cosa dudosa» ha sido, por diversos motivos, el carácter básico de la relación que se configura como presupuesto previo por antonomasia de la transacción<sup>86</sup>. Su estudio permitirá realizar una comparación entre la institución en sus inicios y dentro de un contexto histórico determinado y el mismo instituto dentro de un marco histórico distinto con la finalidad de determinar si, de acuerdo con este estudio, el requisito de la *res dubia* continúa vigente, aunque no lo sea de forma expresa o patente, en el artículo 1.809 del Código civil, de acuerdo, precisamente, con este pasado histórico<sup>87</sup> o,

<sup>86</sup> La literatura jurídica sobre la cuestión de la *res dubia* y la *lite incerta* como presupuestos para la eficacia del contrato de transacción es abundante, sobre todo, en Italia. Un gran número de juristas de dicho país ha dedicado sus trabajos de investigación a la determinación de si la *res dubia* es un carácter propio de la relación sobre la cual las partes formalizan un contrato de transacción por causa de dicho carácter o, por el contrario, no es así. Una muestra patente de esta prolífica producción científica tiene su reflejo en la creación de distintas teorías que tratan de justificar y de otorgar un significado a este requisito. Así, entre otros, Bertolini, Cesare: *Della transazione secondo il diritto romano*, ob. cit., págs. 34 a 67. El autor confirma que el contrato de transacción se concierta como consecuencia de una *res dubia* en la pág. 63. Respecto de las distintas posturas de los autores que tratan la cuestión, en las págs. 79 a 88. También, Carnelutti, Francesco: «Note sull'accertamento negoziale», páginas 5 a 8 y, nuevamente, de las págs. 11 a 15; Stolfi, Giuseppe: *La transazione*, ob. cit., páginas 131 a 150; Viterbo, Camillo: «La «res dubia» e la lite nella transazione» en *Rivista di diritto processuale civile*, 1937, Volume XIV, Parte I, págs. 220 a 246 y, nuevamente, en «Ancora sulla res dubbia e la lite incerta nella transazione», en *Rivista di diritto processuale*, 1947, Volume II, parte I, págs. 125 a 129; Valsecchi, Emilio: «Transazione e negozio d'accertamento», en *Rivista di diritto commerciale*, 1944, I, págs. 181 a 213; Barbiera, Lelio: «Appunti sulla natura e sul concetto della transazione», en *Annali della Facoltà di Giurisprudenza*, Pubblicazioni dell'università di Bari, 1958, págs. 160 a 166; D'Onofrio, Paolo: *Della Transazione*, in *Commentario del Codice civile*, a cargo de A. Scialoja y G. Branca, Libro cuarto, Delle obbligazioni (art. 1969-1991), ob. cit., págs. 265 a 269.

<sup>87</sup> Como es sabido, en líneas generales, las instituciones jurídicas son herederas de un pasado histórico y, por consiguiente, su configuración responde a la evolución del instituto a

por el contrario, en la actualidad y en nuestro ordenamiento se configura de un modo completamente distinto.

a) **El tradicional requisito de la *res dubia*. Incertidumbre y controversia**

La *res dubia* ha sido considerada, tradicionalmente, como un requisito conectado a la transacción<sup>88</sup>. En este sentido, los Proyectos de Código civil del Siglo XIX se refieren a la *res dubia* como el presupuesto de la transacción que regulan. Así, el Proyecto de Código civil isabelino, en su artículo 1.713 establecía que:

«La transacción es un convenio no gratuito sobre cosas dudosas, que puede ser hecho antes o después de haberse movido pleito sobre ellas»<sup>89</sup>.

Por su parte, el Proyecto de Código civil de 1836, también hacía mención del tipo de relación sobre la cual el convenio de transacción incidía, como queda patente en su artículo 1.635:

«Entiéndese por transacción un convenio por el cual dos o más personas arreglan un negocio dudoso, a fin de evitar el litigio que pudiera promoverse entre ellas, o terminar el que ya está pendiente»<sup>90</sup>.

El Proyecto de Código de 1821 no llegó a plasmar la redacción de los artículos correspondientes a la transacción, si bien estaba en la mente

---

lo largo de los años de tal manera que las modela y articula de conformidad con las circunstancias sociales, políticas, etc. del momento de su regulación. A pesar de esta dependencia, y por lo que a la transacción se refiere, la tradición legislativa e histórica no comporta ineludiblemente que el requisito de la *res dubia* continúe siendo un elemento indispensable en la configuración de esta institución puesto que su evolución en el devenir de los tiempos podría significar una reinterpretación del instituto que provoque el abandono de los elementos considerados como clásicos o, por el contrario, no.

En otro orden de cosas, la pretensión en el determinar si, en nuestros días, la *res dubia* es un requisito necesario de la situación previa sobre la cual el contrato de transacción despliega toda su eficacia, nos sirve, además, de excusa para exponer las teorías que durante unos dos milenios se han vertido acerca de dicha cuestión, tratando de dar una interpretación a esta exigencia propia de la figura en el Derecho romano.

<sup>88</sup> A título de ejemplo, en Italia, véase, RUGGIERO, Roberto de: *Instituciones de Derecho civil*, traducción de la cuarta edición italiana, Editorial Reus, Madrid, 1931, pág. 618.

<sup>89</sup> GARCÍA GOYENA, Florencio: *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, tomo IV, ob. cit., pág. 128.

<sup>90</sup> LASSO GAITE, Juan Francisco: *Crónica de la codificación española*, 4, codificación civil, volumen II, ob. cit., pág. 257.

del legislador su regulación como se refleja en la base correspondiente al Título VII «De las transacciones»<sup>91</sup>.

El motivo por el cual los artículos correspondientes en los Proyectos de Código civil del siglo XIX señalan el negocio o cosa dudosa como la situación que las partes pretenden arreglar mediante la transacción se enraíza en las leyes procedentes del Derecho romano, como se aprecia en el comentario del Proyecto de Código civil de 1.851<sup>92</sup>. En efecto, el pasaje del Digesto D. 2, 15, 1 menciona expresamente cuál es la relación sobre la que el contrato de transacción despliega su eficacia: «*Qui transigit, quasi de re dubia et lite incerta neque finita transigit, qui vero paciscitur, donationis causa rem certam et indubitata liberalitate remittit*».

Este pasaje del Digesto constituye el marco fundamental en el cual se relacionan algunos de los elementos esenciales del instituto de la transacción en el Derecho romano, la mayoría de los cuales lo son también para la institución regulada en nuestros días. En primer lugar, esta ley contrapone el *transigere* y el *pacisci donationis causa*, de cuya interpretación se deduce, de un lado, que la transacción es una convención y, de otro lado, pone de manifiesto el elemento del sacrificio mutuo; y, en segundo lugar, señala que la transacción se refiere a una relación jurídica incierta (*quasi de re dubia*) y a una *lite incerta neque finita*. Por tanto, de este pasaje de Ulpiano se deducen los tres elementos esenciales que determinan la transacción: 1) que es una convención, 2) que se aplica a la resolución de una situación previa, principalmente, litigiosa, 3) que es preciso un sacrificio de cada una de las partes<sup>93</sup>.

---

<sup>91</sup> LASSO GAITE, Juan Francisco: *Crónica de la codificación española*, 4, codificación civil, volumen II, ob. cit., pág. 23. «Si nuestras leyes antiguas reconocieron ya las ventajas de permitir a los españoles que terminasen sus diferencias por el medio amistoso y pacífico que se llama transacción, no era posible desatenderlo bajo un régimen que propende a estrechar más y más los vínculos de todos los individuos de la sociedad, y de consiguiente a aminorar los litigios que tanto influyen para disolverlos. La Constitución en su artículo 280 autoriza a todo español para emplear el juicio de árbitros que terminen sus desavenencias. Toca a la ley, siguiendo el espíritu de este artículo, autorizar las transacciones, fijando su naturaleza y efectos.»

<sup>92</sup> La influencia de las leyes procedentes del Derecho romano en la redacción de la definición correspondiente al artículo 1.713 del Proyecto de Código civil de 1.851 queda patente al compararla con la del pasaje del Digesto D. 2, 15, 1. GARCÍA GOYENA, Florencio en *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, tomo IV, ob. cit., pág. 128 pone de relieve el origen de la institución en la citada ley del Derecho romano y, además, manifiesta su preferencia por la combinación de las definiciones contempladas, de un lado, en el pasaje del Digesto que se acaba de citar y, de otro lado, en el ya conocido C. 2, 4, 38: *Transactio nullo dato, vel retento, seu promisso minime procedit*.

<sup>93</sup> La explicación minuciosa de estos elementos en el Derecho romano pueden encontrarse en BERTOLINI, Cesare: *Della transazione*, ob. cit., pág. 33 y siguientes.

Los intérpretes y estudiosos del instituto de la transacción han tratado de justificar la *res dubia* como requisito de esta institución centrándose únicamente en expresión *re dubia et lite incerta neque finita*<sup>94</sup>, dejando de lado el pasaje en su integridad, el cual, como veremos posteriormente, otorga el verdadero significado de ésta<sup>95</sup>.

## b) Teorías sobre la *res dubia*

El intento de la doctrina por explicar a qué se refiere la *res dubia*<sup>96</sup> ha dado lugar a diversidad de opiniones, las cuales podrían reunirse en tres posturas.

En un primer estadio, la *res dubia* se entendió como sinónimo de incertidumbre objetiva. Los impulsores de la teoría de la incertidumbre

Es de destacar el examen crítico de María Emilia PETERLONGO al fragmento 1, del Digesto 2, 15. En su estudio relativo a la transacción en el Derecho romano, esta romanista dedica las primeras páginas del trabajo a la exégesis del título «De *transactionibus*», D. 2, 15, comenzando con el primer fragmento. Tras el reconocimiento de la autoría del pasaje a Ulpiano, en su libro 50 *ad edictum*, de conformidad con la inscripción de este primer fragmento, pone de relieve que también existe otro pasaje del Digesto D. 29, 3, 2, en el que también se menciona el libro 50 *ad edictum* de Ulpiano, relativo a *instrumentum testamenti* o del *testamentum*. Verdaderamente, como destaca la autora, las materias de uno y otro pasaje del Digesto son suficientemente dispares como para considerar que Ulpiano tratara la cuestión de la transacción-pacto en sede de testamento. Por otra parte, la autora encuentra poco habitual el que se dé una definición de una institución cuando, por aquel entonces, no era una práctica corriente, aunque, añade, nada impediría que Ulpiano rompiera con esta tendencia y procediera a la confección de una definición. La autora concluye que, posiblemente, la causa de esta confusión deba hallarse en los trabajos de los juristas bizantinos. Uno de los objetivos de los compiladores era ofrecer las materias desde una perspectiva didáctica, por lo que, señala la autora, bien pudiera haber sucedido que los bizantinos introdujeran el tratamiento de la transacción con su definición, extrayéndola de los ejemplos de los manuales escolásticos.

Por otra parte, y a título de curiosidad, la autora pone de manifiesto otras incorrecciones halladas en el texto, como la que hace referencia a la tautología en que incurre este pasaje en su estructura formal: «*qui transigit ... transigit*» así como la inclusión de la partícula «*quasi*», que comporta considerarla fruto de una interpolación. PETERLONGO, María Emilia: *La transazione nel diritto romano*, ob. cit., págs. 9 a 11.

<sup>94</sup> CASAREGIUS, Josephus Laurentius Mariae de: *Opera omnia, elucubrationes ac resolutiones in aliquot, & ad integra Statuta de decretis, ac de successione ab intestato*, tomus quartus, Venetiis, MDCCXL, fol. 124, n. 51. «*vel transigit super re de qua poterat esse lis, nam quia dubius erat eventus*».

<sup>95</sup> La jurisprudencia reciente configura la causa de la transacción como la finalidad de poner término a una relación jurídica (*res dubia*). Así la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 2000 (Ar. 352).

<sup>96</sup> Es de destacar la sistematización realizada por URCEOLUS en relación con los supuestos en los que cabe considerar la existencia de la *res dubia*. En este sentido, URCEOLUS, Josephus: *Tractatus de transactionibus*, ob. cit., pág. 7, n. 11 y págs. 8 y 9, n. 26 a 36.

objetiva fundamentaron su postura en considerar que ésta se correspondía con la duda que las partes tienen acerca de la existencia de una norma jurídica que ampare su pretensión, es decir, acerca de si existe una norma en cuyo supuesto de hecho encaje la pretensión formulada o bien si no se ajusta a ella<sup>97</sup>. Esta concepción objetiva tuvo poca acogida entre los juristas debido a la fragilidad de su fundamento, puesto que admitirla comportaba la impugnación de toda transacción en el caso de conocerse la existencia de una norma en cuyo supuesto de hecho encajase la pretensión de las partes<sup>98</sup>, cosa que restaba toda virtualidad al contrato de transacción y, por tanto, debilitaba esta interpretación.

La inconsistencia de la teoría de la incertidumbre objetiva provocó una nueva interpretación del término *res dubia*. Como consecuencia de ello, la mayoría de los intérpretes que han tratado de identificar sobre qué versa la incertidumbre consideran que ésta es de tipo subjetivo, construyendo la teoría de la incertidumbre subjetiva<sup>99</sup>. Según esta orientación, la duda está en el pensamiento de las partes<sup>100</sup> que realizan la transacción, aunque esta incertidumbre no se considere como tal a los ojos de otro sujeto y aunque ésta no sea realmente fundada en Derecho<sup>101</sup>. El Juez que pudiera ser llamado a examinar el valor de la tran-

<sup>97</sup> La *res dubia* objetiva es tratada por PUCCINI, Luigi: *Contributo allo studio dell'accertamento privato*, Milano, 1958, pág. 170. GULLÓN BALLESTEROS, Antonio: *La transacción*, ob. cit., pág. 10 y PELÁEZ, Francisco: *La transacción. Su eficacia procesal*, ob. cit., pág. 12. El tratar de justificar la perspectiva objetiva de la incertidumbre de la transacción ha llevado a la consideración de que la controversia es objetivamente incierta cuando el posible derecho u obligación existente es, en sí mismo, dudoso, pero la incertidumbre se calificará como objetiva según un módulo abstracto que se determina con un criterio intelectual, cuyos límites son ofrecidos por el hombre medio y normal. En estos términos se expresa FREIXAS, Juan: «Una nota sobre la “*transactio*”», en *Anuario de Historia del Derecho Español*, cit., pág. 651.

<sup>98</sup> GULLÓN BALLESTEROS, Antonio: *La transacción*, ob. cit., pág. 11.

<sup>99</sup> En la doctrina española, son partidarios de la concepción del requisito de la incertidumbre subjetiva, por ejemplo, MANRESA Y NAVARRO, José María: *Comentarios al Código Civil español*, Tomo XII, Madrid, 1951, pág. 97; VÁZQUEZ GUNDÍN, Eugenio: *Código Civil de Quintus Mucius Scaevola* (pseudónimo de Pedro de Apalategui), Tomo XXVIII, Artículos 1.790 a 1.856, II, De las transacciones y compromisos, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1953, pág. 274; OGÁYAR AYLLÓN, Tomás: *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, dirigidos por Manuel ALBALADEJO, Tomo XXII, Vol. 2.º, Artículos 1.809 a 1.821 y Ley de arbitrajes de Derecho Privado, Madrid, 1979, págs. 3 y 4.

<sup>100</sup> Comentario de ARNDTS, Ludovico: *Trattato delle Pandette*, Versione di Filippo Serafini, Volume II, Tipi Fava e Garagnane, Bologna, 1880, pág. 207, nota 2: «*Non è necessario che il diritto sia litigioso, ma basta che sia incerto; non si richiede nemmeno che sia litigioso o incerto in sé, ma basta che vi sia indecisione fra le parti, e che nello spirito d'una di esse v'abbia timore di lite*».

<sup>101</sup> Al respecto, se ha considerado que es subjetiva cuando las partes que intervienen en la transacción son las que tienen la creencia del carácter dudoso de la controversia sobre el posible derecho y la obligación correspondiente. En este sentido lo comenta FREIXAS, Juan: «Una nota sobre la “*transactio*”», en *Anuario de Historia del Derecho Español*, cit., pág. 651.

sacción no deberá averiguar si el derecho es dudoso en su opinión, como persona versada en la disciplina jurídica, sino si la duda lo era para las partes en el momento de la formalización del contrato de transacción<sup>102</sup>.

Los defensores de esta postura asientan su teoría en el hecho de que las partes deben dudar acerca del fundamento de su derecho porque en el caso en que una de las partes esté convencida de que el derecho que pretende no tiene base alguna, se estaría ante un supuesto que se ha venido denominando *litis temeraria* y, por consiguiente, la transacción no sería válida<sup>103</sup>. En este sentido, la teoría de la incertidumbre subjetiva

---

Por su parte, también en el Derecho argentino puede apreciarse la consideración de la *res dubia* en su sentido subjetivo, tal y como lo entiende COLOMBO, Carlos J.: *La transacción* (Un contrato civil con proyecciones procesales), Valerio Abeledo, Editor, Buenos Aires, 1944, pág. 59: «Las obligaciones que son subjetivamente dudosas, se transan antes del pleito; las litigiosas, cuando el juicio ya está iniciado, pero no terminado. Solo este último tipo de transacción es un acto solemne» o también GALLI, Enrique V.: *Tratado de Derecho civil argentino*, III, Tipográfica editora argentina, Buenos Aires, 1956.

La innecesidad de que esté fundada en Derecho es puesta de manifiesto en el comentario a la nota 2 del texto de ARNDTS, Ludovico: *Trattato delle Pandette*, Versione di Filippo Serafini, Volume II, ob. cit., pág. 207 cit.: «La Corte di Ancona giudicò che «la giusta causa d'obbligarsi nella transazione consiste nel dubbio dei transigenti sul loro diritto, quand'anche il dubbio sia giuridicamente infondato, purchè nutrito dalle parti in buona fede» 3 agosto 1878. Il foro italiano, pág. 794.

<sup>102</sup> En este sentido se expresa BUTERA: *Delle transazioni*, Torín, 1933, págs. 32 y ss.

<sup>103</sup> La invalidez de la transacción cuando una de las partes en litigio induce a la formalización de un contrato de transacción a la otra, conociendo la ausencia de fundamento de su pretensión, se sitúa en el ámbito de los vicios del consentimiento, como veremos en el apartado correspondiente, pero, en todo caso, fuera del campo de la ilicitud de la causa.

A diferencia de la legislación española, un tratamiento expreso ofrece el *Codice civile* vigente, el cual regula de forma específica la consecuencia jurídica de la transacción sobre pretensión temeraria, en concreto, en su artículo 1.971: «Se una delle parti era consapevole della temerarietà della sua pretesa, l'altra può chiedere l'annullamento della transazione». Respecto del tratamiento de la doctrina italiana en materia de la *litis temeraria* véase, GRECO, Paolo: «La transazione nei rapporti soggetti a regolamento imperativo», en *Annali della R. Università di Macerata*, Volume III, Macerata, 1932, págs. 182 a 195; VITERBO, Camillo: «La *res dubia* e la lite incerta nella transazione», en *Rivista di diritto processuale civile*, 1937, parte I, cit., págs. 220; BARBIERA, Lelio: «Appunti sulla natura e sul concetto della transazione», en *Annali della Facoltà di Giurisprudenza*, Pubblicazioni dell'università di Bari, 1958, págs. 160 a 166; BISEGNA, Ulderico, en Il foro italiano, 1959, núms. 4 y 5, págs. 826 a 829; VISALLI, Nicolo: «Considerazioni in tema di transazioni», en *Il foro italiano*, 1958, parte cuarta, página 112; ROMANO, Francesco: «Aspetti del procedimento transattivo sotto il profilo della pretesa temeraria», en *Rivista di Diritto processuale*, 1960, págs. 608 a 611; SANTORO-PASSARELLI, Francesco: «La mala fede nella transazione di lite temeraria», en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1963, págs. 10 a 15; MATEUCCI, Antonio: «In tema di transazione su pretesa infondata», en *Giurisprudenza italiana*, 1968, págs. 1365 a 1370; PALAZZO, Antonio: La transazione, en *Trattato di diritto privato* de P. Rescigno *Obbligazioni e contratti*, XIII, t. 5, UTET, Torino, 1985, págs. 329 a 331; LAUDISA, Luciana: «La contestazione della transazione», en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1990, pág. 435; SASSI, Andrea: «Clause limitative della copertura assicurativa e annullabilità di transazione su pretesa temeraria», en *Il foro padano*, 1991, págs. 304 a 306; PRATO, Enrico del: *La transazione*, 1992,

afirma que la necesidad de la incertidumbre se demuestra con la invalidez de la transacción celebrada sobre *litis temeraria*, puesto que ésta puede ser impugnada, ya que es cierta y, además, existe mala fe, y únicamente la controversia incierta y de buena fe es válidamente transigible.

La crítica que puede realizarse respecto de esta teoría radica en la identificación de la incertidumbre con la buena fe. En efecto, el que las partes duden del fundamento de su pretensión ha sido identificado como actuación de buena fe y, en consecuencia, la certeza con la mala fe<sup>104</sup>. Efectivamente, si bien es cierto que la incertidumbre está ausente en, al menos, uno de los litigantes para el supuesto de la *litis temeraria*, también es cierto que la incertidumbre tampoco existiría en el supuesto en que las partes litigantes, de buena fe, estuvieran convencidas de sus respectivos derechos<sup>105</sup>.

Así las cosas, el que las partes duden acerca del fundamento de sus respectivas pretensiones no es relevante a los efectos de la transacción, porque ésta se configura como un modo de superación de controversias para, así, evitar o poner término a un pleito comenzado. Lo relevante es que las partes están convencidas de sus respectivas pretensiones contra-

---

páginas 116 a 119; BOZZOLA, Giampietro: «Presupposti de effetti preclusivi della transazione», Commento a la sentenza del Tribunale di Milano 1.º Luglio 1993, en *I contratti*, 2/1994, páginas 176 a 182.

Por lo que a la doctrina española se refiere, véase GULLÓN BALLESTEROS, Antonio: *La transacción*, ob. cit., págs. 18 y 19 y PELÁEZ, Francisco: *La transacción. Su eficacia procesal*, ob. cit., pág. 14.

<sup>104</sup> En la cuestión relativa a las costas, el Tribunal Supremo interpretaba el término «con temeridad» del último inciso del párrafo segundo del artículo 523 de la Ley de Enjuiciamiento civil como equivalente a la mala fe. A título de ejemplo, en el orden civil, la STS del 20 de octubre de 1998 (Ar. 7441) en su fundamento quinto.

En el orden contencioso-administrativo, la temeridad es considerada cuando, por ejemplo, se ha interpuesto y mantenido un recurso de apelación sin haber presentado el correspondiente escrito de alegaciones, «dilatando innecesariamente el trámite, retrasando la satisfacción de los legítimos intereses de la ahora apelada, contribuyendo indebidamente a la sobrecarga de trabajo que pesa sobre la jurisdicción del orden contencioso administrativo ...».

<sup>105</sup> Al respecto, queremos destacar la explicación del jurista italiano VITERBO, Camillo: «La «*res dubia*» y la lite nella transazione», en *Rivista di diritto processuale civile*, parte I, 1937, cit. pág. 244, que, por su interés, reproducimos: «La incertezza, intendo sempre l'incertezza sulla bontà del proprio diritto e delle proprie ragioni non circa l'esito della lite, non è, come si è mostrato di credere, una caratteristica della transazione fatta in buona fede. Se è vero che essa manca in uno dei litiganti nella transazione di lite temeraria, è vero che può mancare, e che spesso manca, per entrambi i contraenti o per uno di essi, nelle transazioni fatte in ottima fede: tutte le volte che due persone litigano nella assoluta convinzione d'aver diritto e che la controparte abbia torto, e transigono per uno dei vari motivi sopra illustrati economici, psicologici, etc. La mancanza dell'incertezza non è propria della patologia della lite, come si è mostrato di credere, appartiene anzi alla sua più sana fisiologia e perciò non appartiene alla patologia della transazione».

dictorias, de modo que sirvan para fijar el ámbito de la transacción. La incertidumbre surge acerca del resultado de un supuesto pleito.

La tercera y última de las posturas destacadas es la que identificó la *res dubia* con una situación incierta. Según esta postura, la *res dubia* se refiere a un estado en el que se hallan las partes en un momento anterior a la situación de colisión de posturas. Se trata de un especial estado en que se encuentra la relación jurídica. Aquí, la *res dubia* no acompaña a la controversia sino que se trata de la situación anterior que puede dar lugar o no al conflicto<sup>106</sup>. Según esta teoría, la incertidumbre surge respecto de la existencia misma de una relación jurídica o sobre su eficacia.

Esta postulación fue objeto de crítica desde un punto de vista técnico. En primer lugar, la censura se centró en la dificultad que supone la distinción entre esta situación de duda previa y la controversia jurídica. En efecto, resulta difícil apreciar cuándo existe un estado de precontroversia, constituido, según se mantenía, por distintas opiniones respecto de la interpretación de una relación y cuándo existe una colisión entre éstas opiniones. Ciertamente, la línea divisoria entre una situación y otra parece sutil<sup>107</sup>, por lo que la postura pierde su fiabilidad.

La segunda de las críticas se formuló en atención al requisito característico de la transacción, diferenciador de los otros medios de auto-composición de controversias, esto es, las concesiones recíprocas. En este sentido, la *res dubia* interpretada como el estado previo a la controversia en los términos que acabamos de señalar, difícilmente podrá ser susceptible de transacción si todavía no se han fijado las posturas respecto de las cuales las partes valorarán las prestaciones que mutuamente realizarán. Por consiguiente, si la situación dudosa que se pretende calificar como requisito no resulta el campo hábil en el cual la transacción puede extender su eficacia, el argumento esgrimido pierde, aquí también, toda su virtualidad.

Como apuntábamos al comienzo de este apartado, el desacierto de las teorías que acabamos de exponer podría radicar en la intención de los intérpretes de otorgar un significado a la expresión *res dubia*<sup>108</sup>, de

<sup>106</sup> Esta teoría fue propuesta por el jurista italiano CARNELUTTI, Francesco: *Sistema del diritto processuale civile*, ob. cit., págs. 40 y siguientes.

<sup>107</sup> GULLÓN BALLESTEROS, Antonio: *La transacción*, ob. cit., pág. 15.

<sup>108</sup> Los intérpretes del Derecho romano entendían que la transacción podía incidir no sólo en la situación litigiosa pendiente o susceptible de superación mediante la intervención de la autoridad correspondiente sino también en casos concretos de incertidumbre. Así, a

forma individual, dejando al margen el contexto en el cual se estableció, esto es, el pasaje completo del D. 2, 15, 1. Una interpretación sistemática de la expresión en el conjunto de este pasaje del Digesto le otorgaría su verdadero significado.

Por otra parte, tampoco está claro que la *res dubia* fuese, en los tiempos del Derecho romano, un requisito de la transacción. Al respecto, varios son los pasajes del Digesto y del Código que pondrían de manifiesto que el requisito de la *res dubia* no era exigido por los juristas clásicos. Así, C. 2, 4, 2 in fine: «*etsi nulla fuisset quaestio hereditatis, tamen propter timorem litis transactione interposita, pecunia recte cauta intelligitur; ex qua causa si fisco solvisses repetere non posses, et si non solvisses, tamen iure conveniretis*». De este pasaje se desprende que aunque no existiera una verdadera cuestión, la transacción es de todos modos válida si ésta se efectúa para evitar la controversia. Parece también excluirse que se exija la incertidumbre en sentido subjetivo porque se habla de transacción realizada por el temor de una litis que es, precisamente, el hecho que puede inducir a transigir, aunque el propio derecho sea cierto<sup>109</sup>.

título de ejemplo, VOET JOHANNI: *Commentariorum ad Pandectas*, pág. 139, punto 10.— *Transigitur de rebus dubiis; etiam de status quaestionibus, libertate, ingenuitate, iure familiae? Transigi potest de rebus dubiis, id est, de quibus jus est dubium, dubiisque eventus; five ex incerto conditionis etiamnum pendens, licet tunc nulla lis fit aut metuantur, velut inter fiduciarum & fideicommissarium de fideicommissio conditionali, secundum jam dicta, five ex dubia incertaque litis motae aut movendae victoria l. cum te proponas 2 C. h. i. etiam forte res, super quam transigitur naturaliter certa fit; in quantum non de generalibus tantum negotiis, velut haereditate, rationum redditionem similibusque, transigi potest. fed & de re certa singulari, puta fundo Corneliano, debito aereonum centum, & aliis l. fi de certa re 31 C. h. t. nec dubium mihi, quin & de ipsam status quaestione, adeoque libertatis, ingenuitatis aut familiae jure, recte transigitur (...)*».

En esta misma línea, ARNDTS, Ludovico: *Trattato delle Pandette*, Versione di Filippo Serafini, Volume II, Tipi Fava e Garagnane, Bologna, 1880, pág. 205: «*L'incertezza può consistere nella contestazione presente o temuta d'una pretesa o nel dipendere l'ampiezza della medesima da circostanze incerte*»; DERNBURG, Arrigo: *Pandette*, Volume secondo, Diritto delle obbligazioni, prima traduzione dal tedesco sulla 6.<sup>a</sup> edizione di Francesco Bernardino Cicala con prefazione di V. Scialoja e G.P. Chironi, Fratelli Bocca, editori, Torino-Roma-Milano-Firenze, 1903, pág. 463: «*Transazio (transactio) è il contratto che ha per scopo di rimuovere l'incertezza di un diritto, o la non sicurezza del suo adempimento, ...*»; y WINDSCHEID, Bernardo: *Diritto delle Pandette*, Volume secondo, Unione Tipografico-Editrice torinese, Torino, 1930, pág. 605: «*L'incertezza può avere la sua causa — e questo è il caso principale — nella contestazione della ragione; ma anche in ciò, che sia incerta l'esistenza futura, o l'estensione, o la realizzabilità della ragione*».

<sup>109</sup> Esta interpretación fue confirmada por las Basílicas, Libro XI, título II, sc. I. 808 cuya traducción al latín, ofrecía el siguiente texto: «1) *controversiam habuerunt*. Theodori. *Etiam cum nulla causa subsit, transactionis nomine data et conventa non rescinduntur*. 2) *nullam-controversiam*) *Nota regulam constitutionis frequentissime usurpatam: plerique enim, qui transactionem a se factam rescindere volunt, dicere conantur, falsam fuisse actionem ideoque se male transigisse. Nota, etiamsi nulla causa fuisset, tamen transactionis nomine data vel promissa non revocari. Nota igitur, licet lis, quam quis minatus erat, iusta non fuerit, tamen transactionem*

La cuestionabilidad de que la *res dubia* fuere un requisito de la transacción en el Derecho romano clásico, también puede desprenderse del fragmento primero del D. 12, 6, 65: «*Et quidem quod transactionis nomine datur, licet res nulla media fuerit, non repetitur nam si lis fuerit hoc ipsum quod a lite disceditur causa videtur esse*», al interpretar la expresión *res nulla media fuerit* en el sentido de que no fuese necesario que hubiese un objeto real de controversia<sup>110</sup>.

De todo lo anterior se desprende la necesidad de la interpretación de la *res dubia* en el conjunto del pasaje del Digesto citado para, de este modo, tratar de justificar su inclusión en el que parece el presupuesto de la transacción y, si ello es posible, tratar de aportar un significado en el contexto de ésta<sup>111</sup>.

### c) Concepción actual

Para delimitar el concepto de la «*res dubia*» en sus estrictos términos, nos parece oportuno retomar el estudio del pasaje de Ulpiano, en atención a que de él parte la consideración de que la «cosa dudosa» es el presupuesto de la transacción. Pues bien, de la lectura de la Ley, correspondiente al Libro 50 *ad edictum* de Ulpiano se desprende una distinción: el que pacta concede por liberalidad, vía donación, una cosa cierta e indubitada<sup>112</sup> (una *res certa et indubitata*), mientras que el que transige, lo hace sobre cosa dudosa y *litis incierta* y no acabada (una *re dubia et lite*

*ratam esse, quam quis metu litis interposuit. Nota regulam, quae dicit ea, quae soluta non repetantur, in stipulationem deducta cum effectu peti, ita ut stipulatio tanquam indebita argui non possit. Illud quoque nota, sicuti transactionis nomine soluta non repetantur, ita quoque transactionis nomine promissa omnino exigi.*»

<sup>110</sup> En este sentido se pronuncia VITERBO, Camillo: «La “*res dubia*” e la lite nella transazione» en *Rivista de diritto processuale civile*, cit., pág. 237. Ver nota 1.

<sup>111</sup> Este pasaje del Digesto de Justiniano es analizado extensamente por NOODT, Gerardi: *Ad edictum praetoris de pactis et transactionibus*. Liber singularis, en *Opera omnia*, III, apud Fratres Terres, Neapoli, 1786, caput III, págs. 229 a 233.

<sup>112</sup> De la manera como está redactada la segunda parte de este pasaje por lo que se refiere a la donación, la expresión «una cosa cierta e indubitada» parece ser el complemento directo de la concesión, es decir, que parece indicar que lo que se entrega por vía de donación es una cosa cierta e indubitada. Si ello es así, esta segunda parte del pasaje no tiene coherencia con la primera parte, puesto que, en la primera, la cosa dudosa y pleito incierto y no terminado, es la «cosa sobre la que se transige». Por tanto y pese a la interpretación literal que parece desprenderse de este pasaje y, ante todo, para lo que nos interesa, es preferible interpretar las expresiones de ambas partes de la Ley 1, del D. 2, 15, como referidas a la relación previa sobre la que incide la transacción o el pacto, respectivamente.

*incerta neque finita*). En este sentido, Ulpiano habría<sup>113</sup> querido distinguir la transacción de la donación porque el que transige renuncia a un derecho incierto, a cambio de una renuncia homóloga de la otra parte, en una controversia cuyo éxito es para él incierto, mientras que el que dona renuncia a un derecho cierto, a una pretensión cierta<sup>114</sup>.

De este pasaje se puede entender, pues, que controversia y certidumbre son dos términos inconciliables, puesto que una *res certa et indubitata* no es una controversia y, ciertamente, el que concede una parte del propio derecho no contestado o no previsiblemente contestado en el futuro no transige, sino que dona<sup>115</sup>.

<sup>113</sup> Empleamos el tiempo verbal del condicional puesto que, como ya hemos indicado anteriormente, este pasaje puede haber sido objeto de interpolaciones, con lo que la declaración inicial de Ulpiano podría haber sido modificada. En este sentido se pronuncia VITERBO, Camillo: «La “*res dubia*” e la lite nella transazione», en *Rivista di diritto processuale civile*, parte I, 1937, cit., pág. 238.

<sup>114</sup> Los compiladores tuvieron una tendencia probada a comparar la donación con la transacción. Al respecto se pronuncia FREIXAS, Juan: «Una contribución al estudio de Ulpiano 50 ad edictum. D. 2. 15. 1 (De *transactionibus*)», en *Estudios en homenaje al profesor J. Iglesias*, tomo I, Madrid, 1988, pág. 234.

El pacto sobre cosa cierta y gratuito es considerado como donación por CACCIALUPUS, Johannem Baptistem: *Tractatus solemnibus et utilis de transactionibus* en *Tractatum ex variis iuris interpretibus collectorum*, volumen III, Lugduni, MDXLIX, fol. 21v, tercera cuestión. También, CASTRO, Paulus de: *In Primam Digesti veteris partem*, Lugduni, MDLIII, fol. 87v: «*pactum gratuitum super re certa & indubitata & habet vim donationis*».

Si se remite sobre una cosa cierta, hay donación. Así lo entiende también DONELLUS, Hugonius: *Opera omnia, tomus septimus et Commentariorum in Codicem Justiniani, ad Signum Cluius*, ob. cit., pág. 251, n. 6: «si res certa remittitur, donatio est; quae multum distat a *transactione*».

Y, como último ejemplo, VINNIO, Arnaldo: *De transactionibus tractatus*, ob. cit., fol. 118: «*Inter pacisci & transigere (...) quod qui transigit quasi de re dubia & lite incerta neque finita transigit: qui vero paciscitur donationes causa rem certam & indubitata ex liberalitate remittit. Diferentiam in duobus positum. 1. Transactio semper est de re dubia & incerta: de re certa pactum transactionis interpositum, id non de re indubitata, fed de una aliqua re aut lite, intelligendum est, ut ex ipso contextu patet. Pactum vero plerumque quidem de re certa feu indubitata, fed non semper: nam interdum etiam de re controversa & litigiosa pacisci dicimur... 2. at transactio in specie fin dicta semper fit aliquo dato retento aut promisso, nunquam gratis. Unde pactum donationis causa & transactio opponuntur, sicut aliis locis transactioni opponitur donatio, Quod fit alicubi pactum dicatur fieri dato aliquo dato vel retento aut promisso, ibi pactio five pactum latiore significatione ponitur pro transactione (...) fed quia transactio etiam pactio fit: unde alibi rectius appellatur pactum transactionis causa factum & placitum transactionis*».

En el Derecho francés, POTHIER, Robert Josef: *Le Pandette di Giustiniano*, Volume I, Co'tipi di Antonio Bazzarini e C.<sup>a</sup>, Venezia, 1833, pág. 223: «*Quinde è differente dal patto a titolo di donazione; imperciocchè chi transige lo fa sopra una cosa dubbiosa, sopra una lite incerta e non finita; chi patteggia a titolo di donazione, cede per liberalità una cosa determinata e certa*».

<sup>115</sup> Este pasaje del Digesto, D. 2, 15, 1 fue objeto de estudio por parte de los Glosadores. Así ACCURSIO: *Corpus Iuris Civilis Iustiniani, Digesum vetus*, Tomus primus, Lugduni, MDCXXVII, núm. 273, considera que en él se distinguen los pactos gratuitos de los no gratuitos. En este mismo número define la partícula «quasi» del pasaje (recordemos «*Qui transigit*

Por consiguiente, de la interpretación de este pasaje se deduciría que el pacto<sup>116</sup> sobre una cosa cierta e indubitada comportaría, por vía de liberalidad, una donación, mientras que el convenio sobre una cosa dudosa y pleito incierto y no acabado podría<sup>117</sup> constituir una transacción. Y de ahí podría extraerse, también, el perfil típico de la situación jurídica sobre la cual la transacción pueda alcanzar su finalidad. Para ello, hemos considerado oportuno centrar nuestra interpretación en la expresión *re dubia et lite incerta neque finita* en su conjunto<sup>118</sup>.

En este sentido y de acuerdo con la redacción vigente de la norma que contiene la noción de transacción en el artículo 1.809 del Código

---

*quasi de re dubia et lite incerta neque finita ...»*) como un término impropio. Esta misma consideración es adoptada por los postglosadores. Así, a título de ejemplo, BARTOLUS A SAXOFERRATO: *In primam Digesti veteris partem*, Augustae Taurinorum, MDLXXIII, fol. 94v. A propósito del comentario de dicha partícula «quasi», este jurista afirmó que es suficiente que exista controversia para que valga la transacción. Esta manifestación se contiene en la adición a) del comentario a la ley I del Digesto, 2, 15. En esta misma línea, su discípulo BALDO, quien en su comentario a este pasaje del Digesto entiende que la transacción se refiere a cosas dudosas mientras que los pactos sobre cosas ciertas son gratuitos. BALDUS DE UBALDIS: *In primam Digesti veteris partem commentaria*, Venetiis, MDLXXXVI, fol. 153. Esta interpretación se mantuvo y fue desarrollada por juristas posteriores. Así, por ejemplo, CONNANI, FRANCISCI: *Commentariorum Iuris civilis*, tomus prior, quinque libros complectens, libro V, Cap. VI & VII, Parisiis, MDLIII, fol. 354 A. «*Transactio autem rei dubiae est, & incertae: ueluti si dedi tibi x mutuo; inter nos conuenit, hic transactioni locus esse non potest: & si promittam non peteri nisi quinque, pactum est, & donatio. Sin contenderes aut non dediffi me x, aut te soluiiffe: in hac rerum incertitudine si polliciti fumus inter nos, ut quinque tantum haberem; transfigiffe dicimur.* Ulpiano «*Qui transigit, quasi de re dubia & lite incerta neque finita transigit. qui uero paciscitur, donationis causa rem certam & indubitatam liberalitate remittit. Neque tamem pacta omnia sunt gratuita, pleraque ob rem aliquam & causam fiunt, qua non secuta reuocantur.*»

<sup>116</sup> Esta interpretación coincide con una traducción efectuada del pasaje del Digesto D. 2, 15, 1 por la cual «*La transaction diffère du pacte, en ce que celui qui transige s'accommode sur une chose douteuse, incertaine et qui n'est point décidée: au lieu que celui qui fait un pacte remet, par esprit de libéralité, une chose qui lui est clairement due*». BIRET: *Applications au Code Civil des Institutes de Justinien et des cinquante livres du Digeste*, Tome second, Chez Arthus Bertrand, Libraire, Paris, 1824, pág. 358.

<sup>117</sup> Aquí hemos cambiado el tiempo verbal del texto original y empleamos el condicional porque hemos modificado sensiblemente el orden de la oración, y tal y como está redactada podría interpretarse que todo convenio sobre cosa dudosa y pleito incierto y no terminado constituye una transacción cuando ello no es, en modo alguno, del todo exacto, puesto que para que el contrato de transacción tenga lugar tiene que concurrir el requisito de las recíprocas concesiones. Así, frente a una relación dudosa y pleito incierto y no terminado, las partes en conflicto pueden llevar a cabo un contrato de transacción, si cada una de ellas realiza una concesión de su propia pretensión en favor de la otra. Caso de no existir este mutuo sacrificio, la transacción del artículo 1.809 del Código civil no habrá tenido lugar sino cualquier otro negocio unilateral que, al igual que la transacción, pondrá fin a la controversia surgida.

<sup>118</sup> Así, de la cosa cierta o del negocio del cual no hay ninguna duda, ni miedo de discusión, no hay transacción interpuesta en ningún momento. VINNIO, ARNOLDO: *De transactionibus tractatus*, ob. cit., fol. 126: «*De re autem certa fide de negotio, de quo nullum dubio est, nec lis, nec metus litis, transactio interposita nullius momenti est.*»

civil, la incertidumbre como sinónimo de la expresión procedente del Derecho romano *res dubia* debe entenderse como la duda respecto de la titularidad y eficacia de un derecho subjetivo que cada una de las partes en relación con la controversia se ha generado, como consecuencia de la colisión de pretensiones. Así, la incertidumbre nace de la controversia surgida entre los sujetos, precisamente, por las respectivas posiciones encontradas<sup>119</sup>. En efecto, la duda respecto de la titularidad o eficacia de un derecho subjetivo en una determinada relación se origina desde el momento en que una de las partes alega una pretensión respecto a dicha situación jurídica y la otra la manifiesta en sentido contrario. Y es, precisamente, respecto a la pretensión discutida que, en aras de poner fin a la incertidumbre que comporta, la fijación de los términos de las respectivas posiciones jurídicas se hace necesaria. Ésta es la función que la sentencia judicial proporciona en cuanto que fija la relación jurídica y, por tanto, termina con la incertidumbre. Y lo mismo puede predicarse de la transacción prevista en el artículo 1.809 del Código civil: mediante las concesiones recíprocas, las partes inmersas en una controversia fijan las posiciones y, una vez acercadas o superadas, terminan con la controversia.

Por todo ello, la incerteza de las partes en conflicto puede entenderse que es objetiva en cuanto deriva de sus respectivos intereses jurídicos en conflicto<sup>120</sup> y subjetiva en cuanto se desconoce el resultado o éxito de su pretensión (seriedad en la pretensión e incertidumbre en el resultado). Esta duda, precisamente, provoca la necesidad de acercar las posiciones jurídicas respectivas por el medio que las partes consideren más satisfactorio para sus intereses<sup>121</sup>.

En este sentido, la incertidumbre debe entenderse como un aspecto de la controversia en cuanto que de ella deriva, pero no como un requi-

---

<sup>119</sup> En este sentido, LUNA SERRANO, Agustín: *La transacción en Elementos de Derecho Civil*, II, ob. cit., pág. 548: «En realidad la incertidumbre radica en la litigiosidad a que conduce la controversia y que los transigentes intentan evitar o suprimir». La confirmación de este argumento se encuentra en la sentencia, citada por este autor, de 3 de mayo de 1958 (Ar. 2479), según la cual la cuestión dudosa «ha de entenderse no por el valor racional de la duda, sino por su valor real nacido de la contradicción de juicio entre las partes».

<sup>120</sup> Así lo estima SÁNCHEZ ROMÁN, Felipe: *Estudios de Derecho Civil*, Tomo cuarto, Derechos de obligaciones, Derecho de la contratación, 2.ª edición, corregida y aumentada, Est. Tipográfico «Sucesores de Rivadeneira», Madrid, 1899, págs. 958 y 959: «... versar la transacción sobre una cuestión dudosa; frase que debe entenderse, no por el valor racional de la duda, sino por su valor real y objetivo, nacido de la contradicción de juicio de las partes, cualquiera que sea el fundamento con que respectivamente se contradicen ó disienten, en los puntos que han de ser materia de la transacción».

<sup>121</sup> En este sentido se pronuncia SANTORO-PASSARELLI, Francesco: *La transazione*, ob. cit., pág. 8 y PRATO, Enrico del: *La transazione*, ob. cit., pág. 25.

sito de ésta, porque nada le añade<sup>122</sup>. Y así podría deducirse también de la expresión *res dubia et lite incerta neque finita* establecida en el Derecho romano<sup>123</sup>. Aquí, la mención de la *res dubia* es inmediatamente seguida por el enunciado de la expresión *lite incerta neque finita*<sup>124</sup>, entendida en el sentido de que el juicio que pudiere existir para superar la controversia no ha concluido o la sentencia dictada es apelable porque la controversia no ha terminado. De ello se desprende que existe un único presupuesto que consta de un elemento fundamental, la controversia, y otro elemento que trae causa de éste, la incertidumbre<sup>125</sup>.

Por tanto y a modo de conclusión, el presupuesto fáctico necesario sobre el cual recaería el contrato de transacción es aquella situación jurídica<sup>126</sup>

<sup>122</sup> MINERVINI, Enrico: *Codice civile* anotato con la dottrina e la giurisprudenza, a cura di Pietro Perlingieri, Libro Quarto, Delle obbligazioni, Tomo II, art. 1470 a 2059, pág. 1609: «Il particolare, si è precisato che il presupposto della "res dubia" è integrato non dalla incertezza obiettiva circa lo stato di fatto o di diritto, ma dalla sussistenza di discordanti valutazioni in ordine alle correlative situazioni giudiziali ai rispettivi diritti di obblighi delle parti».

<sup>123</sup> Esta expresión contenida en el pasaje del Digesto, D. 2, 15, 1 establecía la estructura del negocio dando lugar a una doble lectura: de un lado, podía interpretarse que la transacción era una convención restringida solamente a las relaciones controvertidas —las cuales, de hecho, constituían el presupuesto más recurrente y típico del negocio— o, de otro lado, se podía extender su ámbito al campo de cualquier convención sobre una relación incierta (no controvertida) cuya incertidumbre podía derivar no sólo de la opinión subjetiva de las partes en aras a la expectativa de los derechos de los que disponían sino también de la verificación de una condición aunque sólo fuera respecto de su extensión temporal. Es de destacar que estas dos líneas de proyección de la estructura del negocio de transacción han tenido su reflejo en los ordenamientos jurídicos modernos. Así, el *Code Napoléon* y los dos *Codice civile*, el de 1865 y el de 1942 han seguido la primera de las interpretaciones expuestas, es decir, la óptica del negocio se centra exclusivamente en el litigio, presente o posible. La segunda de las interpretaciones fue adoptada por el BGB, en su parágrafo 779, en el cual la transacción asume los contornos del negocio de fijación. La justificación de las dos posturas cabe encontrarla en dos tradiciones divergentes del pensamiento jurídico originadas la una, de la Escuela de Bolonia, que habría conducido a un análisis delimitativo del contenido del negocio y la otra, la de la Escuela culta que habría adoptado la amplitud de la noción romana de la transacción. En este sentido, TREGGIARI, Ferdinando: Voz «transazione (diritto intermedio)» en Enciclopedia del diritto, XLIV, ob. cit., pág. 807. Puesto que el Código civil de 1889 tomó como modelo el *Codice civile* de 1865 el cual, a su vez, hizo lo propio del francés, con las salvedades relativas a los requisitos de las concesiones recíprocas, cabría considerar que la controversia constituye el presupuesto fáctico necesario de la transacción en nuestro ordenamiento.

<sup>124</sup> PANORMITANI señaló que «*Lite incerta, quia si fuisset prius iudicatum, nec sententia fuisset appellatio suspensa, non teneret transactio*» en PANORMITANI: (*Nicolas Tudeschis*), *Commentaria, secundae partis in Primum decretalium librum*, tomus secundus, Venetiis, MDXCI, fol. 140.

<sup>125</sup> En este sentido se pronuncia BERTOLINI. Este jurista reconoce que la controversia es el supuesto principal de la transacción. «*Già lo vediamo nella L. 1 D, cit., in quanto alla menzione della "res dubia" segue immediatamente l'enunciazione del caso di lite*».

<sup>126</sup> En cierto modo, la situación podría calificarse como litigiosa en un doble sentido: de un lado, en cuanto se trata de una situación susceptible de ser superada mediante la celebración del correspondiente proceso judicial (en este sentido, bien podría calificarse como de «litigable») y, de otro lado, por cuanto que se trata de una situación controvertida y en discusión.

que consiste en una controversia jurídica o litigio, que se ha exteriorizado mediante la pretensión que un sujeto formula a otro y la oposición tácita o expresa de dicho sujeto, ya sea con anterioridad o coincidiendo con el proceso judicial correspondiente, y respecto a un derecho subjetivo disponible<sup>127</sup>, controversia que genera una incertidumbre respecto de la justicia o razón que asiste a las partes en conflicto y que, precisamente, pretenden eliminar mediante esta forma de composición<sup>128</sup>.

La incertidumbre que se predica de la controversia jurídica puede versar sobre el derecho en sí mismo, bien en su integridad o bien parcialmente. Así, es suficiente que sólo un aspecto del derecho sea objeto de controversia (por ejemplo, la cantidad de una indemnización que ha sido admitida). La incertidumbre puede versar también sobre la ejecución del derecho. En este sentido, se admite la posibilidad de que la sentencia pueda ser objeto de interpretación y de conflicto respecto de distintas cuestiones que de su ejecución se derivan, lo que daría lugar a nuevas acciones judiciales<sup>129</sup>.

Así las cosas, la controversia es la situación antecedente que se constituye como la causa de la transacción, habida cuenta que lo que se pretende con este negocio jurídico es la superación de aquella<sup>130</sup>.

<sup>127</sup> Coinciden con esta orientación, respecto de la doctrina italiana, CARNELUTTI, Francesco: «Sulla causa della transazione», *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, cit., pág. 580; VITERBO, Camillo: «La «res dubia» e la lite nella transazione» en *Rivista di diritto processuale civile*, 1937, cit., pág. 246; CAPOTOSTI, Renzo A.: «La "res litigiosa" come presupposto del contratto di transazione», en *Il foro italiano*, 1958, cit., pág. 9; VISALLI, Nicolò: «Considerazioni in tema di transazioni», en *Il Foro italiano*, 1959, Parte IV, cit., pág. 115 y también en: *Sequestro convenzionale, fideiussione, mandato di credito, anticresi, transazione, cessione dei beni ai creditori*, *Giurisprudenza sistematica civile e commerciale*, Seconda edizione, UTET, 1980, págs. 362 y 363; LEVI, Giulio: «Il valore della «res dubia» nell'accordo transattivo», en *Il monitore dei tribunali*, 1970, pág. 1183; LAUDISA, Luciana: «La contestazione della transazione» en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, cit., pág. 418.

En cuanto a la doctrina española, por su parte, véase, GULLÓN BALLESTEROS, Antonio: *La transacción*, ob. cit., pág. 30 y PELÁEZ, Francisco: *La transacción. Su eficacia procesal*, ob. cit., pág. 20.

<sup>128</sup> En el sentido de que la controversia torna dudosa la situación como consecuencia de la colisión de pretensiones, GULLÓN BALLESTEROS, Antonio: Comentario a los artículos 1.809 a 1.819 del Código civil, cit., pág. 1769. Comparte esta misma orientación, PELÁEZ SANZ, Francisco J.: *La transacción. Su eficacia procesal*, ob. cit., pág. 23.

<sup>129</sup> En estos términos se expresa BÉNABENT, Alain: *Droit Civil, Les contrats spéciaux*, ob. cit., págs. 567 y 568.

<sup>130</sup> Así lo pone de manifiesto DIEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN, Luis: «El concepto de causa en el negocio jurídico» en *Anuario de Derecho civil*, 1963, pág. 31. La existencia de este presupuesto fáctico, cual es la controversia, supone que este autor incluya la transacción dentro de la categoría de los «negocios ejecutivos», al entender como tales aquellos negocios que presuponen siempre un negocio o una situación anterior o antecedente que se configura como la causa de dicho negocio. En contraposición, se habla de los «negocios iniciales», concebidos como aquellos que inician la relación entre las partes, como podría ser la compraventa.

B. LA FINALIDAD ÚLTIMA DE LA TRANSACCIÓN:  
LA SUPERACIÓN DEFINITIVA DE LA CONTROVERSIA.  
LA «COSA JUZGADA»

Manifestada la controversia jurídica, las partes que pretendan ejercer con plena libertad los derechos y facultades que se derivan de una concreta relación jurídica perseguirán el esclarecimiento de la duda que se desprende de dicha controversia<sup>131</sup>.

Con este propósito, los particulares podrán optar por los distintos medios de superación de controversias previstos por el ordenamiento jurídico, desde las formas heterocompositivas hasta las autocompositivas. En cualquier caso, la finalidad última que perseguirán los sujetos de la controversia jurídica es que la superación de la controversia sea definitiva.

Para ello, el propio ordenamiento jurídico ha dotado a los medios de superación de conflictos intersubjetivos de unos efectos específicos que persiguen la consideración como definitiva de la solución adoptada por la forma de composición de la controversia de que se trate.

En el ámbito del proceso, estos efectos se concretan en dos aspectos de la misma figura: de un lado, el efecto positivo<sup>132</sup> de la autoridad de la cosa juzgada y, de otro, el correspondiente efecto negativo<sup>133</sup> de la excepción de cosa juzgada. El primero, podría ser considerado como un efecto ofensivo, en el sentido de que la misma controversia jurídica no podrá volver a ser tratada de nuevo<sup>134</sup>; y el otro, el de la excepción, como

<sup>131</sup> La terminación de una controversia jurídica está estrechamente conectada con la voluntad, al menos de una de las partes, de que la situación jurídica controvertida quede definitivamente resuelta. Podría suceder que, una vez la controversia jurídica queda constatada, ninguna de las partes considere la necesidad de clarificar la situación jurídica que ha devenido controvertida, por lo que no realizarán acto alguno tendente a la fijación de dicha situación.

<sup>132</sup> El efecto positivo de la cosa juzgada que vincula a los tribunales respecto de futuras decisiones se encuentra recogido en el artículo 222, 4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

<sup>133</sup> El efecto negativo de la cosa juzgada, reflejado en el principio del «*ne bis in idem*», se halla recogido en el artículo 222, 1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

<sup>134</sup> La Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil ha derogado, entre otros, el artículo 1.252 del Código Civil en el cual se establecían los requisitos para que la presunción de cosa juzgada de un juicio surtiera efecto en otro. Así, el Código civil establecía que entre los dos juicios existiera «la perfecta identidad entre las cosas, la causa, las personas de los litigantes y la calidad con que lo fueron». La nueva ley, en el artículo 222, 4, dispone que «lo resuelto con fuerza de cosa juzgada en la sentencia firme que haya puesto fin a un proceso vinculará al tribunal de un proceso posterior cuando en éste aparezca como antecedente lógico de lo que sea su objeto, siempre que los litigantes de ambos procesos sean los mismos o la cosa juzgada se extienda a ellos por disposición legal». Además, también se considera que los efectos vinculantes de la cosa juzgada están sujetos a unos determinados límites, de un lado, subjetivos (artículo 222,3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) y, de otro, objetivos (artículo 222,2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), que no coinciden con los anteriormente fijados en el Código Civil.

defensivo, en el sentido de que su alegación únicamente se producirá para el caso de que alguna de las partes pretenda que la misma cuestión litigiosa sea tratada otra vez<sup>135</sup>.

Por lo que a la finalidad última de la transacción se refiere, nos centraremos en el análisis del instituto de la autoridad de la cosa juzgada, habida cuenta que constituye el efecto<sup>136</sup> que supone la terminación definitiva del conflicto intersubjetivo que se hubiese producido. Así se desprende de la literalidad del artículo 1.816 del Código civil, cuya norma dispone que «la transacción tiene para las partes la autoridad de la cosa juzgada; (...)». Dicha norma supone la aplicación de un fenómeno propio del ejercicio de la función o potestad jurisdiccional en cualquier ámbito jurídico<sup>137</sup> a un concreto negocio jurídico tipificado con motivo de su específica función.

Considerado como el efecto procesal más trascendente que produce la sentencia judicial<sup>138</sup>, la cosa juzgada se refiere a la situación o relación jurídica que ha sido «juzgada» o, en otros términos, definitivamente decidida<sup>139</sup>. Por consiguiente, el resultado obtenido con la sentencia<sup>140</sup> no puede ser modificado<sup>141</sup> (o más propiamente dicho, sustituido por otro), alterado ni desconocido con posterioridad. Se trata de una expresión que hace referencia al efecto irrevocable que produce la sentencia firme que decide definitivamente la controversia<sup>142</sup> que se

<sup>135</sup> Para lo cual el ordenamiento prevé una medida defensiva cual es la excepción citada.

<sup>136</sup> La cosa juzgada a la que nos referimos es aquella en que dicha expresión designa ciertos efectos de resoluciones judiciales concretas y no tanto en otro sentido, en concreto, aquel que se refiere al estado jurídico en el que se encuentran algunos asuntos o cuestiones. Y ello en atención a que la transacción no comporta un enjuiciamiento como sucede en el proceso. Los dos sentidos aludidos son establecidos por OLIVA SANTOS, Andrés de la: *Sobre la cosa juzgada civil contencioso-administrativa y penal*, con examen de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., Madrid, 1991, pág. 17.

<sup>137</sup> OLIVA SANTOS, Andrés de la: *Sobre la cosa juzgada civil contencioso-administrativa y penal*, con examen de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, cit., pág. 15.

<sup>138</sup> Así lo estima José TOMÉ PAULE en la obra realizada junto con ALMAGRO NOSETE, José: *Instituciones de Derecho Procesal, Procesal civil*, Trivium, Madrid, 1994, pág. 425.

<sup>139</sup> D. 42, I, 1: «*Res iudicata dicitur quae finem controversiarum pronuntiatione iudicis accipit quod vel condemnatione vel absolute contingit*».

<sup>140</sup> Y en líneas generales, aplicable a todo tipo de resoluciones y no sólo las sentencias definitivas, como señala GÓMEZ ORBANEJA, Emilio: *Derecho procesal civil*, Volumen primero «Parte general. El proceso declarativo ordinario», Madrid, 1976, pág. 427.

<sup>141</sup> En un cierto modo, podría interpretarse que la cosa juzgada protege el resultado del proceso impidiendo su modificación. Así se desprende del comentario de SERRA DOMÍNGUEZ respecto de las causas por las que cesa la litispendencia en su artículo «Litispendencia», en *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, 1969, núm. 3, pág. 661.

<sup>142</sup> TAPIA FERNÁNDEZ, Isabel: «Efectos objetivos de la cosa juzgada» en Cuadernos de Derecho Judicial, Efectos jurídicos del proceso (Cosa Juzgada. Costas e intereses. Impugnaciones y jura de cuentas), dirigidos por Juan Montero Aroca, Madrid, septiembre 1995, pág. 166.

traduce en la vigencia indefinida de los resultados procesales una vez logrados <sup>143</sup>.

Trasladando esta eficacia que se predica de los resultados procesales al negocio de transacción, en virtud del tenor literal del artículo 1.816 del Código civil, la cosa juzgada se entendería como la fuerza <sup>144</sup> que el derecho atribuye a los resultados de este específico negocio y que se traduce en un respeto y subordinación a los extremos del acuerdo adoptado, de modo que supone una vinculación según la cual la controversia no debería volver a tratarse <sup>145</sup>.

Este efecto también tiene su razón de ser en el principio de seguridad jurídica <sup>146</sup>, en el sentido de que la vida jurídica no tenga que soportar una renovación continua de la misma cuestión litigiosa <sup>147</sup>. Como medio de superación de controversias, parece imprescindible que el acuerdo adoptado para poner fin a la disputa suscitada por los intereses en conflicto de los particulares tenga unos visos de definitivo porque, de lo contrario, el instituto perdería toda su virtualidad. En efecto, la voluntad de las partes de poner fin a la controversia, implícita en la transacción celebrada, debe tener su reconocimiento en el ordenamiento jurídico en aras de la seguridad del tráfico jurídico.

Probablemente, la identidad de la función de los dos medios de solución de conflictos intersubjetivos, como son el proceso y la transacción,

<sup>143</sup> En este sentido, GUASP, Jaime: *Derecho procesal civil*, Tomo primero «Introducción y parte general», tercera edición corregida, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1968, página 547.

<sup>144</sup> GUASP, Jaime: *Derecho procesal civil*, Tomo primero «Introducción y parte general», ob. cit., pág. 548.

<sup>145</sup> Así lo concibe LUNA SERRANO al señalar que «Como el significado de la causa transaccional supone en los contratantes la decisión de liquidar definitivamente la cuestión existente entre ellos, la disciplina positiva de la transacción no sólo dispone, como en relación a cualquier contrato, que su contenido vincula a los transigentes, sino que se propone prevenir, por diversos medios, la efectividad preclusiva de la convención, limitando las posibilidades de que la cuestión se plantee nuevamente e incluso de que pueda otra vez deducirse ante los Tribunales». LUNA SERRANO, Agustín: *La transacción en Elementos de Derecho Civil*, ob. cit., pág. 546.

<sup>146</sup> Por lo que a la sentencia se refiere, en aras de la seguridad jurídica, su firmeza señala el momento en que el resultado del proceso no puede ser atacado por nadie. En estos términos se pronuncia, BOQUERA OLIVER, Vicente: «Los límites subjetivos de la cosa juzgada material», en Cuadernos de Derecho Judicial, Efectos jurídicos del proceso (Cosa Juzgada. Costas e intereses. Impugnaciones y jura de cuentas), dirigidos por Juan Montero Aroca, Madrid, septiembre 1995, pág. 139.

<sup>147</sup> GÓMEZ DE LA ESCALERA, Juan José: «Alcance de la cosa juzgada en el proceso civil con pretensión indemnizatoria no deducida, o no reconocida, en el proceso penal anterior derivado de unos mismos hechos dañosos» en Cuadernos de Derecho Judicial, Efectos jurídicos del proceso (Cosa Juzgada. Costas e intereses. Impugnaciones y jura de cuentas), ob. cit., pág. 456.

llevó al legislador del Código civil de 1889 a adoptar la expresión acuñada —cosa juzgada— que se predica de las resoluciones de los procesos judiciales al instituto de la transacción con la intención de que el efecto fuera el mismo <sup>148</sup>.

Así parece desprenderse de la interpretación de los precedentes legislativos del artículo 1.816 del Código civil. En efecto, el primer inciso de este artículo 1.816 del Código civil hunde sus raíces, en un primer estrato, en el Proyecto de Código civil de 1851: «La transacción tiene para con las partes toda la autoridad de la cosa juzgada» <sup>149</sup>. Profundizando en el Derecho patrio, se llega a la Partida 5, título 14, Ley 34, en la cual se establece que «Como lo que ome quita a su contendor; por enojo de non seguir pleyto, non lo puede despues demandar» <sup>150</sup>. En último término, el origen se sitúa en el Derecho romano, en concreto, en el pasaje del Código, C. 2, 4, 20, primera parte «*Non minorem auctoritatem transactionum quam rerum iudicatarum esse recta ratione placuit (...)*» <sup>151</sup>.

Con base en estos precedentes históricos citados, el codificador de finales del XIX incluyó en el articulado del Código civil de 1889 un precepto en el cual se traduce en norma este efecto más propio de una sentencia judicial que de un contrato.

La determinación de la justificación de este pasaje del Código de Justiniano facilitará la fijación de la razón de ser de la aseveración contenida en el seno de los distintos cuerpos legales precedentes hasta llegar al perfil definitivo recogido en el artículo 1.816 del Código civil vigente, habida cuenta que este pasaje constituye el germen de este específico efecto otorgado al contrato de transacción. Para ello, es preciso transcribir no sólo la primera parte de este pasaje, sino su totalidad. El C. 2, 4, 20 rezaba lo siguiente:

<sup>148</sup> De entre los remedios para la terminación anticipada de un pleito, se prevé la transacción en los siguientes términos «*Tertium & ultimum iudiciorum adfuit remedium sequitur, scilicet transactiones; quarum non minor quam rerum iudicatarum, auctoritas est*» VIGELLI, Nicolai: *Methodus universi iuris civilis absolutissima*, in partes septem distributa, sumptionibus Ludovici regis, bibliopol., Francofurti, MDCXXVIII, fol. 265.

<sup>149</sup> Véase el texto en GARCÍA GOYENA, Florencio: *Concordancias, motivos y comentarios*, ob. cit., pág. 135.

<sup>150</sup> Véase en LÓPEZ, Gregorio: *Las siete partidas del sabio Rey D. Alonso el IX*, ob. cit., página 373. «*E por ende decimos, que la avenencia, è el pleyto, que afsi fuesse fecho, que debe ser guardado tambien por la una parte, como por la otra*».

<sup>151</sup> El texto transcrito se ha extraído de KRUEGER, Paulus: *Corpus Iuris Civilis*, volumen secundum, Codex Justinianus, Weidmann, 1989, pág. 96.

«*Non minorem auctoritatem transactionum quam rerum iudicatarum esse recta ratione placuit, si quidem nihil ita fidei congruit humanae, quam ea quae placuerant custodiri. nec enim ad rescindendum pactum sufficit, quod hoc secunda hora noctis intercessisse proponas, cum nullum tempus sanae mentis maioris quinque et viginti annis consensum repudiet.*»<sup>152</sup>

Este pasaje del Código transcribe la respuesta otorgada por los emperadores DIOCLECIANO y MAXIMIANO, Augustos, a la cuestión formulada por Antistia, relativa a la posibilidad de impugnar una transacción por cuanto que había sido realizada en horario nocturno<sup>153</sup>. Al respecto, se realizó una conjetura<sup>154</sup> según la cual la peticionaria, Antistia, habría puesto de relieve el hecho de que los juicios no se celebran por la noche y, por consiguiente, tampoco se pronuncian sentencias en horario nocturno, por lo que se cuestionaba si la transacción, celebrada en dicho horario, como otro modo de *litis finiendae*, debía someterse a la misma consideración. Como respuesta a la cuestión planteada y según los argumentos esgrimidos, los emperadores manifiestan la asimilación de la transacción a la cosa juzgada y niegan la posibilidad de rescindir la transacción por el hecho de que se haya celebrado de noche<sup>155</sup>.

<sup>152</sup> El texto completo del texto del Código de Justiniano C. 2, 4, 20 se ha extraído también de KRUEGER, Paulus: *Corpus Iuris Civilis*, volumen secundum, *Codex Justinianus*, cit.

<sup>153</sup> Así lo explica BERTOLINI, Cesare: *Della transazione secondo il diritto romano*, ob. cit., página 326.

<sup>154</sup> Esta conjetura fue propuesta por ACCARIAS, Calixt: *Etude sur la transaction en droit romain et en droit française*. Cotillon, Librairie du Conseil d'Etat, Paris, 1863, págs. 154 y siguientes y seguida, entre otros, por BERTOLINI, Cesare: *Della transazione secondo il diritto romano*, ob. cit., pág. 327.

<sup>155</sup> La interpretación del pasaje de Código de Justiniano relativo a la equiparación de la transacción a la cosa juzgada fue tratado por los glosadores. Así, a título de ejemplo, AZO PORTIUS: *Ad singulas Leges XII Librorum Codicis Iustiniani, Commentarius*, Parisiis, MDLXXVII en Lectura Super Codicem, Augustae Taurinorum, edición anastática, MCMLXVI, fol. 84.

También los postglosadores con CYNUS: *In Codicem*, et aliquot titulos primi Pandectorum tomii, id est, Digesti veteris, MDLXXVIII (reimpresión anastática, Bottega d'Erasmo, Torino, 1964), fol. 65 y BARTOLUS A SAXOFERRATO: *Prima Super Codice*, Inest huic volumini, Excudebatur, MDXXX, fol. 65v. A lo largo del siglo XVI, los juristas se ocupan de esta materia en las respectivas obras relativas a la investigación sobre los pasajes del Código de Justiniano. Al respecto, entre otros, BUTRIGARIUS, Jacobus: *Lectura Super Codice*, Parisiis, 1516 (edición anastática Opera Iuridica Rariora selecta cura et studio Dominici Maffei, Ennii Cortese e Guidonis Rossi, Forni editore, Bologna, 1973), fol. 57v; BRUNNEMANNIUS: *Commentarius in Codicem Iustinianum*, tomus primus, apud Johannem Thenet, Lugduni, MDCCXV, fol. 98; ODOFREDUS DE DENARIS: *Iuris utriusque peritissimi dicaerchi*, in primam Codicis partem completentem (...), Lugduni, MDLII (edición anastática, Lectura Super Codice, I, en Opera Iuridica Rariora, selecta cura et studio Dominici Maffei, Ennii Cortese e Guidonis Rossi, Forni editore, Bologna, 1968), fol. 75; PETRUS DE BELLAPERTHICA (Jacobus de Ravanis): *Super prima parte Codicis*, (edición anastática, Lectura Super Codice, in Opera Iuridica Rariora, selecta cura et studio Dominici Maffei, Ennii Cortese e Guidonis Rossi,

Debe resaltarse, por consiguiente, que la asimilación entre la transacción y la sentencia<sup>156</sup> se produce con relación al efecto general que se predicaría de ambas, esto es, el poner fin a una controversia, el definir y sistematizar las controversias surgidas en las relaciones jurídicas de tal modo que no puedan volver a ser tratadas. Si la transacción tiene como efecto general el poner fin a una controversia, si se considera como un modo de terminación de controversias, es natural y está justificado que se aproxime a la sentencia en cuanto que ésta también constituye un modo de terminación de controversias<sup>157</sup>. Y este efecto se consigue en la transacción como consecuencia de la fuerza obligatoria de las convenciones, como así lo puso de manifiesto el propio pasaje del Código de Justiniano «*quam ea quae placuerant custodiri*».

Así se interpretó el artículo 1.726 del Proyecto de Código civil del período isabelino, cuyo comentario indicaba que la transacción tiene por objeto el componer diferencias. Es, en cierto modo, una sentencia pronunciada por las mismas partes, y, por consiguiente, una vez perfeccionado el acuerdo, no cabe que las partes pretendan su modificación. En caso contrario, la transacción sería un nuevo manantial de pleitos<sup>158</sup>.

Como apuntábamos, el legislador ha pretendido trasladar a la transacción un efecto que es propio de la sentencia, al existir una identidad de razón entre ambos, cual es el hecho de que se constituyen como el resultado de dos instituciones que pretenden la superación de contro-

Forni editore Bologna, 1967), fol. 69; ALEXANDER DE IMOLA: *Prima et secunda Super Codice*, MDXXXV, fol. 29v; CONNANI, Francisci: *Commentariorum Iuris civilis*, tomus prior, quinque libros completens, libro V, cap. VI & VII, Parisiis, MDLIII, ob. cit., fol. 354 C; CASTRO, Paulus de: *In primam Codicis partem*, Lugduni, MDLIII, fol. 65; ALBERICUS DE ROSATE: *In primam Codicis partem commentarii*, Venetiis MDLXXXVI (edición anastática en Opera Iuridica Rariora, selecta cura et studio Dominici Maffei, Ennii Cortese e Guidonis Rossi, Arnoldo Forni editore), fol. 85v y FACHINEUS, Andrea: *Controversiarum Iuris civilis libri novem*, pars prima, ex officina Typographica Davidis Sartorii, Ingolstadii, 1595, fol. 266 C.

<sup>156</sup> En Derecho romano, existían numerosos textos que mostraban la proximidad entre la transacción y la *res iudicata*. Así, por ejemplo: C. 3, 36, 1; C. 2, 5, 1; C. 4, 29, 21; c. 1, 53, 1, 4; C. 4, 21, 17, 1; c. 6, 58, 15, 5. Véase en PETERLONGO, Maria Emilia: *La transazione nel diritto romano*, ob. cit., pág. 263. También ALCIATUS, Andrea: *Opera omnia in quatuor tomos legitime Digesta*, Francofurti, MDCXVII, ob. cit., fol. 285, núm. 1 a 5, lex XX, quien se pronuncia respecto de la equiparación aludida así como de las diferencias entre la transacción y la sentencia en el sentido siguiente: «*Par igitur est sententiae, transactionisque auctoritas; utrumque, enim observandum est, fuit sententia iudicis praecipuum, fuit transactione promissum. (...) In hoc tamen differunt quod sententia propter iuris publici observantia iure civili firmior est: transactio propter verum partium consensum iure naturali magis subnititur*».

<sup>157</sup> Esta argumentación se encuentra en BERTOLINI, Cesare: *Della transazione secondo il diritto romano*, ob. cit., pág. 324.

<sup>158</sup> GARCÍA GOYENA, Florencio: *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, Tomo IV, ob. cit., pág. 135.

versias. En consonancia con dicha finalidad, parece coherente que, en aras de la seguridad jurídica, tanto el resultado de una resolución judicial firme como el del contrato celebrado por los sujetos de una controversia comporte la imposibilidad de volver sobre la cuestión que ha sido resuelta, porque de lo contrario, ambos institutos perderían toda su virtualidad.

Hasta aquí parece coherente que una y otra produzcan los mismos efectos. Sin embargo, pese a esta identidad de razón en cuanto al efecto previsto por el ordenamiento jurídico para el contrato de transacción y la sentencia, no hay duda alguna de que la naturaleza jurídica de uno y otra es totalmente dispar.

Por ello, cabe preguntarse si el mismo efecto que parece desprenderse de la disposición recogida en el artículo 1.816 del Código civil es necesario, en los términos anteriormente señalados, o, en cambio, la eficacia contractual de la transacción hubiera sido suficiente para la obtención de este mismo efecto. En otras palabras, nos preguntamos si es absolutamente imprescindible que el ordenamiento jurídico señale este específico efecto, propio de la sentencia, cual es la autoridad de la cosa juzgada para, con su previsión, impedir la revisión del acuerdo que puso fin a la controversia existente, o, sencillamente, en virtud, precisamente, del convenio entre las partes, esta consecuencia se obtendría de igual modo.

De acuerdo con el artículo 1.091 del Código civil, «Las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, y deben cumplirse a tenor de los mismos». En consonancia con este precepto, todos los contratos tienen fuerza imperativa y, por tanto, las partes contratantes están compelidas al cumplimiento de aquello a que se obligaron. En la transacción, las obligaciones recíprocas fijadas por las partes responden a un motivo concreto, cual es el de poner fin a una controversia, reflejada en la voluntad de evitar un pleito o poner fin a uno comenzado<sup>159</sup>. Por razón de este objetivo específico, intrínseco a la transacción, podría decirse que este contrato tiene un *plus* respecto de los demás contratos en los cuales el motivo para el cual se obligan es totalmente irrelevante para el Derecho. Por el contrario, en la transacción, la finalidad perseguida por las partes constituye el motor funda-

<sup>159</sup> Imprescindible es distinguir entre la causa del contrato y el motivo que lo origina. Consideramos que la causa en la transacción es la pretensión de la finalización de una controversia para, con ello, evitar el tener que ir a juicio o poner fin al que ya ha comenzado y no sólo la consideración de la causa de las recíprocas prestaciones en las cuales la causa de una es la expectativa de la otra, en los términos del artículo 1.274 del Código civil.

mental por el cual la rueda de los tratos previos para alcanzar el acuerdo definitivo empieza a girar. Siendo ello así, el contrato de transacción se perfecciona para alcanzar el objetivo que las partes se han propuesto. Por consiguiente, cualquier acto ejecutado por una de las partes dirigido a tratar nuevamente la situación controvertida podría ser atacado por la contraparte, alegando la existencia del contrato de transacción suscrito, en principio, voluntariamente, por las partes. El contrato de transacción únicamente podrá ser atacado para solicitar su anulación o su rescisión si se descubrieren nuevos documentos<sup>160</sup>, existiendo mala fe de una de las partes, de conformidad con el artículo 1.818 del Código civil, *a sensu contrario*<sup>161</sup>. Con esta argumentación pretendemos poner de manifiesto que la sola fuerza contractual derivada de la transacción del artículo 1.809 del Código civil es suficiente para la vinculación de las partes a su cumplimiento, sin que fuera, pues, necesaria la inclusión de una norma que otorgara unos efectos ya previstos.

Las partes podrán modificar el acuerdo tomado si, de mutuo acuerdo, deciden obligarse a algo distinto a aquello inicialmente pactado, pero, en este caso, ello no comportará un nuevo contrato de transacción sino una modificación del convenio inicialmente acordado. Las partes alterarán las prestaciones que, en su momento, fijaron, pero dado que lo harán con base en aquello que ya convinieron debemos entender que no

<sup>160</sup> Los autores pertenecientes al Derecho intermedio interpretan el pasaje del Código de Justiniano, C. 2, 4, 19 en el que se trata de los instrumentos sustraídos por una de las partes en perjuicio de la otra para alcanzar un acuerdo que le es más favorable.

De entre los glosadores destaca AZO PORTIUS: *Ad singulas Leges XII Librorum Codicis Iustinianeí, Commentarius*, Parisiis, MDLXXVII en *Lectura Super Codicem, Augustae Taurinorum*, edición anastática, MCMLXVI, ob. cit., 84. Por su parte, los comentaristas CYNUS: *In Codicem*, et aliquot titulos primi Pandectorum tomi, id est, Digesti veteris, ob. cit., fol. 64 v. y BARTOLUS A SAXOFERRATO: *Prima Super Codice*, Inest huic volumini, ob. cit., fol. 66. Durante el siglo XVI, destacan, entre otros, BUTRIGARIUS, Jacobus: *Lectura Super Codice*, Parisiis, 1516 (edición anastática 1973), ob. cit., fol. 57; BRUNNEMANNIUS: *Comentarius in Codicem Iustinianum*, tomus primus, ob. cit., fol. 98; ODOFREDUS DE DENARIS: *Iuris utriusque peritissimi dicaerchi*, in primam Codicis partem complectentem (...), Lugduni, MDLII (edición anastática, *Lectura Super Codice*, I, 1968), ob. cit., fol. 74v; PETRUS DE BELLAPERTHICA (Jacobus de Ravanis): *Super prima parte Codicis*, (edición anastática, *Lectura Super Codice*, 1967), ob. cit., fol. 68v; ALEXANDER DE IMOLA: *Prima et secunda Super Codice*, ob. cit., fol. 28v; CONNANI, Francisci: *Commentariorum Iuris civilis*, tomus prior, quinque libros complectens, libro V, ob. cit., fol. 354 F; CASTRO, Paulus de: *In primam Codicis partem*, ob. cit., fol. 64v.; ALBERICUS DE ROSATE: *In primam Codicis partem commentarii*, Venetiis MDLXXXVI (edición anastática), ob. cit., fol. 85v. y CURTIUS, Franciscus: *In rubrica C. de transactio*, in *Repetitionum seu commentariorum Iuris civilis, Volumen septimum*, Lugduni, MDLIII, fol. 239 a 240.

<sup>161</sup> Aplicable para la transacción extrajudicial, es decir, aquella transacción celebrada bien sea con anterioridad a un proceso, bien sea una vez iniciado pero al margen de éste, sin que el Juez la tome en consideración y dicte la resolución pertinente.

se trata de pretensiones encontradas y que, por consiguiente, provocarán renunciaciones mutuas para ambas partes sino, pura y simplemente, de una modificación del pacto inicial <sup>162</sup>.

En consecuencia, la obligatoriedad que se deriva del cumplimiento de las prestaciones de todo contrato, de acuerdo con el artículo 1.091 del Código civil, debería ser suficiente para determinar el cumplimiento de las obligaciones a las que las partes se comprometieron y para impedir posibles revisiones futuras de acuerdo realizado, las cuales romperían con la finalidad misma del contrato.

Sin embargo, el ordenamiento jurídico ha considerado oportuno garantizar la efectividad de la función específica del contrato de transacción, esto es, la evitación o finalización de un pleito mediante la auto-composición de la controversia nacida, a través de la disposición de una norma jurídica por la cual se disuade a las partes de replantear la cuestión que ya ha dejado de ser controvertida <sup>163</sup>, que no es otra que la regulada en el artículo 1.816 del Código civil.

Pero, pese a la intención encomiable del legislador, al pretender garantizar la función específica de este contrato merced a este precepto, la terminología empleada no ha sido, quizás, la más adecuada puesto que se han utilizado los mismos términos que la ciencia procesal prevé para un efecto propio de la sentencia, institución de distinta naturaleza de la del contrato de transacción. En efecto, se declara que la transacción tiene la autoridad de la cosa juzgada cuando, precisamente, es un contrato que se dirige a la evitación de un pleito o a poner fin al que ha comenzado y, por consiguiente, nada se ha juzgado <sup>164</sup>. Lo que ha ocurrido es que, con la expresión «cosa juzgada», la ley ha utilizado una **metáfora** <sup>165</sup> de tal modo que ha aplicado a la transacción el efecto pro-

<sup>162</sup> La novación de la transacción es un nuevo contrato que suele venir motivado por haberse hallado algún motivo de rescisión de la transacción anterior.

<sup>163</sup> En este sentido, LUNA SERRANO, Agustín: «La ineficacia de la transacción», en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, Tomo XXIII, Editorial Revista de Derecho Privado, págs. 145 y 146.

<sup>164</sup> SERRA DOMÍNGUEZ: «Comentario al artículo 1.252 del Código civil» en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dirigidos por Manuel ALBALADEJO, Tomo XVI, Vol. 2.º, Madrid, 1981, págs. 656.

<sup>165</sup> Los autores que han calificado la expresión «cosa juzgada» como una metáfora son, a título de ejemplo, los siguientes: SANAHUJA, J. M.º: «Consideraciones sobre la naturaleza del contrato de transacción y principales cuestiones que plantea», en *Revista de Derecho Privado*, Tomo XXIX, enero-diciembre 1945, pág. 238; GÓMEZ ORBANEJA, Emilio y HERCE QUEMADA, Vicente: *Derecho procesal civil*, Volumen primero, Parte general, El proceso declarativo ordinario por Gómez Orbaneja, Emilio, ob. cit., pág. 410 y ALBALADEJO, Manuel: *Derecho Civil*, II, «Derecho de obligaciones», ob. cit., Barcelona, 1994.

pio de la sentencia en atención, precisamente, a las consecuencias idénticas que se persiguen en uno y otra, esto es, que alcanzada la resolución definitiva (contrato de transacción o sentencia), no se pueda volver a tratar del fondo de la cuestión, en aras de la seguridad jurídica <sup>166</sup>.

No obstante, pese a la finalidad última común de la transacción y la sentencia, la aplicación de la expresión «cosa juzgada» parece poco apropiada para el instituto de la transacción habida cuenta que, precisamente, este negocio se realiza para evitar que la autoridad competente juzgue el objeto litigioso. En este sentido, tal vez habría sido más acertado el empleo de otra expresión que no tuviera las connotaciones de judicialidad que se predicán de la que se halla incluida en el artículo 1.816 del Código civil, para la transacción <sup>167</sup>, y que hiciera referencia a la sumisión de las partes.

Apropiada o no, ésta es la expresión que el ordenamiento adopta para indicar la invariabilidad de la situación jurídica derivada del acuerdo adoptado por las partes en atención a la finalidad que persiguen que consiste en la superación de la controversia <sup>168</sup>.

En este sentido, la celebración de una transacción no responde más que a la voluntad de las partes de que la situación jurídica incierta por causa de una controversia resulte indiscutible para ellas, una vez celebrado el negocio, del mismo modo que el justiciable acude a los Tribunales para que le garanticen la indiscutibilidad de un derecho, más que para que le concedan un derecho que sabe que posee <sup>169</sup>. En atención a la finalidad que pretenden, es de recibo el otorgar la mayor eficacia al acuerdo de transacción previsto en el ordenamiento jurídico.

<sup>166</sup> El principio de intangibilidad de las sentencias integra, en conexión con el principio de seguridad jurídica, el contenido de la tutela judicial de modo que se asegura a los que son o han sido parte en el proceso que las resoluciones judiciales no puedan ser alteradas. STC de 20 de diciembre de 1993 (RTC 380/1993).

<sup>167</sup> El error en la aplicación de la expresión «cosa juzgada» a la transacción se expone de manera taxativa en el trabajo de MONTERO AROCA, Juan: «La cosa juzgada: conceptos generales» en *Cuadernos de Derecho Judicial*, Efectos jurídicos del proceso (Cosa Juzgada. Costas e intereses. Impugnaciones y jura de cuentas), dirigidos por Juan Montero Aroca, Madrid, septiembre 1995, págs. 88 y 89.

<sup>168</sup> De ahí que, tal vez, sea más apropiado afirmar que el efecto de la transacción es equiparable al efecto de la cosa juzgada. Así, MENOCHIUS, Iacobus: *Observationum legalium et iuridicarum*, Mediolanei, MDCXVII, conf. 156, n. 35, pág. 363: «*Transactio aequiparatur rei iudicatae*».

<sup>169</sup> Así lo estima SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel: «Comentario al art. 1.252 del Código civil» en *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por Manuel ALBALADEJO, t. XVI, vol. 2, ob. cit., pág. 651.

Así, terminada la controversia mediante la celebración de una transacción, la cuestión litigiosa no podrá ser tratada nuevamente<sup>170</sup>. La autoridad de la «cosa juzgada» como efecto de la transacción se configura como el cierre a ulteriores análisis de la controversia suscitada<sup>171</sup>.

A modo de conclusión, cabría manifestar que «cosa juzgada» es una expresión impropia. No hay juicio, no hay cosa juzgada en la transacción, sino cosa acordada. Mediante la transacción se elude el que se tenga que decir cuál de las partes tiene razón. En este sentido, no pueden hacerse valoraciones acerca de quién tenía más o menos razón<sup>172</sup>. Las atribuciones o concesiones de cada una de las partes no pueden considerarse como el resultado de considerar cuál de las partes tenía más o menos razón. Mediante la transacción, las partes llegan a la cosa acordada para dejar la cuestión controvertida imprejuzgada<sup>173</sup>.

Habiendo delimitado el ámbito en el cual la transacción desplegaría su eficacia en toda su amplitud, es el momento de dedicar nuestro estu-

<sup>170</sup> Entendemos que la imposibilidad de volver sobre la cuestión litigiosa quedará supe-  
ditada a la concurrencia de los mismos requisitos se establecían en el actualmente derogado  
artículo 1.252 del Código civil, relativo a la eficacia de la presunción de la cosa juzgada. Al  
respecto, deberán existir una identidad entre las cosas, las causas, las personas y la calidad  
en que lo fueron. No obstante, la transacción en cuanto que contrato es susceptible de  
impugnación si hubiere causa como para ello, a diferencia de la sentencia firme, salvo la  
transacción judicial pero incluso ésta queda sometida al principio de relatividad contractual  
y no puede constituir jurisprudencia o precedente.

<sup>171</sup> La transacción extrajudicial difiere de la sentencia en cuanto a la impugnabilidad, la  
posible resolución por incumplimiento, la modificación y el mutuo disenso que puede pro-  
ducirse en el contrato pactado para la resolución de controversias.

<sup>172</sup> Que el acuerdo comporte que una de las partes entregue una cantidad de dinero  
inferior al precio de mercado del bien sobre el que recae la controversia y que a la postre  
retiene la otra parte, no tiene que interpretarse en el sentido de que aquella tenía más razón  
que la otra. Y viceversa. En realidad, las prestaciones son el resultado de la concepción que  
cada una de las partes tiene respecto de sus respectivas pretensiones, con la finalidad de dar  
por terminada la controversia, sin entrar a juzgar cuál de ellas era, con base a Derecho, títu-  
lar del derecho discutido.

<sup>173</sup> El ámbito de la transacción abarca, pues, desde la controversia hasta el momento en  
que la cuestión es cierta para ambas partes, lo que ocurre con el efecto de la cosa juzgada en  
los términos expuestos. No obstante lo anterior, debemos tener en cuenta que la transacción  
también cabe una vez la sentencia es firme y se halla en fase de ejecución. Así parece enten-  
derse del artículo 557, 1, 6.º, de la Ley de Enjuiciamiento civil, en el cual se prevén los  
supuestos en que cabe la oposición del ejecutado, cuando se funde en alguna de las causas  
que en dicho precepto se establecen, entre las cuales se halla la transacción, siempre que  
conste en documento público. En efecto, incluso una vez recaída la sentencia y siendo ésta  
firme, bien pudiera suceder que surgiera una nueva controversia respecto de algunos de los  
extremos previstos en la resolución y que, por tanto, las partes pretendieran su terminación  
mediante la celebración de la transacción. Así, puesto que la transacción puede tener lugar  
incluso en fase de ejecución, podría considerarse que el ámbito del contrato objeto de estu-  
dio alcanza, más que a la cosa juzgada, a la «cosa ejecutada», pues únicamente cuando la  
sentencia haya sido objeto de ejecución, no podría volverse sobre la cuestión controvertida.

dio al análisis pormenorizado de este negocio jurídico, con la finalidad de determinar cuál es la naturaleza jurídica de este particular medio que las partes pueden emplear para resolver un conflicto en los términos que acabamos de señalar, desde su consideración como contrato hasta su apreciación de negocio declarativo, dispositivo, constitutivo o traslativo según el efecto que los acuerdos adoptados por las partes producen. Para ello, hemos comenzado por analizar la naturaleza contractual de la transacción regulada en los artículos 1.809 y siguientes del Código civil, deteniéndonos en cada uno de los caracteres que permiten individualizarla. En este mismo capítulo, trataremos también de la naturaleza de la transacción que, una vez acordada por las partes, es homologada por el juez. El objetivo no es otro que tratar de determinar si la resolución judicial que el juez dicta aprobando la transacción proporciona a la transacción una consideración distinta a la que ostenta sencillamente como negocio de superación de conflictos intersubjetivos.

## La naturaleza jurídica y los caracteres de la transacción

### A. LA NATURALEZA CONTRACTUAL DE LA TRANSACCIÓN

La literalidad del concepto de transacción enunciado en el artículo 1.809 del Código civil no parece admitir discusión alguna respecto a la consideración de contrato del negocio jurídico que las partes celebran con la finalidad concreta prevista en dicho precepto, como sucede con casi todos los contratos regulados en el Código civil<sup>1</sup>. Por ende, la ubicación sistemática de los preceptos relativos a la transacción en el Libro IV, en sede de contratos, del Código civil confirmarían esta postura.

Sin embargo, y puesto que la denominación legal podría no concordar con la verdadera naturaleza del instituto, consideramos oportuno destacar que la justificación de tal calificación cabría encontrarla en los precedentes legislativos mediatos a la promulgación de nuestro Código civil. Así, el *Codice civile* promulgado en 1865, del cual el legislador español tomó, casi literalmente, la redacción de nuestro artículo 1.809, establece la noción de transacción en su artículo 1.764 del siguiente modo: «*La transazione è il contratto...*»<sup>2</sup>. A su vez, el legislador italiano

<sup>1</sup> En prácticamente todos los contratos regulados en el Código civil, el concepto previsto, habitualmente, en el primero de los artículos, define expresamente el instituto como un contrato. Así, a título de ejemplo, el artículo 1538 dispone que «La permuta es un contrato ...»; el artículo 1665 establece que «La sociedad es un contrato ...»; el artículo 1.802 se refiere al «contrato aleatorio de renta vitalicia ...». Respecto a otros, el legislador ha utilizado distintas fórmulas para indicar este carácter contractual. Así, los artículos 1.446, 1.709 y 1.740 del Código civil utilizan la expresión «Por el contrato de ...» para establecer el contenido de la compraventa, del mandato y del préstamo respectivamente. O, también, el legislador se refiere a aspectos concretos de algunos de ellos para indicar que se trata de un contrato, como sucede en el artículo 1.760 «El depósito es un contrato gratuito, salvo pacto en contrario» y el artículo 1.857, ambos del Código civil.

<sup>2</sup> El *Codice civile* de 1942 redujo ostensiblemente las normas relativas a la transacción, en comparación con aquellas que preveía el derogado Código de 1865, habida cuenta que se

de 1865 importó, en parte, la redacción de la norma homóloga prevista en el *Code Napoléon*, cuyo artículo 2.044 califica la transacción como un contrato («*La transaction est un contrat ...*»). Con ello, el codificador de finales del XIX deja de lado la consideración de la transacción como una convención<sup>3</sup>, prevista en las distintas propuestas codificadoras que se sucedieron a lo largo de dicho siglo y adopta la opción recogida en el *Codice civile* de 1865, que acabamos de mencionar.

No obstante, con independencia de la calificación otorgada por el legislador del XIX al acuerdo realizado por las partes para evitar o poner fin a un pleito; al margen de la ubicación sistemática de las normas reguladores de este instituto en el Libro IV del Código civil, bajo la rúbrica «De las obligaciones y los contratos», así como de los precedentes legislativos del artículo 1.809 del Código civil, lo cierto es que la específica configuración de este negocio jurídico requiere de un análisis más detallado acerca de su naturaleza jurídica. Y ello es así en atención, principalmente, a las prestaciones de las partes legalmente establecidas. En este sentido, el artículo 1.809 del Código civil establece que «La transacción es un contrato por el cual las partes dando, prometiendo o reteniendo cada una alguna cosa (...)».

La fórmula empleada por el legislador en este precepto, estableciendo las prestaciones que las partes deben realizar («dando, prometiendo o reteniendo cada una alguna cosa») para que pueda considerarse que el negocio jurídico realizado es una transacción, difiere notablemente de la

---

produjo una reafirmación de la naturaleza contractual de este instituto que hizo emerger de forma manifiesta la inutilidad y la poca oportunidad de la repetición de los principios dictados por el legislador en la parte general de los contratos. Así lo aprecia PUGLIATTI, S.: *Della transazione*, ob. cit., pág. 448.

<sup>3</sup> Así, el Proyecto de Código civil de 1836, en concreto, en el artículo 1.635, la transacción se concebía como un «... convenio por el cual dos o más personas arreglan un negocio dudoso, a fin de evitar el litigio que pudiera promoverse entre ellas, o terminar el que ya está pendiente». LASSO GAITE, Juan Francisco: *Crónica de la Codificación española*, ob. cit., pág. 257.

Poco después, el Proyecto de Código civil isabelino de 1851, en su artículo 1.713, también definía la transacción como el «Convenio no gratuito sobre cosas dudosas que puede hacerse antes o después de haberse movido pleito sobre ellas». Al respecto, véase, GARCÍA GOYENA, Florencio: *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, tomo IV, ob. cit., pág. 128. No obstante lo anterior, en los comentarios relativos a la transacción en el Proyecto de Código Civil de 1851, GARCÍA GOYENA emplea el término «convención» como sinónimo de contrato, como así se desprende del artículo 1.727 del Proyecto citado. A propósito de este precepto, según la cual se ordena la sujeción de la transacción a lo dispuesto en la norma relativa a la impugnación por error, dolo, violencia o falsedad de documentos, GARCÍA GOYENA señala que «la transacción es un contrato ó convención; ¿á qué poner en ella artículos especiales para lo que puede resolverse por las reglas generales?». GARCÍA GOYENA, Florencio: *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, tomo IV, ob. cit., pág. 135.

utilizada en los artículos correspondientes a los contratos regulados en el Libro IV del Código civil, a título de ejemplo, el artículo 1.445 del Código civil, el artículo 1.543 y 1.544 del Código civil, o con los demás contratos previstos en este Libro cuarto<sup>4</sup>.

Por consiguiente, se ha considerado procedente realizar una revisión de la naturaleza jurídica de este negocio jurídico, al objeto de determinar si, ciertamente, la transacción es un contrato, coincidiendo con el tenor literal del artículo 1.809 del Código civil.

Para que el negocio jurídico celebrado entre dos o más personas pueda ser calificado como contrato precisa que aquél se circunscriba a las prescripciones legales que definen el negocio jurídico bilateral por excelencia. Trasladando esta premisa al caso concreto de la transacción, la consideración de esta figura como contrato quedará condicionada al hecho de que su estructura negocial se ajuste a la regulación del contrato en general, habida cuenta de la inexistencia de una definición legal.

Esta falta de una definición legal de lo que debe entenderse por contrato supone que su concepto deba extraerse de la conjunción de cuatro preceptos del Código civil. En primer lugar, el artículo 1.089 del Código civil que incluye este negocio jurídico entre las fuentes de las obligacio-

---

<sup>4</sup> Así, según el artículo 1.538 del Código civil, «la permuta es un contrato por el cual cada uno de los contratantes se obliga a dar una cosa para recibir otra». Por su parte, el contrato de sociedad se establece en el artículo 1.665 del Código civil: «La sociedad es un contrato por el cual dos o más personas se obligan a poner en común dinero, bienes o industria, con ánimo de partir entre sí las ganancias». Más adelante, el artículo 1.709 del Código civil reza que «Por el contrato de mandato se obliga una persona a prestar algún servicio o hacer alguna cosa, por cuenta o encargo de otra». En el artículo 1.790, «Por el contrato aleatorio, una de las partes, o ambas recíprocamente, se obligan a dar o hacer alguna cosa en equivalencia de lo que la otra ha de dar o hacer para el caso de un acontecimiento incierto, o que ha de ocurrir en tiempo determinado». «El contrato aleatorio de renta vitalicia obliga al deudor a pagar una pensión o rédito anual durante la vida de una o más personas determinadas por un capital en bienes muebles o inmuebles, cuyo dominio se le transfiere desde luego con la carga de la pensión», señala el artículo 1.802. Por su parte, el artículo 1.822 dispone que «Por la fianza se obliga uno a pagar o cumplir por un tercero, en el caso de no hacerlo éste». Supuesto diferente lo constituyen los preceptos relativos a las normas indicadoras de las prestaciones de las partes en los contratos de préstamo y comodato, el depósito y los de prenda, hipoteca y anticresis, por cuanto que como en la transacción tampoco contienen la fórmula legal de los citados en los cuales se establecen las obligaciones de las partes. Sin embargo, dentro de este último grupo, cabe destacar, a su vez, aquellos contratos en los que sus obligaciones se hallan referidas no en el precepto relativo a su naturaleza sino en artículos sucesivos, bajo la rúbrica pertinente de una sección concreta. Es el caso de los contratos de préstamo, comodato y depósito. Mención aparte merece también el censo, previsto en los artículos 1.604 y siguientes, habida cuenta de que se encuentra ubicado sistemáticamente en el libro correspondiente a las obligaciones y contratos cuando de hecho es un derecho real inmobiliario que consiste en el poder que se otorga a su titular de exigir una prestación periódica del propietario del bien sujeto al gravamen.

nes; en segundo lugar, el artículo 1.091, según la cual, «las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes y deben cumplirse a tenor de los mismos», el artículo 1.254 y el 1.261 de este mismo cuerpo legal.

La concurrencia de los tres elementos imprescindibles fijados en la norma del artículo 1.261 del Código civil determina la existencia de todo contrato y, en concreto, de la transacción.

Con carácter previo conviene analizar en qué consiste la transacción, desgranando su contenido contractual.

### 1. ANÁLISIS DEL CONTENIDO CONTRACTUAL: LA EXPRESIÓN «DANDO, PROMETIENDO O RETENIENDO CADA UNA ALGUNA COSA» DEL ARTÍCULO 1.809 DEL CÓDIGO CIVIL

La justificación de la existencia de esta expresión en el texto legal se sitúa en los precedentes históricos del instituto de la transacción. Por lo que al artículo 1.809 del Código civil se refiere, el codificador de finales del siglo XIX adoptó la fórmula legal recogida en el artículo 1.764 del *Codice civile* de 1.865<sup>5</sup>, transcribiendo casi literalmente cada una de las palabras recogidas en dicho precepto del cuerpo italiano, actualmente derogado. De este modo, el artículo 1.809 del Código civil de 1889 acoge por la vía del *Codice civile* de 1.865<sup>6</sup> la construcción romana prevista en el Código de Justiniano C. 2, 4, 38:

<sup>5</sup> Que el artículo 1.809 del Código civil coincide, prácticamente, en su integridad con el artículo 1.764 del *Codice civile* de 1865 se desprende de la obra de LASSO GAITE, Juan Francisco: *Crónica de la codificación española*, 4, Codificación civil, Volumen II, ob. cit.

Excepto el artículo 1.809 y el 1.818 del Código civil que se construyeron sobre la base de preceptos extraídos del *Codice civile* de 1865, todos los demás hallan su fundamento en los artículos correspondientes del Proyecto de Código civil de 1851. Así, el artículo 1.810 previo a la actual redacción conforme a la Ley 11/1981, de 13 de mayo, se fundamentó sobre el artículo 1.715 del Proyecto de Código civil de 1851; el 1.812 del Código vigente, en el 1.718 del Proyecto de 1851; el artículo 1.813, en el 1.719 del Proyecto; el 1.814, en los artículos 1.720 y 1.721 del Proyecto de Código civil de 1.851; el 1.815 del Código civil vigente, en el artículo 1.725 del Proyecto; el 1.816, en el 1.726 del Proyecto, con una no poco relevante adición; el artículo 1.817, se basó en el artículo 1.727 del Proyecto y, por último, el artículo 1.819, en el artículo 1.729 del Proyecto de Código civil de 1.851.

<sup>6</sup> Para este supuesto, el codificador español de finales del Siglo XIX parece ser que consideró más oportuno adoptar la formulación prevista en el *Codice civile* italiano de 1865 en lugar de la recogida por el *Code Napoléon*. El precepto relativo al concepto de transacción, esto es, el artículo 2.044, la definió como «un contrat par lequel les parties terminent une contestation née, ou previennent une contestation à naître. (...)» sobre la configuración que del mismo efectuó

«*Transactio nullo dato vel retento seu promisso minime procedit*»<sup>7</sup>.

El motivo por el cual el legislador italiano incluyó esta expresión que provenía del Código de Justiniano reside en la falta del requisito de las recíprocas concesiones, característico de la transacción, en el artículo 2.044 del *Code*, al que tomó como modelo. En otras palabras, el legislador italiano observó que en la norma del artículo 2.044 del *Code* no figuraba este elemento característico de la transacción y puesto que la propia doctrina y jurisprudencia francesas continuaban considerándolo como tal<sup>8</sup>, decidió incluir esta mención en el texto del artículo correspondien-

DOMAT. Para este autor, «*La transaction est une convention entre deux ou plusieurs personnes, qui, pour prévenir ou terminer un procès, reglent leur différend de gré à gré, de la manière dont ils conviennent; et que chacun d'eux préfere à l'espérance de gagner joint au peril de perdre*». DOMAT, Jean: *Les Lois civiles dans leur ordre naturel*, Tome premier, ob. cit., pág. 213. De conformidad con esta definición, diversos son los modos de transigir. Para DOMAT, la transacción termina o previene el proceso de formas distintas según sea la naturaleza de las distintas convenciones que le ponen fin. Así, aquel que tiene cualquier pretensión puede optar por librarse de ella mediante una transacción, obteniendo una parte o incluso la totalidad de la prestación. Así, aquel a quien se reclama una cantidad de dinero, o paga o se obliga o se descarga en todo o en parte. DOMAT defiende que la ley del Código 2, 4, 38 en la que se establece el aforismo *Transactio nullo dato, vel retento, seu promisso minime procedit* no debe interpretarse al pie de la letra y, por tanto, se puede transigir sin dar, sin prometer ni tampoco retener nada; sin ninguna otra justificación por su parte.

La similitud existente entre la exposición de su teoría y la redacción del artículo 2.044 del *Code* pone de manifiesto la paternidad de DOMAT en la concepción de la institución de la transacción, acerca de la cual, coinciden, además, la mayoría de los autores exegeticos, resaltando, por ende, y casi con una cierta nostalgia, la ausencia de las formulaciones de Pothier sobre esta materia puesto que falleció sin haber realizado un estudio específico de este instituto, si bien lo trató en su obra relativa al estudio de la pandectística. Al respecto, véase, *Pandectae Justinianae in novum ordine Digestae*, Tomus secundus, Parisiis, ex Typis Doudey-Dupré, 1819, págs. 716 a 751. También se dice que POTHIER trató de la transacción en su *Traité de la vente*, pero que la ausencia de un estudio de su autoría respecto de la transacción privó a los redactores del *Code* de su guía. Así lo relata PONT, Paul: *Explication théorique et pratique du Code Napoléon contenant l'analyse critique des auteurs et de la Jurisprudence*, Tome neuvième, commentaire-traité des petits contrats, Tome second, cautionnement, transactions, contrainte par corps, nantissement, ob. cit., pág. 222.

<sup>7</sup> En KRUEGER, Paulus: *Corpus Iuris Civilis*, volumen secundum, *Codex Justinianus*, Weidmann, 1989, pág. 97 el texto consta del siguiente modo: «*Idem AA. et CC. Theodotiano. Transactio nullo dato vel retento seu promisso minime procedit. S. VIII k. Ian. Nicomediae CC. consss*».

<sup>8</sup> La mayoría de los comentaristas del *Code Napoléon* critican la ausencia en este precepto de la referencia a las concesiones recíprocas de las partes, como elemento diferenciador de la transacción en relación con otros medios de terminación de controversias. Así, junto a PONT, también DURANTON, Alexandre: *Curso di diritto civile secondo il codice francese, quarta edizione napoletana*, Volume IX, Stabilimento Tipografico Batelli, Napoli, 1855, página 119, n. 391 y 392; COLIN, Ambrosio y CAPITANT, Henri: *Curso elemental de Derecho Civil*, con notas sobre el Derecho Civil español por Demófilo de Buen, Tomo Cuarto, Contratos Usuales, Editorial Reus, S.A., Madrid, 1925, pág. 717 y LAURENT, François: *Principii di Diritto Civile*, Volume XXVIII, Società Editrice Libreria, Milano, pág. 252, n. 323. La dicción

te del Código civil italiano. Y para ello adoptó la expresión del «dando, prometiendo o reteniendo cada una alguna cosa», correspondiente al citado pasaje del Código de Justiniano C. 2, 4, 38.

Una vez se ha fijado el origen de la expresión, vamos a proceder a la interpretación individual de cada uno de los términos que la componen, puesto que con ello consideramos que quedará fijado el contenido de las prestaciones de las partes.

Siguiendo, pues, el orden establecido por la locución legal, a continuación se tratan los términos de la expresión del artículo 1.809 del Código civil.

---

literal del artículo 2.044 del *Code Napoléon* muestra una concepción de la transacción distinta de la prevista en nuestro ordenamiento jurídico y tratada hasta el momento, por cuanto que en aquél, el instituto se define, sencillamente, como una convención entre dos o más personas quienes para prevenir o terminar un proceso, arreglan sus diferencias de la forma que ellos pactan y que cada uno de ellos prefiere con la esperanza de ganar, junto al peligro de perder. Esta otra postura centra su punto de atención en la finalidad de las partes, esto es, el poder evitar un proceso o poner fin al que ya ha comenzado para lo cual las partes están habilitadas para realizar cualquier tipo de pacto con tal de alcanzar este objetivo. Por consiguiente, cualquier pacto que comporte como resultado el fin del proceso o su evitación se podrá calificar como transacción. Según esta teoría, desde el momento en que existe entre dos o más sujetos una controversia que puede provocar el que las partes decidan llevarla a juicio o, también, que el juicio ya se haya iniciado, todo acuerdo tendente a la solución del conflicto surgido se concebirá como una transacción. De conformidad con esta postura, la transacción puede revestir la forma de diversidad de negocios jurídicos, bilaterales o no. La calificación como transacción viene otorgada por la finalidad que pretenden las partes: el evitar o poner fin un juicio consecuente de la controversia nacida entre ellas. De este modo, la transacción podría configurarse, a título de ejemplo, como una dación en pago o como una remisión del débito o, incluso, como un desistimiento, entre otros casos.

Del texto de la norma del artículo 2.044 del *Code* cabe resaltar, por tanto, la ausencia del requisito de las recíprocas concesiones. Para DOMAT, como ya hemos indicado, la transacción es el medio que tienen las partes de evitar que nazca o de poner fin a un juicio. La relevancia que se otorga al objetivo que las partes pretenden es tal que el vehículo a través del cual el objetivo se puede alcanzar es irrelevante. El acento se coloca únicamente en la finalidad que las partes desean obtener y, por ello, cualquier modo que sirva para la consecución de la meta perseguida es considerado como transacción. Pero, pese a esta concepción legal del instituto de la transacción en el Código civil, la doctrina y la jurisprudencia han prescindido de dicha configuración, retomando la dirección histórica de la transacción. Así, por un lado, los exégetas coinciden en afirmar la necesidad de la exigencia del requisito de las recíprocas concesiones para considerar que el contrato llevado a término por las partes es una transacción, en consonancia con los precedentes históricos de la institución, criticando abiertamente la innovadora concepción de DOMAT, trasladada al texto legal, y echando en falta el estudio sobre la materia del gran inspirador del *Code* que fue POTHIER. Por otro lado, la jurisprudencia francesa es reiterada en la afirmación de la exigencia de los mutuos sacrificios como elemento esencial de la transacción.

## a) Dando

El «dar» alguna cosa, cuando se hace referencia al tipo de obligación, por razón del objeto, contenida en el artículo 1.089 del Código civil, equivale a una entrega. Ello debe entenderse de este modo en correspondencia con el artículo 1.157 del Código civil, según el cual, la deuda no se entiende saldada «sino cuando se hubiese entregado la cosa» o, también, de acuerdo con el artículo 1.462 de este mismo cuerpo legal, según el cual «se entenderá entregada la cosa vendida cuando se ponga en poder y posesión del comprador».

Así, en líneas generales, la entrega debe entenderse como un traspaso posesorio. Desde esta perspectiva, el *dare* tiene un valor puramente instrumental. Sin embargo, la prestación de dar tiene un significado y un alcance distintos según la función que con este cambio se pretenda alcanzar. Cuando lo que se pretende es transmitir la propiedad o un derecho real, el *dare* ostenta una función traslativa. Además, esta entrega representa el modo, como requisito necesario para que se produzca la adquisición del derecho real del cual se trate, con la concurrencia del título pertinente, de conformidad con la teoría del título y el modo que rige en nuestro ordenamiento.

Por otra parte, si lo que se pretende es la entrega de la cosa, sin la transmisión de un derecho real sobre ella, con la finalidad de que la persona que la reciba pueda recuperarla en los términos fijados en el convenio, el *dare* tendría una función restitutoria<sup>9</sup>. Podría decirse que la entrega es restitutoria en aquellos contratos en los cuales una de las partes debe retornar el bien que la otra, en su momento, le entregó a los fines pactados en el convenio. Sería el caso del comodato o el depósito. La entrega no es restitutoria cuando ésta es necesaria para que una de las partes pueda ejercitar los derechos que le corresponden en virtud del contrato celebrado, como sería el supuesto de la entrega correspondiente al contrato de arrendamiento.

---

<sup>9</sup> Para DIEZ-PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS, la prestación de entrega que no consiste en una transmisión o constitución de un derecho real tiene una función restitutoria. DIEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN, Luis y GULLÓN BALLESTEROS, Antonio: Sistema de Derecho civil, Volumen II, ob. cit., pág. 134.

Consideramos que, junto a esta función propia de determinados contratos como el depósito o el comodato, hay otros contratos en los cuales la entrega de la cosa es necesaria para que el sujeto beneficiario de ella pueda hacer uso de ella, en principio, en los términos pactados, como sería el caso del arrendamiento, por el cual la entrega no se precisa para la constitución de ningún derecho real, pleno o limitado, sino que es un requisito para el uso y disfrute de la cosa en cuestión.

Una vez fijado el significado genérico (y actual) del término «dar»<sup>10</sup>, es preciso determinar cuál es el sentido que éste adopta en la expresión contenida en el artículo 1.809 del Código civil.

Al respecto, se ha considerado que el «dando» podría interpretarse en dos sentidos, uno subjetivo y otro objetivo, en función de que, respectivamente, el objeto del dando sea un objeto interno que coincida con el de la controversia, o, en cambio, incida en un objeto externo distinto al de la controversia.

Así, cuando el objeto de la transacción coincide con el de la controversia, de tal modo que las partes pactan que sea una de ellas la que ostente de forma definitiva la titularidad que se discutía (por ejemplo, cuando dos particulares discuten acerca de la titularidad de una misma finca respecto de la cual cada uno de ellos considera ser el propietario) o, también, que la acción que pretendía no la ejercitará (celebrado un contrato, una de las partes pretende su impugnación respecto de la cual está legitimado), desde la perspectiva del sujeto que a partir de la transacción no ostentará la titularidad o no ejercitará la acción que consideraba que le correspondía, él ha sido el que lo ha «dado» a la otra parte. Subjetivamente, él se consideraba titular del derecho discutido o, también, el legitimado a la interposición de la acción. Por consiguiente, desde su óptica, el acuerdo adoptado mediante la transacción se traduciría en que él ha dado alguna cosa que coincide con el objeto de la controversia jurídica.

Respecto de concesiones recíprocas sobre un objeto interno, habrá un «dando» cuando la situación de partida sea la detentación de la cosa o derecho por quien, después de la transacción, la entrega a la otra parte y habrá un «reteniendo» cuando la posesión, la detentación la tiene otro que como consecuencia del contrato de transacción, no la entrega a la otra parte sino que continua ostentándola. La distinción está en si el derecho discutido, tras la transacción, supone desplazamiento posesorio o de otro tipo del objeto de la controversia. Es, pues, una comparativa de un antes y un después de la transacción con respecto a la detentación del objeto de controversia.

De otra parte, si el acuerdo adoptado a través de la transacción prevé la entrega de otros bienes distintos al de la controversia como prestación

<sup>10</sup> En el caso de que la entrega de la cosa responda a la pretensión de las partes a que una de ellas se constituya como la titular del bien se suscita la cuestión relativa a la naturaleza jurídica del negocio jurídico transaccional. En este supuesto, este dar no es tanto una obligación sino una consecuencia del acuerdo alcanzado por las partes, por lo que podría entenderse que dicho acuerdo sería un negocio dispositivo.

de una o de ambas partes, en este caso, se habrá procedido a una entrega en sentido objetivo. La entrega ya no tendría el sentido subjetivo indicado respecto del acuerdo adoptado en relación con el objeto de la controversia. Aquí, objetivamente, el sujeto titular del bien procedería a la entrega a otro sujeto, «dando» el bien acordado. En este caso, esta entrega de un objeto externo, en cuanto que distinto a aquél sobre el cual recae la controversia, representaría un complemento para alcanzar el equilibrio entre los intereses de las distintas partes en la transacción con la finalidad de lograr el acuerdo que se pretende y, por consiguiente, la superación del litigio surgido en su día.

En suma, este término «dando» se podría interpretar en dos sentidos: de un lado, expresaría la apreciación subjetiva<sup>11</sup> de la parte que, como consecuencia de la transacción, se priva de una parte o de todo el bien objeto de la controversia o se abstiene de interponer la acción que él consideraba que le correspondía, habida cuenta que, en su fuero interno, el «dando» lo ha efectuado; y, de otro lado, como expresión de la entrega<sup>12</sup> de bienes distintos a los de la controversia que una de las partes en la transacción efectúa a la otra como medio para obtener su consentimiento y así alcanzar el convenio que suponga la terminación del litigio.

Sin embargo, el término «dando» referido a la transacción no debe interpretarse como la manifestación de la voluntad de las partes de pretender la transmisión de bienes y derechos en sí misma. Cuando las partes en la transacción acuerdan que una o ambas de sus prestaciones consistan en un dar<sup>13</sup>, éstas no están pensando ni en hacer propietario a la

<sup>11</sup> Sin embargo, pese a esta concepción subjetiva, lo cierto es que el presupuesto fáctico que ha dado lugar al negocio transaccional es una situación jurídica relativa a derechos inciertos como consecuencia de la controversia que se ha suscitado entre dos sujetos. Por consiguiente, en puridad, no podría decirse que ninguno de ellos ha «dado» la totalidad o una parte del bien a la otra, precisamente, porque su titularidad era dudosa.

<sup>12</sup> El vocablo «dando» de la expresión del artículo 1.809 del Código civil también ha sido interpretado como una donación y, por consiguiente, es un acto gravable por el impuesto correspondiente. Así, MENÉNDEZ HERNÁNDEZ, José: *El impuesto sobre las transmisiones patrimoniales*, ob. cit., pág. 322. Esta interpretación colisiona frontalmente con la naturaleza onerosa de la transacción. La transacción siempre es onerosa mientras que será donación cuando no haya causa transaccional.

<sup>13</sup> En Derecho romano, la *datio* significaba una adquisición de la propiedad. Se concebía por tanto como el resultado adquisitivo de una operación que constaba, de un lado, de un convenio anterior celebrado y, de otro, de la entrega de la cosa objeto del convenio, siendo el primero la justa causa de la segunda.

Las justas causas de la tradición eran típicas siendo válidas aquellas que derivaban de convenios como el *credere, solvere, emere, donare* y *dotem dare*. Por lo que a la *transactio* se refiere, las *dationes* de los que transigen son *dationes ob rem*. Las *dationes ob rem* eran concebidas como aquellas destinadas a la obtención de alguna cosa lícita del *accipiens*. Sin embargo, el adquirente no se obliga a hacer o dar nada porque no había contrato en los

otra (función traslativa) ni en entregarle el bien para el uso y disfrute en los términos acordados, ni tampoco como restitución de un compromiso previamente adoptado como finalidad última. En realidad, este «dando» es una contraprestación a la prestación de la otra parte. No es otra cosa que el equivalente de un *do ut des* o un *do ut facias* de los contratos innominados del Derecho romano. Esta entrega constituye, pues, la conducta efectuada por una de las partes a cambio de la prestación de la otra cuya finalidad es común: la clarificación de la situación incierta generada por la controversia surgida de la divergencia de posturas entre ambas.

Este «dando» se configura, por consiguiente, como la conducta que una o ambas partes ejecutan para poner fin a la controversia que pudiere existir entre ellas. Las partes en la transacción (salvo los casos de simulación y fraude de ley) no entregan una cosa como manifestación de una voluntad traslativa propiamente dicha, sino que esta entrega es un medio para alcanzar un concreto fin, cual es el terminar con el litigio existente. El «dando» es, en resumidas cuentas, uno de los medios para alcanzar el fin común de dar por finalizada la controversia de conformidad con la voluntad de las partes.

Este supuesto previsto en el artículo 1.809 del Código civil en el que la entrega se concibe en el marco de una operación negocial cuya finalidad no es la traslación de bienes no es el único del ordenamiento jurídico. El Código civil también prevé otros supuestos en los cuales hay una entrega que, como en la transacción, no responde a una función traslativa.

---

términos actuales, por lo que no cabría decir que fuese la contraprestación porque tampoco había acción para conseguirla. No obstante lo anterior, la causa para la retención de la propiedad recibida se hallaba en la realización de lo convenido ya que en el caso de que aquello que las partes habían convenido no se realizase, entonces, la retención quedaba sin causa procediendo la *condictio* recuperatoria de aquello que había sido inicialmente dado. De entre los distintos supuestos concebidos como *datationes ob rem* cabe destacar uno que ya por aquel entonces se realizaba para que el accipiente renunciara a una acción, supuesto éste trasladable a la estructura negocial de la transacción, como exteriorización de las prestaciones de las partes en aras de terminar con una controversia surgida. Dada una controversia, el acuerdo transaccional puede versar, entre otros muchos, en una renuncia de uno de los sujetos implicados en dicha controversia a la acción que considera que le corresponde, obteniendo como contrapartida alguna cosa. Respecto de esta cuestión, D'ORS, Álvaro: *Derecho privado romano*, ob. cit., núm. 394, pág. 451, relaciona algunos ejemplos de *datationes ob rem*. Debe resaltarse también que precisamente sobre la base de estas *datationes ob rem* referidas a convenios que consistían en cambiar (dar o hacer) una cosa por otra (*do ut des*, *do ut facias*, *facio ut des*, *facio ut facias*), la doctrina post-clásica construyó la categoría general de los contratos innominados, calificados de este modo puesto que su estructura no coincidía con los negocios contractuales tipificados por el Derecho clásico como tales. Estos contratos no obligaban por sí mismos pero sí que lo hacían desde el momento en que una de las partes cumpliera la convenido. Y entre dichos contratos innominados la doctrina incluía a la transacción.

va sino que se perfila como un medio para dar por terminada la controversia.

Así, a título de ejemplo, el artículo 402 del Código civil admite la posibilidad de la existencia de suplementos en metálico, en el supuesto de división de la cosa común verificada por árbitro o amigables componedores que deberán formar partes proporcionales al derecho de cada uno, si bien el precepto, *in fine*, manifiesta un *desiderátum* proponiendo el hecho de que se eviten dichos suplementos.

En esta misma línea, el artículo 840 del Código civil, relativo al usufructo viudal, también establece la posibilidad de que el cónyuge exija que el usufructo que grave la parte que reciban los hijos le sea satisfecho a elección de éstos, asignándole un capital en dinero o un lote de bienes hereditarios, en el caso de que se esté en el supuesto regulado en el párrafo segundo del artículo 837<sup>14</sup>.

O también, el artículo 1.062 del Código civil, en el que respecto de la partición de herencia se dispone que

«Cuando una cosa sea indivisible o desmerezca mucho por su división, podrá adjudicarse a uno, a calidad de abonar a los otros el exceso en dinero (...)».

Y, también, la norma prevista en el artículo 1.407 del Código civil, en relación con los números 3 y 4 del artículo anterior, en sede de disolución y liquidación de la sociedad de gananciales. Según esta disposición,

«En los casos de los números 3 y 4 del artículo anterior podrá el cónyuge pedir, a su elección, que se le atribuyan los bienes en propiedad o que se constituya sobre ellos a su favor un derecho de uso o habitación. Si el valor de los bienes o el derecho superara al de haber del cónyuge adjudicatario, deberá éste abonar la diferencia en dinero».

---

<sup>14</sup> Para ello, téngase en cuenta lo dispuesto en la norma del artículo 57 del Reglamento del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, aprobado por Real Decreto 1629/1991, de 8 de noviembre: «Pago de la legítima viudal con entrega de bienes en pleno dominio.— Cuando en virtud de lo dispuesto en los artículos 839 y 840 del Código civil se hiciese pago al cónyuge sobreviviente de su haber legitimario en forma o concepto distinto del usufructo, se girará una liquidación sobre la cantidad coincidente del valor comprobado de los bienes o derechos adjudicados y el asignado al usufructo, según las reglas del artículo 49, sin que haya lugar, en consecuencia, a practicar liquidación alguna por la nuda propiedad a los herederos ni, en su día, por extinción del usufructo. Pero cuando el valor de lo adjudicado en forma distinta del usufructo fuese menor o mayor de lo que correspondería al cónyuge viudo, el exceso o diferencia se liquidará como exceso de adjudicación a cargo del heredero o herederos favorecidos en el primer caso, o del cónyuge viudo en el segundo».

En todos los supuestos previstos por las normas citadas se prevé una entrega, en general, de cantidad de dinero que no es concebida como una transmisión. Todos ellos tienen un denominador común y es que el legislador prevé la posibilidad de ausencia de un acuerdo y por tanto estipula que pueda ser una de las partes la que reciba el bien o el lote, según sea el caso, y por su parte añade una cantidad de dinero («dando») como complemento a un posible desequilibrio entre los lotes adjudicados a cada una de las partes.

En efecto, la entrega de dinero en metálico no tiene la naturaleza de un pago a cambio de la porción de herencia o de la parte correspondiente de la liquidación de la sociedad de gananciales, etc. según sea el caso. En estos supuestos, esta entrega se interpreta como un complemento para mantener el equilibrio de las porciones que se establecen para cada uno de los sujetos de la situación jurídica que se pretende resolver<sup>15</sup>.

Del mismo modo, la entrega de bienes de una o ambas partes en el marco del negocio transaccional tiene la misma naturaleza que la de los supuestos mencionados, esto es, el equilibrio objetivo<sup>16</sup> de las prestaciones que las partes se comprometen a cumplir al amparo de la causa concreta del negocio cual es, en el caso de la transacción, la superación de la controversia<sup>17</sup>.

## b) Prometiando

El término «prometiando» recogido en el artículo 1.809 del Código civil se interpreta en el sentido de que las partes se obligan a la realiza-

<sup>15</sup> El estudio del «dar» bajo la causa de transacción y bajo otra causa distinta de la transaccional es tratada por FABER, Antonius: *Coniecturarum iuris civilis*, Coloniae, MDCXV, fol. 603, columna 2.

<sup>16</sup> El equilibrio de las prestaciones que las partes pactan con la finalidad de dar por terminada la controversia en su día suscitada tiene, no obstante, un componente subjetivo, en el sentido de que son las propias partes las que determinan cuáles deben ser las prestaciones de cada una de ellas que satisfagan el propio interés y el de la otra. Por consiguiente, podría suceder que desde una óptica externa, para un tercero ajeno a la relación establecida, las prestaciones de las partes pudieran resultar desequilibradas, mientras que para ellas son suficientes y satisfacen los respectivos intereses en aras de un interés común cual es el de poner fin a la controversia. La apreciación está en función de la fuerza y defendibilidad de las respectivas posturas de partida en la controversia y las renunciaciones que respecto de las mismas efectúa cada una de las partes para alcanzar la transacción.

<sup>17</sup> MANTICA señaló que «quod datum ex causa transactionis, repeti non potest: quia intelligitur datum ob eam causam, à lite recedatur: & ideò de indebito facit debitum». MANTICA, Francesco: *Vaticanae lucubrationes de tacitis et ambiguis conventionibus*, tomus secundus, Romae, MDCIX, pág. 689, n. 12.

ción de una determinada conducta al objeto de alcanzar el propósito previsto en el inciso final de este precepto, esto es, el evitar o poner fin a un pleito. Y ello de acuerdo con el significado propio del verbo prometer que se concibe como «obligarse a hacer, decir o dar alguna cosa»<sup>18</sup>.

De conformidad con este concepto, el gerundio del verbo prometer, contenido en la expresión del artículo 1.809 del Código civil, equivaldría a un «obligándose» cada una a alguna cosa. Y de acuerdo con el 1.088 del Código civil, la obligación podría consistir tanto en un dar, en un hacer o en un no hacer alguna cosa<sup>19</sup>.

La transacción no genera necesariamente una obligación: sólo cuando contiene directamente una promesa o una declaración según la cual el estado jurídico de la cosa que debe tener lugar a continuación de la declaración no se realiza inmediatamente<sup>20</sup>.

Como consecuencia del significado que se deriva de esta palabra se obtiene como resultado que las posibles prestaciones previstas para las partes que convienen una transacción son múltiples y variadas. En relación con otros negocios jurídicos bilaterales, como podría ser la compraventa, por ejemplo, se aprecia la diferencia. Así, por este contrato, uno de los contratantes se obliga a entregar una cosa determinada y el otro a pagar por ella un precio cierto en los términos del artículo 1.445 del Código civil, lo que equivale a dos obligaciones de entregar. Y lo mismo sucede con los demás contratos previstos en el Código civil en los que cada una de las partes tiene asignada una obligación concreta que, en su conjunto, identifica el tipo contractual de que se trata.

En cambio, en la transacción, las obligaciones a las que las partes se comprometen, en virtud del término «prometiando» previsto en el artículo 1.809 del Código civil, pueden consistir tanto en un dar, en un hacer como en un no hacer alguna cosa.

En líneas generales la promesa de, al menos, una de las partes, consistirá en el no entablar o desistir de una pretensión que presume tener

<sup>18</sup> En este sentido, véase la voz «Prometer» en el Diccionario de la Lengua Española, vigésima segunda edición, Vol. II, Madrid, 2001, pág. 1843.

<sup>19</sup> DURANDI definió el pacto como «*Pactum est duorum, vel plurium in idem dandum, vel faciendum vel non faciendum consensus*». En estos términos se expresa con respecto a la transacción DURANDI, Gullielmus: *Speculum iuris*, pars III et IIII, Venetiis, MDLXXXV, página 108, n. 2. En otro orden de cosas, nótese que tanto el artículo 1.088 como el 1.809, ambos del Código civil, emplean la misma expresión referida al objeto de las obligaciones: «alguna cosa».

<sup>20</sup> Así lo expresa WINDSCHEID, Bernardo: *Diritto delle Pandette*, Volume secondo, ob. cit., pág. 607.

contra otra persona o contra sus bienes o también pretender un derecho que la segunda asegura hallarse constituido a su favor<sup>21</sup> a cambio de una retribución.

Atendiendo a la situación conflictiva en la que las partes se encuentran, «prometer» tiene carácter excepcional. Obligarse significa que una parte tiene un derecho de crédito contra la otra y, puesto que las partes se hallan enfrentadas, no parece que ésta sea la propuesta idónea para poner fin a la controversia. Las partes, mediante el acuerdo, persiguen la extinción de la controversia. Excepcionalmente, podría generarse una obligación. Primero tendríamos una relación jurídicamente controvertida y con un prometiendo se crea una relación jurídica nueva.

En caso de incumplimiento de la obligación acordada la consecuencia varía en función de que se trate de una transacción extrajudicial, es decir, al margen del proceso judicial, bien sea antes de iniciarse o, también, una vez comenzado pero sin que la autoridad judicial lo tome en consideración como tal acuerdo transaccional<sup>22</sup>, o de una transacción judicial, esto es, aquella que el Juez conoce porque las partes la aportan al proceso y solicitan que éste termine por causa de ésta. En otras palabras, es judicial aquella transacción que las partes específicamente someten al conocimiento y a la aprobación judicial, incorporándose al pleito iniciado.

Cuando la transacción es extrajudicial y una de las partes no cumple con la obligación que le incumbe, el perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y de intereses, en ambos casos, de acuerdo con lo dispuesto en la norma del artículo 1.124 del Código civil y puesto que se trata de un contrato que genera obligaciones recíprocas. En el caso de que el perjudicado opte por la resolución, la relación jurídica controvertida revivirá.

Por contra, cuando la transacción es judicial, procederá la vía de apremio, de conformidad con lo establecido por el artículo 1.816 del Código civil. Únicamente cuando la transacción concluida se incorpora al pleito iniciado, se da lugar a que opere la legalmente denominada «vía

<sup>21</sup> En esta línea se pronuncia MARTÍ Y DE EIXALA, Ramón: *Tratado elemental del Derecho Civil romano y español*, Tomo segundo, Imprenta de Joaquín Verdager, Barcelona, 1838, pág. 284.

<sup>22</sup> Sería el caso en que el actor desiste del procedimiento habida cuenta que ha llegado a un acuerdo con el demandado pero sin que las partes aporten el contrato de transacción a dicho pleito y por tanto no se somete a la aprobación judicial.

<sup>23</sup> Véase el trabajo de LÓPEZ BARBA, Elena M.ª: *El contrato de transacción. Su resolución por incumplimiento*. Ediciones Laborum, Murcia, 2001.

de apremio» para su cumplimiento y efectividad<sup>24</sup>. En este supuesto, no se producirá la reviviscencia de la relación jurídica controvertida superada mediante la transacción y homologada por la autoridad judicial.

### c) Reteniendo

A falta de un concepto legal, la retención en el Código civil se configura doctrinalmente como una facultad concedida por la ley al obligado a la entrega o a la restitución de una cosa para el retraso de su cumplimiento, de tal modo que le faculta para continuar con su detentación mientras que el crédito que tiene contra el acreedor de esa restitución o entrega no le sea satisfecho<sup>25</sup>. El sujeto al que la ley concede el derecho de retención es acreedor de unos gastos derivados de la propia cosa o de una actividad relacionada con la cosa y, a su vez, es deudor de la prestación de restituir dicha cosa. El derecho de retención le concede la facultad de retener el bien que detenta en virtud de una determinada relación jurídica hasta que su crédito haya sido satisfecho. Es obvio, pues, que el derecho de retención implica necesariamente la propia tenencia del bien.

La inexistencia de una concepción legal del derecho de retención ha llevado a la jurisprudencia a considerarlo como una garantía personal, no real y de aplicación no analógica o extensiva a otros supuestos no previstos legalmente<sup>26</sup>. Así, el crédito por parte de aquel que detenta la

<sup>24</sup> Así, por todos, LUNA SERRANO, Agustín: *La transacción* en Elementos de Derecho civil, ob. cit., pág. 564.

<sup>25</sup> Así, véase, entre otros, véase, LÓPEZ DE HARO, Carlos: *El derecho de retención*, Editorial Reus, Madrid, 1921, pág. 7; BELTRÁN DE HEREDIA DE ONIS, Pablo: *El derecho de retención en el Código civil español*, Acta Salmanticensis, Iussu Senatus Universitatis Edita, Universidad de Salamanca, 1955, 8 a 11; DIEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN, Luis y GULLÓN BALLESTEROS, Antonio: *Sistema de Derecho civil*, Volumen II, ob. cit., págs. 161 a 163 y ALBALADEJO, Manuel: *Derecho Civil*, II, «Derecho de obligaciones», Volumen primero «Las obligaciones y el contrato en general», ob. cit., pág. 233.

<sup>26</sup> En este sentido, cabe destacar lo establecido en las Sentencias del Tribunal Supremo de 24 de junio de 1941 (Ar. 758) y 7 de octubre de 1949 (Ar. 1120). En la primera señala que «aun cuando en el derecho positivo español no se ha construido una teoría del derecho de retención ni se ha cuidado de agrupar bajo una rúbrica común todos los supuestos que en el Código civil y en el de Comercio aluden a él, lo que constituye una dificultad de importancia para señalar, abstrayéndolas de los supuestos concretos en que ese se regula, sus características esenciales, así con referencia a las partes a quienes directamente e inmediatamente afecta, como a los que merecen el concepto de terceros, no puede negarse, sin embargo, que en todos los casos en que en aquellos cuerpos legales se hace referencia al derecho de retención, se concibe no como una ampliación del derecho principal a que va anejo, sino como una facultad de mantener la tenencia de la cosa por título distinto del originario y que, además, se engendra siempre en una disposición legal a la que precisa atenderse para deducir

posesión del objeto puede provenir de los conceptos que se desprenden de los casos que están específicamente tasados por ley<sup>27</sup>. Fuera de estos casos, la jurisprudencia ha entendido que una aplicación analógica no es admisible, si bien la doctrina no es unánime al respecto<sup>28</sup>.

El derecho de retención es un medio de compulsión otorgado al obligado a la entrega o restitución de la cosa respecto de la cual se han generado unos gastos y que se persigue que le sean reembolsados. Sin embargo, al tratarse de una garantía<sup>29</sup> legal para el cumplimiento de una obligación que tiene relación con la cosa, de carácter personal, por tanto, no real, no ostenta la facultad de realización de valor<sup>30</sup> y, por consiguiente, no ofrece una salida a la tensión generada entre el acreedor y el deudor del crédito de que se trata: mientras el deudor no cumpla con la obligación prevista en los supuestos legalmente establecidos, el acreedor tiene la facultad de retener la cosa objeto de la relación obligatoria. En caso de que el deudor de los gastos no abone la correspondiente cantidad supondrá la continuación de una situación de conflicto.

Esta situación de conflicto se contradice con la finalidad que la transacción persigue, cual es, la superación de controversias mediante la realización de determinadas conductas por las partes, entre ellas, el reteniendo. Por este motivo, en la transacción, el término referido a la retención no puede responder a la configuración prevista por la ley que aca-

---

sus obligadas consecuencias en cuantos casos puedan presentarse; ...» y, en la segunda, se apunta que el «derecho de retención, que en nuestro ordenamiento legal no se halla sistematizado, sino que se consigna en diversos preceptos que contemplan instituciones jurídicas diferentes...».

<sup>27</sup> En el Código civil, distintos son los preceptos que prevén el derecho de retención del sujeto que posee el bien objeto de un contrato. Así, el artículo 453 lo prevé para el poseedor de buena fe en aras del cobro de los gastos necesarios y gastos útiles. También, los artículos 502, 3 y 522 del Código civil, en sede de usufructo; el artículo 1.600 en los preceptos relativos al contrato de arrendamiento de obra; el artículo 1.730, para el mandatario; el artículo 1.747, en sede de comodato; para la anticresis, el derecho de retención se deriva del artículo 1.886, que remite al 1866, en sede de prenda.

Por su parte, el ordenamiento jurídico prevé la protección del derecho del poseedor a ser respetado en su posesión, en los términos señalados en el artículo 446 del Código civil.

<sup>28</sup> Al respecto, Luis Díez-PICAZO y Antonio GULLÓN en *Sistema de Derecho civil*, II, ob. cit., pág. 173.

<sup>29</sup> BELTRÁN DE HEREDIA DE ONÍS, Pablo: *El derecho de retención en el Código civil español*, Acta Salmanticensis, ob. cit., pág. 10.

<sup>30</sup> Distinto tratamiento prevé, en cambio, la legislación civil catalana. La Ley 22/1991, de 29 de noviembre, de garantías posesorias sobre cosa mueble (DOGC núm. 1530, de 16 de diciembre), prevé, en su artículo 6, la posibilidad de que el sujeto que retiene la cosa mueble de acuerdo con lo establecido en el artículo 4 de la misma Ley, podrá proceder a la enajenación de la cosa por subasta pública notarial, a partir de los tres meses de que conste la retención de forma fehaciente. El mismo artículo establece los requisitos para que dicha subasta sea llevada a cabo.

bamos de describir porque no supone la terminación del conflicto, sino todo lo contrario, puesto que la tensión surgida entre las dos partes de la relación jurídica se mantiene.

Por consiguiente, el término «reteniendo» previsto en la expresión objeto de análisis, contenida en el artículo 1.809 del Código civil debería tener una concepción distinta de la manifestada.

Para determinar el sentido del término, debemos formular una consideración previa y es la siguiente: cuando las partes acuerdan la celebración de un negocio jurídico en el cual uno de los pactos se refiere a que alguna de las partes retiene alguna cosa<sup>31</sup>, entendemos que dicho acuerdo tiene lugar por causa de una controversia con un perfil determinado. Es aquella controversia en la que dos sujetos se disputan la titularidad de un mismo bien o derecho. En controversias con un perfil distinto al descrito, la retención carecería de sentido.

Respecto de la controversia relativa a la titularidad de un determinado bien, los particulares que pretenden ponerle fin convienen que el bien continúe indiscutida y definitivamente en poder de una de las partes<sup>32</sup>. Así, en virtud de la transacción, queda determinado que el bien objeto de la controversia lo tendrá en su haber una de las partes. Desde la óptica de esta parte, cabría entender que ella ha retenido el bien que era objeto de la controversia, habida cuenta que, subjetivamente, para cada una de ellas, el derecho que se discute le corresponde. Por consiguiente, la atribución definitiva de la titularidad de la cosa litigiosa merced a la transacción supone, desde la perspectiva del sujeto que la obtiene<sup>33</sup>, la consideración de que él la ha retenido, como sinónimo de que él

---

<sup>31</sup> Así, por ejemplo, cuando la controversia versa sobre el cumplimiento o no de unas determinadas prestaciones en virtud de una concreta relación jurídica, entre otras muchas. En estos casos, la retención en sentido estricto carecería de sentido puesto que nada se tiene.

<sup>32</sup> Cabe señalar, además, que, fruto del acuerdo, la posesión del bien objeto se ostenta por un concepto distinto del que inicialmente existía, lo que provocaría una interversión del concepto posesorio. En efecto, podría darse el caso de que el sujeto que posee el bien objeto de la controversia lo esté poseyendo en concepto de titular de un determinado derecho, ya sea pleno o limitado y, en virtud del acuerdo celebrado entre los dos sujetos que, inmersos en una controversia respecto de dicho bien, persiguen la finalización de ésta, el poseedor accede a continuar en ella pero por un concepto distinto al inicial.

<sup>33</sup> En cambio, para el particular que consiente que el otro retenga el bien sobre el que recae la controversia, él lo ha dado. El sujeto que ha aceptado como acuerdo para que la controversia termine que la otra parte en la transacción se «quede» con el bien que se disputan, subjetivamente, también se consideraba el titular del mismo (salvo los supuestos de simulación o fraude de ley). Por consiguiente, desde su perspectiva, él ha dado el bien al otro.

la ha mantenido en su esfera jurídica<sup>34</sup>. Y para la otra parte es un «dando» subjetivo. Esta sería una primera interpretación del sentido de la palabra «reteniendo» contenida en la locución legal del artículo 1.809 del Código civil, interpretación ésta, distinta a la que se corresponde con la que se concibe como un derecho de retención.

Sin embargo, debemos realizar una matización que afecta a esta interpretación del término «reteniendo» en atención a la estructura negocial de la transacción. La transacción se configura como un negocio jurídico bilateral y oneroso, habida cuenta que cada una de las partes soporta una desventaja o sacrificio al tener que realizar una determinada prestación en favor de la otra, a la vez que recibe una ventaja procedente de la prestación de la otra, cuya finalidad es la de alcanzar un acuerdo que ponga término al conflicto existente.

Trasladando esta consideración respecto de la estructura del negocio al caso concreto al que hacíamos referencia, la retención no constituye una prestación que pudiera considerarse como una conducta jurídicamente debida por una de las partes respecto de la otra como consecuencia del acuerdo celebrado. El retener significa que aquel que ostenta la tenencia<sup>35</sup> de un bien por razón de una determinada relación jurídica continúa ostentándola para siempre. Por tanto, no se trata de una prestación que tiene su origen en la conducta de otro sujeto, sino que es el resultado del derecho concedido al sujeto que se encuentra en unas circunstancias estrictamente tasadas y en virtud del cual queda facultado a mantener la cosa en su poder indefinida e imprejudicadamente. En este sentido, continuar con la titularidad que se consideraba como propia en virtud del convenio transaccional no es una manifestación de una conducta que plasme el carácter oneroso que se predica de la transacción.

En cierto modo, podría entenderse que la expresión «reteniendo», empleada por el legislador en el artículo 1.809 del Código civil, refleja la conducta pasiva de una de las partes en el negocio de transacción cuan-

Por ello, podría decirse que las expresiones «dando» y «reteniendo» representan las conductas de los dos partes en la transacción, conductas interrelacionadas entre sí en virtud del acuerdo alcanzado entre ellas respecto del objeto de la controversia, reflejando su vertiente subjetiva.

<sup>34</sup> La transacción incide sobre derechos litigiosos, esto es, derechos sobre los cuales se discute acerca de su titularidad, lo que provoca la duda respecto del sujeto al que le corresponde dicha titularidad. Por tanto, en puridad, resulta difícil afirmar que uno de ellos retiene el bien sobre el que recae la controversia porque, en realidad, sería como reconocer que le correspondía a él cuando, como decíamos, su titularidad es discutida.

<sup>35</sup> La retención implica necesariamente previa tenencia. Así lo dispone Carlos LÓPEZ DE HARO: *El derecho de retención*, ob. cit., pág. 7.

do, para los demás términos de la locución objeto de análisis, «dando» y «prometiendo», se está refiriendo al aspecto activo, en cuanto que, respecto de éstos últimos, se califica desde la perspectiva del sujeto que realiza la prestación, esto es, el sujeto que actúa. En este sentido, el «dando» y el «prometiendo» son conductas que denotan una prestación orientada a satisfacer el interés de la contraparte, mientras que el término «reteniendo», por su parte, no se concibe del mismo modo pues, tal y como está formulado en el proposición legal, sencillamente, transmite la idea de que el particular que ostentaba una cosa continúa con ella.

Por todo ello, sería procedente una reformulación del término «reteniendo» de modo que su interpretación representara una conducta jurídicamente debida, concorde con el acuerdo transaccional celebrado según el cual cada una de las partes realiza una prestación que representa la concesión de una con respecto a la otra, con la finalidad de terminar el litigio existente.

Este propósito se alcanzaría si en vez de concebir el «reteniendo» en su sentido estricto, como el mantener el bien objeto de la controversia en la esfera jurídica de una de las partes, esto es, desde la perspectiva del sujeto que la ostenta, el término se contemplara desde la óptica de la contraparte, esto es, en el sentido de que una de ellas permite que el bien objeto de la controversia continúe obrando en poder de la otra, en virtud del acuerdo transaccional. Y además, ello es así en los casos concretos en que la controversia jurídica versa sobre la titularidad de un determinado bien. Cada una de las partes se considera como la titular del bien objeto de la controversia, por lo que ésta únicamente podrá finalizar por la vía de la transacción, si ambas partes llegan al acuerdo de que en su virtud la titularidad la ostenta una de ellas o las dos, en las partes que estimen convenientes. Y este acuerdo se alcanza si una de las partes permite a la otra retener el bien de que se trata o ambas consienten en que cada una retenga una porción de dicho bien. Y es un permitir en relación con la creencia de la propia titularidad<sup>36</sup>.

Con ello, la conducta prevista en la expresión contenida en el artículo 1.809 del Código civil relativa al «reteniendo» constituye una presta-

<sup>36</sup> Tal vez, el término «reteniendo» podría referirse a otros supuestos. Este sería el caso de que uno de los sujetos inmersos en la controversia detenta un determinado bien propiedad del sujeto con el cual mantiene la disputa pero por otro concepto, con la obligación de devolverlo finalizado el período acordado a tal efecto. Suscitada la controversia en relación con otro bien, las partes, mediante la transacción, podrían acordar que aquella parte que tiene la obligación de devolver un determinado bien, continúe con él, como contraprestación a la que ésta parte hubiese formulado.

ción jurídicamente debida por una de las partes respecto de la otra y, además, en consonancia con las concesiones que las partes se realizan la una a la otra para poner fin a la controversia.

Así las cosas, entendemos que el término «reteniendo» sería la expresión sintética de la mayor «permitiendo retener»<sup>37</sup>. El vocablo «reteniendo» sería una simplificación de la expresión «permitiendo retener» porque, en resumidas cuentas, el hecho de que una de las partes en la controversia haya retenido el bien litigioso, una vez realizada la transacción, es el resultado del acuerdo celebrado en virtud del cual una de ellas permite a la otra que la cosa obre en su poder a cambio de una prestación. Y ello en concordancia con el carácter oneroso del negocio transaccional.

El análisis aislado de cada una de las palabras de la expresión «dando, prometiendo o reteniendo» contenida en la norma del artículo 1.809 del Código civil pone de relieve la particular configuración del negocio. En este sentido, las partes que realicen cualquier conducta con la finalidad de poner fin a una controversia y concurriendo los elementos estructurales y funcionales oportunos comportaría el considerar el negocio como una transacción.

Sin embargo, es necesario hacer hincapié en las palabras subsiguientes a las analizadas, cuales son «cada una alguna cosa». Mediante estos vocablos el legislador otorga relevancia al carácter recíproco de las conductas de las partes en la transacción.

## 2. LAS CONCESIONES RECÍPROCAS DE LAS PARTES

El comentario de los juristas que han tratado del estudio del pasaje del Código de Justiniano C. 2, 4, 38<sup>38</sup> se refiere, en la mayor parte de los casos, a la naturaleza no gratuita u onerosa de la transacción o a su carácter recíproco. Así, de entre los glosadores, AZÓN interpreta el pasaje del C. 2, 4, 38, como referido a un pacto que difiere de los gratuitos<sup>39</sup>.

<sup>37</sup> Esta consideración fue puesta de relieve por BERTOLINI. Este jurista destacó la imprecisión del término «retinere» en la expresión del artículo 1.764 del *Codice civile* de 1865, adoptada por el codificador del Código civil español, en el artículo 1.809. BERTOLINI, Cesare: *Della transazione secondo il diritto romano*, ob. cit., pág. 74.

<sup>38</sup> C. 2, 4, 38: «*Transactio nullo dato vel retento seu promisso minime procedit*».

<sup>39</sup> AZÓN: *Ad singulas Leges XII Librorum Codicis Iustiniani*, Commentarius, Parisiis, MDLXXVII en *Lectura Super Codicem, Augustae Taurinorum*, edición anastática, MCMLXVI, pág. 87: «*Transactio. Nullo dato, actori. Vel retento. ab actore: quia de rebus rei erat apud actorem. Minime procedit. & in hoc differt à gratuita. pactione.*»

Durante los siglos XII y XIV, los Comentaristas como BARTOLO DE SAXOFERRATO<sup>40</sup> y BALDO, la transacción se concibe como un contrato recíproco<sup>41</sup>. Entre los juristas pertenecientes a la Escuela de Orleans, la transacción es concebida como un pacto no gratuito. Así, lo entendieron ODOFREDUS<sup>42</sup> y ALBERICI DE ROSATE<sup>43</sup>. En un sentido similar, PETRUS DE BELLA PERTHICA concibe este instituto como una remisión no gratuita<sup>44</sup>.

Durante los siglos XV y XVI, los humanistas establecen la necesidad de la existencia de prestaciones mutuas para que pueda considerarse que el contrato celebrado tenga la consideración de transacción. Así lo estiman, a título de ejemplo, CONNANI<sup>45</sup>, ALCIATO<sup>46</sup>, GOTHOFREDO<sup>47</sup>, CUJACIO<sup>48</sup> y DONELLO<sup>49</sup>, entre otros<sup>50</sup>.

<sup>40</sup> BARTOLUS A SAXOFERRATO: *Prima Super Codice*, Inest huic volumini, Excudebatur, MDXXX, pág. 70.

<sup>41</sup> BALDUS DE UBALDIS: *In Primum, Secundum, & Tertium Codicis Libros Commentaria*, Venetiis, MDLXXXVI. (fol. 117 a 129v). Fol. 127, lex XXXVIII: *Summarium: Transactio est contractus reciprocus*.

<sup>42</sup> ODOFREDUS DE DENARIS: *In iure absolutissimi matura*, ob. cit., fol. 92.

La misma consideración vuelve a reproducirla ODOFREDUS en *Iuris utriusque peritissimi dicaearchi, in primam Codicis partem complectentem* (...), Lugduni MDLII (edición anastática, *Lectura super Codice*, I, en *Opera Iuridica Rariora, selecta cura et studio Dominici Maffei, Ennii Cortese e Guidonis Rossi*, Forni editore Bologna, 1968), ob. cit., fol. 78, n. 1, C. 2, 4, 38: «*Transactio omnis requirit vel datum, vel retentum, vel remissum, vel promissum ... dicitur transactio non est gratuita pactione*».

<sup>43</sup> ROSATE, Alberici de: *Dictionarium iuris tam civilis, quam canonici*, Venetiis, MDLXXIII.

«3. *Transactio differt à compositione amicabili: quia transactio est pactione non gratuita, cum aliquid datur, vel retinetur, ut à lite recedatur. Composito est gratuita pactione*». También en ALBERICI DE ROSATE: *Vocabularius utriusque iuris difficillimas quasque voces iuxta receptos iuris interpretes edifferens nunc demum exactissima cura recognitus*. Non paucis dictionibus ac uocabulis elegantissimis hac ultima impreffione locupletatus. Venetiis Apud Cominum de Tridino Montisferrati. MDLXIII, pág. 221: «*Transactio est de re dubia et lite incerta nondum finita dato aliquo promisso ut retento non gratuita pactione*».

<sup>44</sup> PETRUS DE BELLA PERTHICA (JACOBUS DE RAVANIS): *Super prima parte Codicis*, (reedición anastática, *Lectura Super Codice*, in *Opera Iuridica Rariora, selecta cura et studio Dominici Maffei, Ennii Cortese e Guidonis Rossi*, Forni editore Bologna, 1967), ob. cit., fol. 72: «*Transactio est remisso non gratuita de re dubia non gratuita five aliquo dato vel promisso five atitè dato, ut do tibi r. ut dimittas me in pace. Promisso: quia promitto tibi. cc. marchas ut dimittas me in pace: retento: quia tu de bes ... equi ex aliqua iusta causa: agis otra me aliqua actionem ego transigo: r volo quia equi illum retineas ut da: mittas me in pace vel remisso. ut. s. e. l. transactio. Vidi in quibusdam scriptis quia fit differentia inter transactionem et compositionem. Dicunt enim quidam quia hec est compositio peto a te fundum: deinde convenimus quia ego habeo dimidium fundi: tu aliam dimidium et sic dimittit te in pace. ego dico quia immo est transactio*».

<sup>45</sup> CONNANI, Francisci: *Commentariorum Iuris civilis*, tomus prior, quinque libros complectens, libro V, cap. VI & VII, Parisiis, MDLIII, ob. cit., fol. 359, C.

<sup>46</sup> ALCIATUS, Andrea: *Opera omnia* in quator tomos legitime Digesta, Francofurti, MDCXVII, ob. cit., págs. 314 y 315, num. 1 a 13, Lex XXXVIII. «*Lex XXXVIII. Iidem augg. et Caf. Theodotoni. Transactio, nullo dato, vel retento, seu promisso, minime recedit*».

1. *In transfectione, mutua praestatio requiritur. ... nempè ut hinc faciamus in transfectione mutuam (a) praestationem requiri.*

Y, de hecho, este pasaje correspondiente al C. 2, 4, 38 es una proposición de otro pasaje, el del C. 6, 31, 3 que rezaba lo siguiente:

«*Suus heres exceptione pacti, qui testamentum iniustum adseverans postea nihil se de paterna successione petiturum non ex causa donationis, sed transigendi animo in iure professus est, cum respuere quaesitam nequirit hereditatem et transactio nullo dato vel retento seu promisso minime procedat, submoventi non potest*».

Por tanto, la proposición del C. 2, 4, 38 debe interpretarse en el contexto de la ley del C. 6, 31, 3, mencionada. En este sentido, el pasaje trata de una *remissio litis per actorem*, a la que se niega el carácter de transacción, por cuanto que el propio actor nada recibe en contrapartida, esto es, nada se le da, ni se consiente que retenga y tampoco se le promete.

Así que la proposición «*transactio nullo dato vel retento seu promisso minime procedit*», extraída de su contexto para realizar una ley especial,

(a) *Transactio contractus est mutuus & reciprocus ubi quo interuenire hinc de aliquid neceffe est*».

La palabra «*recedit*» aparece destacada en negrita por cuanto que su transcripción en el texto original de ALCIATUS no coincide con el término propio de dicho pasaje, esto es, «*procedit*», probablemente debido a un error de transcripción.

<sup>47</sup> GOTHOFREDUS: *Accursii commentariis, ac Contii et Dionysii Gothofredi atque aliorum quorundam illustrium Iurifconfultorum lucubrationibus illustrati, libri duodecim*, Lugduni, MDCXXVII.

(Las páginas se dividen en columnas, cada una de ellas numerada), n. 349 y 350: De transaccionibus. Titulus IIII. «... atque ita nunquam sit gratuitò, nunquam donationis causa, sed aliquo dato, vel retento, vel promisso...». 372: «*Transactio est contractus reciprocus, in quo debet aliquis interuenire hinc inde*». L. 38. *Non potest fieri transactio nisi aliquid detur, vel promittatur vel retineatur: quod procedit etiam cum reus liberat actorè pro aliquo quod sibi debet. & fupple hic, vel remittatur*».

<sup>48</sup> CUIACIUS, Jacobo: *Opera ad parisiensem Fabrotianam editionem diligentissime exacta, Venetiis MDCCLVIII*. «*Transactio quia nihil eo nomine datum, vel retentum, vel promissum est. Ex hac specie apparet gratis transactionem non fieri. At pactum donandi causa factum, ex mera liberalitate constat. Nunc de lata iulijus verbi significatione videamus. Jusjurandum speciem transactionis continere aut l. 2. inf. de iurejur. hoc est per iurjurandum trasigi, l. .... Et recte. Ut enim transactio decidit controversiam, sic & jusjurandum. Utrumque est de lite vel re dubia, nec finita. Neutrum donatio est: sed tamen jusjurandum, nullo dato, vel retento, vel promisso procedit*».

<sup>49</sup> DONELLUS, Hugonis: *Opera omnia, tomus septimus et Commentariorum in Codicem Justiniani, Ad Signum Clius, ob. cit., págs. 383 y 384*.

<sup>50</sup> Así, a título de ejemplo, ALEXANDER DE IMOLA: *Prima et secunda Super Codice*, MDXXXV, ob. cit., fol. 33v: «*Transactio est contractus reciprocus in quo debet aliquid interuenire (...)* Si in instrumento apparet quod ex causa transactionis creditor centum recepit quinquaginta alia quinquaginta confessus est se habuisse recepit ex causa transactionis certe licet totum videatur datum creditori inspecta confessione iste extractus transactio. Nec ista confessio dicit facta future numerationis per illa verba ex causa transactionis probatur ibi illum ter ponderat totum consebatur esse datum creditori no esset transactio cum hic inde in transactione debet aliquid dari.»

resultaba incompleta al faltarle la referencia a la *remissio litis*, respecto de la cual la proposición representaba la contraprestación. Por ello, se ha considerado apropiado interpretarla como un discurso realizado singularmente a las partes en el sentido de que «no puedes transigir sin dar o permitir o sin prometer alguna cosa al otro contratante»<sup>51</sup>, como así lo disponían las Basílicas en 11, 2 c., 55, Hb.<sup>52</sup>

En suma, si bien es cierto que la reciprocidad existe en la transacción, la expresión no transmite el sustrato de dicho contrato cual es que las partes, con la finalidad de evitar que un tercero emita su veredicto con respecto a una situación controvertida, cada una de ellas sacrifica todo o parte de su pretensión en contraprestación por el sacrificio total o parcial de la otra, con eventuales prestaciones externas equilibradoras.

Por esta causa, la doctrina italiana criticó la expresión adoptada por el *Codice civile* de 1865 al trasladar al Derecho positivo el pasaje del Código de Justiniano, C. 2, 4, 38. En este sentido, se propuso *de lege ferenda* el empleo de una frase más general como es la de «*recíprocas concesiones*»<sup>53</sup> o «*recíprocos sacrificios*»<sup>54</sup>. Precisamente, la primera de las expresiones, esto es, la de *recíprocas concesiones* fue

<sup>51</sup> Así lo interpreta BERTOLINI, Cesare: *Della transazione secondo il diritto romano*, ob. cit., pág. 73.

<sup>52</sup> Basílicas 11. 2 c. 55, Hb. vol. 1 pág. 720: «*Omnis transactio requirit, ut transigenti aliquid detur, aut ab eo aliquid retineatur, aut ut ei aliquid promittatur*».

<sup>53</sup> El jurista italiano CARRESI puso en tela de juicio que las recíprocas prestaciones fuesen requisito esencial del contrato de transacción. Según este autor, debe tenerse en cuenta que en el Derecho romano, el reconocimiento únicamente podía efectuarse mediante la forma de la *stipulatio* porque sólo de este modo la transacción, como contrato real innominado, daba lugar a acciones. Sin embargo, cambiados los presupuestos propios de dicho ordenamiento según el cual en la transacción las prestaciones debían tener lugar de una parte y de la otra, el requisito de las recíprocas concesiones debería haber sido eliminado porque ya no respondía a ninguna exigencia de la institución. CARRESI añade que, por uno de aquellos fenómenos, no poco extraños en el campo del derecho, se produjo la supervivencia de los dogmas referidos aunque las razones de las cuales traía causa carecían del fundamento originario como consecuencia de la inercia de los estudios quienes, en lugar de poner de manifiesto la ausencia de dicho fundamento, han trasladado el requisito hasta nuestros días.

Como consecuencia de estas consideraciones, el autor alaba la postura adoptada por DOMAT, según la cual, como ya hemos indicado, suprime el requisito de las recíprocas prestaciones del contrato de transacción y, además, lamenta que la doctrina francesa haya considerado la ausencia de dicho requisito en el concepto del contrato, previsto en el artículo 2.044 del *Code*, fruto de un olvido involuntario y, por tanto, exigible, cuando, en realidad, ésta era, precisamente, la orientación que DOMAT pretendió. Al respecto, CARRESI, Franco: *La transazione*, en *Tratato de Diritto civile italiano*, volume nono, tomo terzo, fasc. 2.º, Unione tipografico-editrice torinese, Torino, 1956, págs. 69 y 70.

<sup>54</sup> BERTOLINI, Cesare: *Della transazione secondo il diritto romano*, ob. cit., pág. 75.

acogida en el texto normativo del artículo 1.965 del *Codice civile* de 1942, vigente<sup>55</sup>.

No obstante la literalidad de la expresión contenida en el artículo 1.809 del Código civil, debe entenderse que las concesiones que las partes realizan pueden consistir en todas aquellas prestaciones que cada una de ellas estime más conveniente para sus propios intereses, satisfagan a la otra y siempre y cuando estén ajustadas a Derecho. Y ello, precisamente, porque el principio que subyace en la expresión de la norma del artículo 1.809 del Código civil es el del sacrificio mutuo entre las partes. Por consiguiente, parece apropiado extender el ámbito de la expresión a cualquier tipo de prestación que favorezca el acuerdo entre las partes en conflicto y, con ello, poner fin o evitar la provocación de un pleito. Precisamente, puesto que el elemento característico de la institución está constituido por estas concesiones recíprocas de las partes, el tipo de prestación que cada una de ellas llevará a término no determina el tipo negocial sino que éste existe por la finalidad transaccional de ambos contendientes. De conformidad con la función del instituto, nada debería impedir que alguna o ambas partes se obligaran a la ejecución de una determinada conducta, en vez del «dar, prometer o retener» legalmente previsto, con la finalidad específica de la institución porque, como decíamos, la voluntad de las partes consiste en llegar a un acuerdo que termine con el conflicto surgido entre ellas, aunque el artículo 1.809 del Código civil no enuncie expresamente esta conducta más general.

Desde el plano obligacional, las concesiones mutuas se traducen en las distintas prestaciones que las partes se obligan a cumplir. En este sentido, la prestación que cada una de ellas se compromete a cumplir puede versar sobre todo tipo de conductas admitidas en Derecho y no sólo aquellas que se ajustan a los dictados literales de la expresión contenida

<sup>55</sup> En esta línea y *de lege ferenda*, la expresión «dando, prometiendo o reteniendo cada una alguna cosa» podría quedar substituida por la de «recíprocas prestaciones» por cuanto que ésta no sólo incluiría aquella sino que abarcaría la posibilidad de que las partes escojan, también, el hacer o no hacer alguna cosa para llegar al fin perseguido. La substitución de la proposición «dando, prometiendo, reteniendo» por la genérica de «recíprocas prestaciones» fue propuesta en su día por el romanista BERTOLINI, Cesare: *Della transazione secondo il diritto romano*, ob. cit., pág. 75. Debido a la imprecisión de la proposición procedente del Derecho romano, en cuanto resulta excesiva o insuficiente según el valor que se otorgue a cada una de las palabras que la componen, este jurista propuso su substitución por otra que recogiera el requisito que, de hecho, subyace en dicha proposición como es el mutuo sacrificio, mediante la expresión de las recíprocas concesiones. El *Codice civile* vigente, en su artículo 1.965, recoge dicha expresión como reflejo del viejo aforismo del Derecho romano y comprensivo, además, del que constituye el sustrato de éste, cual es el mutuo sacrificio de las partes en conflicto.

en el artículo 1.809 del Código civil («dando, prometiendo o reteniendo cada una alguna cosa»). Por consiguiente, las prestaciones que las partes se obligan a cumplir como contenido de las concesiones mutuas que deben realizar para finalizar la controversia podrán referirse a cualquier tipo de obligación<sup>56</sup>. Y ello, además, en estricta consonancia con el artículo 1.088 del Código civil que prevé que toda obligación puede consistir en un dar, hacer o no hacer alguna cosa.

Desde una perspectiva terminológica, el gerundio de los verbos que configuran la locución verbal da una idea de que las conductas que representan constituyen los medios para alcanzar el objetivo que las partes pretenden, esto es, el poner fin a la controversia.

La combinación de las prestaciones que las partes se comprometen a cumplir o cumplen de forma instantánea según los acuerdos adoptados puede producir una semejanza, sino identidad, con otros tipos negociales. Así, a modo de ejemplo, el acuerdo adoptado podría consistir en que una de las partes renuncia a solicitar el bien sobre el cual ésta considera que ostenta la titularidad, de manera que tras la transacción, se considera que la ostenta la contraparte y, a cambio, ésta le entrega a aquélla una cantidad de dinero. Este acuerdo coincidiría con la estructura obligacional de la compraventa (de no ser porque el punto de partida no es de un vendedor y un comprador sino dos propietarios discutiendo por una misma cosa). Y, de igual forma, en el caso de que las prestaciones acordadas coincidan con otro tipo negocial previsto por el ordenamiento jurídico civil, tampoco debería concluirse que es este negocio el que se ha celebrado y no el de la transacción.

El motivo de la posible identificación de la estructura negocial de la transacción con los demás negocios se encuentra en el hecho de que la diversidad de prestaciones que las partes pueden acordar para alcanzar la finalidad que persiguen es tal que del vínculo que se establece entre ellas puede resultar que, externamente, se identificasen con dichos negocios<sup>57</sup>.

<sup>56</sup> En Derecho romano, en el acuerdo de la transacción, una de las partes renunciaba a un derecho controvertido mientras que la otra parte, favorecida por la renuncia, se comprometía en contraprestación a alguna cosa: bien fuera un *dare*, un *facere* e incluso podía consistir en un *non facere*. Así lo dispone FREIXAS, Juan: «Una nota sobre la "transactio"», en *Anuario de Historia del Derecho Español*, cit., pág. 645.

<sup>57</sup> En el periodo correspondiente a la Alta Edad Media, las crónicas notariales tampoco eran de gran ayuda a la hora de diferenciar una transacción de otro negocio jurídico por cuanto que omitían referencias a los acontecimientos preliminares o hechos relevantes que podían dar lugar al fenómeno de la transacción. Celebrado el negocio, el notario se limitaría

Esta identificación de la estructura obligacional de las partes en la transacción con la de otros tipos negociales regulados en el ordenamiento no debería interpretarse en el sentido de que la transacción es un acuerdo marco<sup>58</sup> en el que pueden tener lugar compraventas, permutas, arrendamientos, etc.

La justificación de esta consideración halla su fundamento en la causa del negocio. La celebración de una transacción se fundamenta en la voluntad de las partes contratantes de poner fin a una controversia y, para ello, ambas realizan prestaciones que supondrán la fijación definitiva de la situación jurídica sobre la cual había surgido la controversia.

Y aunque los efectos de la transacción pueden coincidir en algunos aspectos con los de los otros tipos negociales ya que, en virtud del acuerdo, una de las partes se constituya, por ejemplo, como propietaria de dicho bien o, en su caso, comporte la creación de obligaciones, el hecho fundamental es que ésta no es la finalidad que las partes contratantes persiguen al celebrar el negocio de transacción (salvo los casos de simulación o fraude de ley), sino que es uno de los medios para alcanzar el fin perseguido. El objetivo que las partes persiguen se constituye como la causa del contrato de transacción y es la que modaliza el negocio jurídico, erigiéndolo como un tipo negocial autónomo<sup>59</sup>.

En suma, las concesiones de las partes pueden consistir en un dar,

---

a registrar en el documento, de común acuerdo con las partes, el efecto traslativo, esto es, el resultado de la disputa transigida, transformando, así, la transacción en una renuncia unilateral, en una venta, en una permuta o en una donación ficticia. Así lo explica TREGGIARI, Ferdinando: Voz «transazione (diritto intermedio)» en Enciclopedia del diritto, XLIV, ob. cit., pág. 799

<sup>58</sup> Así se interpreta del comentario a la nota 5 del texto de ARNDTS, Ludovico: *Trattato delle Pandette*, Versione di Filippo Serafini, Volume II, ob. cit., pág. 208: «*Per diritto romano poteva p. e. aver luogo una stipulazione transactionis causa; ma anche una compra od un mutuo possono immaginarsi come effetto di una transazione*».

<sup>59</sup> En el Derecho romano clásico, la transacción, como tal, no asumía relevancia autónoma, por lo que si el acuerdo preveía la transmisión de la propiedad o la asunción de obligaciones, era preciso proceder mediante los negocios destinados a tal efecto. Así, respecto de la propiedad, era necesaria la realización de los actos traslativos típicos (*mancipatio, traditio, in iure cessio*) y en relación con las obligaciones, el acuerdo debía revestir la forma de la *stipulatio*. Por aquel entonces, la institución no tenía una consideración independiente respecto de los negocios considerados como típicos. En este sentido se pronuncia TALAMANCA, Mario: *Istituzioni di diritto romano*, Giuffrè editore, Milano, 1990, pág. 643. Por todo ello, desde que la transacción tiene reconocida una entidad autónoma propia al amparo de la causa específica que fundamenta su consideración, la interpretación de su esquema negocial como un convenio marco en el que se incluyen multiplicidad de contratos distintos pierde su virtualidad.

hacer o no hacer alguna cosa e incluso puede estipularse que una cosa no será demandada<sup>60</sup>.

### 3. EL FUNDAMENTO DE LAS CONCESIONES MUTUAS

El fundamento de la exigencia de las concesiones recíprocas se encuentra estrechamente vinculado al presupuesto fáctico del instituto. La transacción constituye un medio de autocomposición de conflictos intersubjetivos con trascendencia jurídica. Con la finalidad de evitar que la solución de la controversia jurídica surgida tenga lugar merced a la intervención de un tercer sujeto, ajeno a la controversia, ya se trate de la autoridad judicial competente, ya de un árbitro, las partes prefieren llegar a un acuerdo. Pero puesto que ambas tienen razón o, al menos, cada una de ellas considera que la tiene, ninguno de los dos cederá completamente a su pretensión sino que, para llegar a este acuerdo que persiguen, ambas partes deberán «sacrificarse» y, por tanto, realizarse concesiones mutuas. En efecto, dado que ambas partes se consideran como titulares del derecho subjetivo que se discute y, por consiguiente, no tolerarían el verse obligadas a renunciar unilateralmente a éste, el único modo de conciliar los intereses de las dos partes para evitar el pleito en ciernes es el del mutuo sacrificio<sup>61</sup>. En estos casos, el objetivo que se persigue es alcanzar una solución de compromiso que comporte la terminación de la controversia o litigio.

La transacción se ha considerado como el acuerdo que proporciona una solución al conflicto que se sitúa en un punto intermedio entre los dos extremos en los que se hallarían las respectivas pretensiones de las partes. Como resultado de dicho acuerdo, no existen vencedores ni vencidos<sup>62</sup>, a diferencia de lo que podría suceder en el supuesto en que las partes decidieran resolver la controversia surgida entre ellas, sometándose a la decisión de un tercer sujeto privado (el árbitro) o público (el Juez).

---

<sup>60</sup> BOILEUX, Jean Marie: *Commentaire sur le Code Civil*, Tome troisième, Quatrième édition, Joubert, Libraire-Éditeur, Paris, 1838, pág. 577.

<sup>61</sup> La doctrina nacional y extranjera es prácticamente unánime en la consideración de las recíprocas concesiones como el elemento esencial y diferenciador de la transacción en relación con otros acuerdos tendentes a la solución de conflictos. Decimos prácticamente unánime con motivo de la posición contraria de algún autor que disiente de esta opinión mayoritaria, como es el caso de CARRESI, en los términos anteriormente señalados.

<sup>62</sup> En este sentido se pronuncia, CARRESI, Franco: *La transazione*, ob. cit., pág. 71.

Así, por ejemplo, en el supuesto de una titularidad discutida, que por transacción se resuelve quedándose uno la propiedad del bien y pagando al otro un precio, ello nada prejuzga sobre que fuera de mejor derecho la titularidad pretendida porque finalmente se queda con el bien o que lo fuera quien recibe el precio por ser éste mayor al valor de mercado del objeto en discusión.

Sin embargo, ello no tiene por qué considerarse necesariamente de un modo matemático exacto. El acuerdo celebrado mediante la transacción no tiene por qué situarse en un punto a medio camino o equidistante entre las dos posturas encontradas de las partes, puesto que ello dependerá de la concesión que cada una de ellas esté dispuesta a realizar y que sea aceptada por la otra. Podría acontecer que el acuerdo consistiera en que una de las partes no renunciara a la pretensión esgrimida y, por ello, se comprometiera a entregar un determinado bien o a realizar una determinada conducta. En este caso, desde una perspectiva externa, parecería que una de las partes en la controversia ha renunciado totalmente a su pretensión mientras que la contraparte no ha tenido que sacrificarse en nada cuando, en realidad, el sacrificio que ha realizado esta parte a cambio de la renuncia a la propia pretensión de la otra consiste en una prestación que se sitúa en una órbita distinta a la del objeto del litigio. En este supuesto, la superación de dicha controversia no se halla en una solución intermedia entre las dos posturas extremas manifestadas por las partes. En otras palabras, el punto de encuentro al que han llegado las partes para la terminación de la controversia jurídica nacida entre ellas no tiene por qué estar, necesariamente, a medio camino entre las pretensiones de cada una de las partes, puesto que en el Código civil, el justo precio es el que las partes acuerdan.

De conformidad con el carácter oneroso de este negocio jurídico, cada una de las partes deberá sacrificarse, a la vez que recibirá alguna ventaja a cambio. Por consiguiente, la concesión de ambas partes es precisa, mas ésta no debe referirse estrictamente a la pretensión formulada. La concesión de las partes también puede referirse a un objeto externo a la controversia, en cuyo caso el resultado del acuerdo alcanzado no estará en un punto situado entre los intereses internos de las partes en conflicto.

De este modo, las concesiones recíprocas que las partes realizan pueden versar tanto sobre el objeto de la controversia jurídica cuanto sobre cualquier otro totalmente distinto, ajeno por completo al litigio. En este sentido, de un lado, las partes pueden llegar a un acuerdo respecto del objeto de la controversia de tal manera que cada una de ellas se ve pri-

vada, por ejemplo, de una porción de terreno que consideraba como propia, lo que supone, por tanto, un sacrificio. De otro lado, las partes pueden convenir en que una de ellas sacrifique total o parcialmente su pretensión pero, a cambio y como contraprestación necesaria del contrato de transacción, la otra se sacrifica obligándose al cumplimiento de una determinada prestación que podrá consistir en un dar, hacer o no hacer alguna cosa. En este último supuesto, el contenido de la concesión que realiza una de las partes se traduce en una obligación de dar, hacer o no hacer ajena al objeto de la controversia jurídica.

Esta dualidad respecto del objeto sobre el cual puede incidir la concesión necesaria de cada una de las partes, (de un lado, el objeto mismo de la controversia jurídica y, de otro lado, otra cosa ajena a dicha controversia), constituye un elemento de clasificación de este contrato, distinguiendo la transacción pura y simple de la transacción compleja<sup>63</sup>, respectivamente. La doctrina ha calificado como transacción pura y simple aquel contrato en el cual las recíprocas prestaciones de las partes inciden sobre el propio objeto de litigio. Por su parte, la transacción compleja ha sido concebida como aquella en la que el sacrificio de alguna de las partes versa sobre un objeto distinto al de la controversia<sup>64</sup>.

En este sentido, la transacción podría concebirse como la solución que ocupa una posición intermedia entre las pretensiones de las partes cuando el contenido de las prestaciones que reflejan las concesiones mutuas de las partes incidan sobre el objeto del litigio<sup>65</sup>.

Cuando la concesión se refiere únicamente al objeto de la controversia, el acuerdo al que lleguen las partes mediante el contrato de transac-

<sup>63</sup> La distinción entre una y otra clase de transacción ha sido puesta de manifiesto, a título de ejemplo, por ALBALADEJO, Manuel: *Derecho Civil*, II, «Derecho de obligaciones», Volumen segundo, «Los contratos en particular y las obligaciones no contractuales», José María Bosch, editor, Barcelona, 1994, pág. 383.

<sup>64</sup> En el caso en que las partes discuten, por ejemplo, la titularidad de una porción de terreno situada en dos fincas colindantes, las obligaciones recíprocas de las partes podrían incidir sobre las respectivas pretensiones (así, tanto la una como la otra renuncian a una parte de la porción de terreno que pretenden) o también podrían incidir sobre otras relaciones (así, una de las partes renuncia a la porción de terreno a cambio de que la otra le entregue carta de pago de una deuda contraída anteriormente).

<sup>65</sup> Este sería el caso en que la controversia jurídica se centrara en el ejemplo que venimos indicando de forma reiterada respecto de la titularidad de una porción de terreno comprendida entre dos fundos vecinos cuyos propietarios se disputan. En este supuesto, la solución adoptada ocupará una posición comprendida entre las dos posturas cuando la transacción esté configurada de tal modo que las concesiones mutuas de las partes consistan en una renuncia a sus respectivas pretensiones de manera que se repartan la titularidad de la misma en la proporción que estimen conveniente.

ción podrá situarse en un punto más o menos próximo a la pretensión de una de las partes. La mayor o menor proximidad del acuerdo celebrado a la pretensión de una de las partes vendrá determinada en función del contenido de los sacrificios que cada una de ellas haya efectuado, hasta tal punto que la concesión efectuada por una de ellas puede incluso llegar a coincidir íntegramente con la pretensión de la otra, si bien, como contrapartida, recibirá una prestación de la otra parte, como contravalor del sacrificio efectuado porque, de lo contrario, no estaríamos frente a un contrato de transacción, por tanto, oneroso, sino frente a cualquier otro tipo de negocio jurídico o contrato, pero, unilateral.

En resumen, la solución diseñada por las partes a través del contrato de transacción no siempre se situará en un punto a mitad de camino entre las respectivas posiciones esgrimidas inicialmente por las partes porque ello dependerá de los sacrificios que las partes acuerden para poner fin a la controversia jurídica sin la intervención de un tercero. Lo que sí que es cierto es que mediante la transacción, a diferencia de los medios de heterocomposición de controversias jurídicas, no existen ni vencedores ni vencidos porque cada una de las partes se sacrifica pero, también, recibe un beneficio que procede de la concesión de la otra.

Por consiguiente, las concesiones recíprocas de las partes representan el fundamento del instituto de la transacción en el sentido de que expresan la voluntad de las mismas de poner fin a la controversia jurídica que ha surgido. Y para que el negocio jurídico celebrado tenga la consideración de transacción, cada parte se sacrifica mediante la realización o no de alguna conducta. De no ser así, el negocio jurídico dejaría de tener la consideración de bilateral y oneroso y pasaría a situarse dentro del ámbito de los negocios gratuitos. En este caso, el convenio celebrado no constituiría una transacción sino que se trataría de un negocio distinto el cual también podría suponer la terminación del litigio, mas no sería una transacción<sup>66</sup>.

<sup>66</sup> No obstante todo cuanto hemos dicho hasta el momento, consideramos oportuno poner de manifiesto que la consideración de las concesiones recíprocas de las partes como requisito para entender que existe transacción no sólo fue cuestionado por CARRESSI, sino que el derecho francés ya se planteó su exigencia. En este sentido, es de todo punto ilustrativo el texto en el que se comentan los caracteres y condiciones de existencia de la transacción del JOURNAL DU PALAIS: *Répertoire Général contenant la jurisprudence de 1791 a 1850, l'histoire du droit, la législation et la doctrine des auteurs*, Tome douzième, Paris, 1850, pág. 213, en el cual se revela la posición adoptada por el *Code* y la tomada por sus comentaristas: «*Il n'est pas absolument nécessaire pour l'existence de la transaction qu'il y ait, à proprement parler, sacrifice réciproque; c'est ce qui résulte des observations précitées de M. Bigot de Préameneu: c'est aussi ce que dit Domat qui, en définissant la transaction "une convention entre*

Es esencia, pues, de la transacción tratar de poner fin a la controversia, mas no significa que necesariamente la solución se halle en un punto equidistante de ambas pretensiones. De hecho, siempre hay un equilibrio, si no en forma de punto medio, sí de forma derivada al principio de no existir ni vencedores ni vencidos<sup>67</sup>.

En suma, para considerar que las prestaciones de las partes se ajustan al perfil negocial de la transacción, en cuanto negocio jurídico oneroso, es preciso que cada una de ellas se sacrifique en algo.

#### 4. LAS PRESTACIONES CORRESPONDIENTES A LAS CONCESIONES RECÍPROCAS. LA RENUNCIA IMPLÍCITA

Como venimos indicando de forma reiterada, la finalidad que persiguen los particulares al celebrar una transacción, en concordancia con su causa, que consiste en poner fin a una controversia jurídica suscitada entre ellos sin la intervención de un tercero que decida de acuerdo con las normas, conlleva necesariamente el que ambas partes transijan en todo o en parte de sus respectivas pretensiones. De lo contrario, es decir, si ninguna de ellas accediera a «sacrificar» parte de su pretensión, la controversia quedaría subsistente y podría ser objeto del correspondiente proceso.

Por consiguiente, es preciso que para alcanzar un acuerdo que ponga fin al litigio y que éste pueda ser considerado como transacción, ambas partes realicen alguna prestación que comporte una concesión dirigida a la contraparte en consonancia con su propia postura en la controversia, pero es fundamental que también ambas partes dejen con ello resuelta la controversia renunciando a su continuación. En esta línea, podría considerarse que las concesiones conllevan la renuncia de cada una de las partes a su pretensión<sup>68</sup>. En un sentido amplio, la renuncia es la de-

*deux ou plusieurs personnes qui, pour prévenir ou terminer un procès, règlent leur différend de gré à gré, de la manière dont elles conviennent, et que chacune d'elles préfère à l'espérance de gagner jointe au péril de perdre" explique que "celui qui avait quelque prétention oi s'en désiste par une transaction, ou en obtient une partie ou même le tout". Suivant M. Duranton, au contraire, sans cette abandon réciproque, la transaction en se distinguerait nullement du désistement, de l'acquiescement et des actes confirmatifs et de ratification. "Transactio nullo dato vel retento, seu promisso minime procedit" —V. dans le même sens, Zachariae (...).*

<sup>67</sup> El equilibrio de las prestaciones de las partes puede evaluarse si tomamos en consideración el objeto de la controversia y el objeto ajeno a ella. Así, por ejemplo, a más objeto externo concebido, más objeto interno recibido.

<sup>68</sup> Así se pronuncia TREGGIARI, Ferdinando: Voz «transazione (diritto intermedio)» en Enciclopedia del diritto, XLIV, cit., pág. 801. Se concibe que las partes implícitamente ponen término a la controversia cediendo recíprocamente sus posiciones. Así lo entienden

claración de voluntad dirigida al abandono de una posición jurídica, de un derecho subjetivo, de una facultad en la esfera de un derecho, por consiguiente, también de una relación jurídica<sup>69</sup>. En un sentido estricto, la renuncia se define también como el acto por el que el titular hace dejación voluntaria de un derecho, desprendiéndose simplemente de él, sin transmitirlo<sup>70</sup>.

En un cierto sentido, cabría entender que cada una de las partes, o al menos una de ellas, se «conforma» con no exigir la integridad de su propia pretensión, pero, eso sí, a cambio de una contraprestación de la otra, o caso de obtener la pretensión lo será con la correspondiente contraprestación a favor de la otra parte que la ha abandonado en su integridad.

Merced al contrato de transacción, una de las partes puede obtener la totalidad de la pretensión que inicialmente manifestó siempre y cuando, como contravalor del sacrificio de la otra parte que ha renunciado a la totalidad de su pretensión, aquella primera que ha obtenido íntegramente el contenido de la suya también se sacrifique, obligándose al cumplimiento de alguna prestación que le resulte de interés a la contraparte. Por tanto, la idea que subyace en las concesiones recíprocas es una re-

FERNÁNDEZ BARREIRO, A. y PARICIO, Javier: *Fundamentos de Derecho privado romano*, 2.ª edición, Editorial Centro de estudios Ramón Areces, S.A., Madrid, 1993, pág. 90.

<sup>69</sup> MIGUEL TRAVIESAS, M.: «La renuncia» en *Revista General de legislación y jurisprudencia*, tomo 155, cit., pág. 555.

<sup>70</sup> En efecto, en sentido estricto, la renuncia es un acto unilateral del renunciante habida cuenta que depende de su sola voluntad. Por este motivo, el acuerdo celebrado entre las partes, según el cual la renuncia no procede de la única voluntad del renunciante, parece difícil que pueda ser calificada como renuncia en este sentido estricto. Pero admitido está que por pacto se puede asumir el compromiso de renunciar a algo, aunque en sí el cumplimiento del acuerdo que consiste en la renuncia es unilateral. Así lo interpreta ALBALADEJO, Manuel: *Derecho civil*, I, «Introducción y parte general», volumen segundo, «La relación, las cosas y los hechos jurídicos», ob. cit., pág. 28.

De hecho, el artículo 1.000, punto 3.º del Código civil dispone un supuesto de renuncia a cambio de precio o, en su caso, gratuita. «Entiéndese aceptada la herencia: 3.º Cuando la renuncia por precio a favor de todos sus coherederos indistintamente; pero, si esta renuncia fuere gratuita y los coherederos a cuyo favor se haga son aquéllos a quienes debe acrecer la porción renunciada, no se entenderá aceptada la herencia». En este caso en que hay una renuncia a cambio de precio, se califica como traslativa, a diferencia de la pura y simple denominada abdicativa. Esta renuncia traslativa puede tener lugar a través de un negocio específico: venta, cesión, donación. El hecho de que la renuncia traslativa no tenga por finalidad la extinción de un derecho o expectativa o la producción de la imposibilidad jurídica de la adquisición de un derecho la aproxima mucho más a la transacción que la renuncia abdicativa o extintiva, sino fuera porque las partes en la transacción no persiguen transmitir el derecho, habida cuenta que por su litigiosidad no puede decirse en puridad que exista una transmisión. Respecto a la renuncia traslativa o abdicativa MIGUEL TRAVIESAS, M.: «La renuncia» en *Revista General de legislación y jurisprudencia*, cit., págs. 557 y 558.

nuncia de cada una de las partes a la totalidad o parte de la pretensión a cambio de la obtención de un beneficio que provenga de la otra.

En esta línea, el objeto respecto del cual las partes realizan las concesiones mutuas, para poner fin a una controversia que existe entre ambas, debe entenderse en relación con las posiciones asumidas en dicha situación controvertida o litigiosa, es decir, la posición de pretensión<sup>71</sup> y la posición de desatención (negación u oposición) de la pretensión.

En principio, las concesiones recíprocas de las partes en lo que de renuncia implican se refieren al derecho o los derechos sobre los cuales la controversia incide. Dicho de otro modo, la renuncia de las partes se refiere a los derechos pretendidos por cada una de ellas en sus respectivas manifestaciones. Así podría interpretarse del artículo 1.815 del Código civil según el cual: «La renuncia general de derechos se entiende sólo de los que tienen relación con la disputa sobre que ha recaído la transacción».

Este párrafo segundo, junto con el primero, es una transcripción del artículo 1.725 del Proyecto de Código civil de 1851, el cual, a su vez, hunde sus raíces en el Digesto, D. 2, 15, 5<sup>72</sup> y D. 2, 15, 9, 1<sup>73</sup>, y en el artículo 2.048 del *Code Napoléon*<sup>74</sup>.

El primer pasaje del Digesto referido hace alusión a que la estipulación Aquiliana, instituto a través del cual la transacción producía los efectos que le son propios, no afecta a los pleitos que fueron excluidos, mientras que el segundo<sup>75</sup> alude a la extensión de la transacción en el

<sup>71</sup> DERNBURG, Arrigo: *Pandette*, Volume secondo, Diritto delle obbligazioni, prima traduzione dal tedesco sulla 6.ª edizione di Francesco Bernardino Cicala con prefazione di V. Scialoja e G.P. Chironi, ob. cit., pág. 464: «*Essa ha luogo segnatamente per via di un parziale riconoscimento o immediato adempimento di un diritto controverso, contro rinuncia a più ampie pretese; così pure mediante rinuncia ad una pretesa contro una sodisfazione in danaro od in valori pecuniario*».

<sup>72</sup> Así, D. 2, 15, 5 estableció que «... *lites, de quibus non est cogitatum, in suo statu retinentur*. (...)». CORPUS IURIS CIVILIS, Volumen Primum, Digesta, recognovit Theodorus MOMMSEN, retractavit Paulus KRUEGER, ob. cit., pág. 62.

<sup>73</sup> D. 2, 15, 9, 1: «*Transactio quaecumque fit, de his tantum, de quibus inter convenientes placuit, interposita creditur*». Texto extraído del CORPUS IURIS CIVILIS, Volumen Primum, Digesta, recognovit Theodorus MOMMSEN, retractavit Paulus KRUEGER, ob. cit., pág. 63.

<sup>74</sup> Así lo dispone GARCÍA GOYENA en su comentario al artículo 1.725 del Proyecto de Código civil de 1851 si bien una lectura detenida del precepto francés muestra la existencia de otros elementos sobre los cuales los particulares renuncian con la transacción. Artículo 2.048 del *Code*: «*Les transactions se renferment dans leur objet: la renonciation qui y est faite à tous droits, actions o prétentions, ne s'entend que de ce qui est relatif au différend qui y a donné lieu*».

<sup>75</sup> Respecto del pasaje del D. 2, 15, 9, 1, entre los glosadores, ACCURSIO aborda dicha cuestión en ACCURSIO: *Corpus Iuris Civilis Iustinianei*, Digestum vetus, Tomus primus, Lugduni, MDCXXVII, ob. cit., n. 284. De entre los postglosadores, destacaríamos a BARTOLUS

sentido de que ésta sólo se reputa respecto de aquellas cosas sobre las cuales las partes convinieron en la transacción<sup>76</sup>.

La concepción respecto de la extensión de la transacción formada en el Derecho romano<sup>77</sup> constituye, pues, el fundamento que sustenta el precepto del Código civil. Así, este artículo 1.815 del Código civil, en su conjunto, debe interpretarse en el sentido de que la renuncia general sólo afectará a los bienes y derechos expresamente contenidos en el contrato de transacción<sup>78</sup>. Este precepto podría dar a entender, pues, que del mismo modo que en el artículo 6, 2 del Código civil, la renuncia de las partes se refiere a derechos, aunque controvertidos.

Sin embargo, puesto que las prestaciones en que consisten los sacrificios mutuos en la transacción pueden versar sobre el objeto de la controversia o sobre cualquier otro ajeno a ella, el análisis de este precepto debe orientarse a dos supuestos distintos: de un lado, a la renuncia del derecho respecto del cual recae la controversia jurídica y, de otro lado, a la renuncia a otros derechos ajenos a ésta.

En cuanto al primer caso, cabe señalar que la renuncia respecto del derecho controvertido puede tener dos lecturas. De un lado, puede considerarse que no tiene razón de ser por cuanto que, precisamente, se trata de derechos en litigio y, por consiguiente, ninguna de las partes está en posición de poder afirmar, sin atisbo de duda, que es la titular de ese derecho. En realidad y como hemos indicado anteriormente, en virtud del conflicto intersubjetivo se genera la duda en relación con el sujeto al que le corresponde el derecho que en ese momento es controvertido. El

A SAXOFERRATO: *In primam Digesti veteris partem*, Augustae Taurinorum, MDLXXIII, fol. 96v y su discípulo BALDUS DE UBALDIS: *In primam Digesti veteris partem commentaria*, Venetiis, MDLXXXVI, ob. cit., fol. 158v.

<sup>76</sup> La transacción comprende lo pactado en ella. ALCIATUS, Andrea: *Opera omnia in quatuor tomis legitime Digesta*, tomo III, ob. cit., págs. 302 a 304, núm. 1 a 14.

<sup>77</sup> La ley 5 correspondiente al título XV del Libro II del Digesto fue glosado, entre otros, por ACCURSIO: *Corpus Iuris Civilis Iustiniani*, ob. cit., n. 276. De entre los comentaristas BALDUS DE UBALDIS: *In primam Digesti veteris partem commentaria*, ob. cit., fol. 153v. También tratan esta cuestión ODOFREDUS DE DENARIS: *In iure absolutissimi matura*, ob. cit., fol. 94 y CONNANI, Francisci: *Commentariorum Iuris Civilis*, ob. cit., fol. 357 A.

<sup>78</sup> En este mismo sentido se expresó FONTANELLA, Ioannem Petrum: *Decisiones sacri regii senatus Cathaloniae*, tomo secundus, Sumpibus Horat. Boissat & Geor. Remeus, Lugduni, MDCLXVIII. La Decisio CCCLXXIX. *Argumentum: De transacione non extendenda ultra quod expresserunt partes, ex clausulis generalibus postea sequentibus*, págs. 186 a 188 y Decisio CCCLXXX. *Argumentum: De eadem materia praeced. decis.* págs. 188 a 189 y también URCEOLUS, Josephus: *Consultationes forenses, rerum practicabilium et iudicatarum, pars secunda*, Genevae, MDCLXXXVI, pág. 209. Este mismo jurista se pronuncia respecto de la extensión de la transacción a las cuestiones conexas, accesorias y dependientes del objeto de ésta, en la página 214, n. 24 y 28.

derecho controvertido puede existir o no, puede tener o no fundamento. Por consiguiente, habida cuenta que su titularidad no está declarada o constituida, aún menos podrá ser objeto de disposición en forma de renuncia por las partes interesadas en la superación de la controversia que se ha formado al respecto.

De otro lado y como segunda lectura, podría entenderse que las partes renuncian a una expectativa de derecho respecto del todo o de una parte del objeto sobre el que recae la controversia. En cuanto a la posibilidad de renunciar a la expectativa de un derecho, la doctrina no es unánime. La negativa a considerar la posibilidad de la admisión de la renuncia a la expectativa de un derecho se fundamenta en que no puede haber renuncia con respecto a derechos que pueden adquirirse porque, entonces, no hay extinción de aquello que se tiene. Por el contrario, la admisión de la consideración de que la renuncia también puede versar sobre expectativas de derecho se asienta sobre la apreciación de dichas expectativas como derechos en germen y, por tanto, renunciables<sup>79</sup>.

En este sentido, la doctrina ha calificado la renuncia efectuada cuando un sujeto hace dejación de un derecho dudoso o controvertido como **renuncia reconocitiva**<sup>80</sup>. Partiendo de una inicial postura en que cada parte irroga la titularidad del derecho controvertido o de derechos

<sup>79</sup> MIGUEL TRAVIESAS, M.: «La renuncia» en *Revista General de legislación y jurisprudencia*, tomo 155, cit., págs. 560 a 563. Este autor reproduce la opinión de distintos autores en relación al objeto de la renuncia en función de si admiten o no la posibilidad de que la expectativa de derecho pueda ser renunciada.

<sup>80</sup> CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio: «Comentario al artículo 6 del Código civil» en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dirigidos por Manuel Albaladejo y Silvia Díaz, EDESA, 1992, pág. 749.

Respecto al comentario del apartado 2.º del artículo 6 del Código civil, relativo a la renuncia de derechos, el autor establece 5 clases de renunciaciones: abdicativa, liberatoria, traslativa, preventiva y reconocitiva. De la lectura de las definiciones de las respectivas clases se comprueba que, efectivamente, la renuncia que tiene lugar en la transacción se corresponde con el concepto otorgado a la renuncia reconocitiva, al excluir a las demás. Así, la renuncia que se produce en la transacción no es abdicativa habida cuenta de que esta clase es definida como aquélla en que se hace dejación de un derecho adquirido, incorporado al patrimonio del renunciante, cuando el presupuesto de la transacción supone la existencia de un derecho controvertido, por tanto, dudoso en cuanto al patrimonio al que pertenece. Del mismo modo, las concesiones de las partes no pueden concebirse como una renuncia liberatoria puesto que ésta se predica de supuestos concretos que se refieren al abandono de la titularidad de un derecho para liberarse del cumplimiento de ciertas obligaciones (*propter rem*) como correspondería a los casos regulados en los artículos 395 y 544 del Código civil. Tampoco se trata de una renuncia traslativa porque no se dirige a la atribución del derecho a otra persona, puesto que el derecho es dudoso. Igualmente, tampoco puede considerarse que las concesiones de las partes consistan en una renuncia preventiva porque ésta se califica de este modo cuando se manifiesta que no se admite un derecho que no ha entrado todavía en el patrimonio del renunciante.

opuestos, el contrato de transacción pone fin a la controversia mediante un acuerdo por el que las partes efectúan un reconocimiento definitivo del respectivo derecho en forma de respeto futuro de su titularidad, con renuncia implícita a la continuación de la controversia. En esta misma línea, la jurisprudencia también ha entendido que en la transacción las renunciaciones son respecto de las respectivas pretensiones de las partes, a cambio de reconocimientos, como así se desprende de la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de octubre de 2000<sup>81</sup>.

Distinto predicamento se derivaría del caso en que la renuncia afectase a derechos distintos del controvertido, el segundo de los supuestos planteados. En efecto, las concesiones de las partes pueden consistir en que una de ellas o ambas renuncie a un determinado derecho distinto del controvertido. Así, por ejemplo, las partes pueden convenir que, para terminar con la controversia jurídica surgida entre ambas, una de ellas renuncie a un derecho de crédito correspondiente a una deuda pendiente que la otra contrajo con ella en razón de una relación jurídica anterior, como contravalor de la concesión realizada (por ejemplo, es habitual terminar la transacción con un pacto o cláusula general por el que las partes renuncian a nada más pedir ni reclamar sobre cualesquiera negocios habidos entre ellas con anterioridad a la fecha de la firma).

Sin embargo, pese a la literalidad de los preceptos del Código civil, como son el artículo 6, 2 y el 1.815, en cuanto que la renuncia viene referida a los derechos (subjctivos, se entiende), la doctrina suele coincidir en que el objeto de la renuncia no debe circunscribirse solamente a los derechos subjctivos y, por consiguiente, puede abarcar también derechos potestativos, intereses legítimos, derechos eventuales, acciones y excepciones<sup>82</sup>.

En esta línea, pues, la renuncia no sólo opera en el Derecho sustantivo sino que también tiene cabida en el ámbito del Derecho procesal. Sobre el fundamento y los límites establecidos en el artículo 6, 2 del

<sup>81</sup> Esta resolución del Alto Tribunal de 11 de octubre de 2000 (Ar. 9193) dice que la transacción «es un contrato en el que las partes se hacen recíprocas concesiones para alcanzar un acuerdo que zanja sus diferencias. Son renunciaciones de sus pretensiones a cambio de reconocimientos parciales de los mismos. Una transacción en modo alguno puede ser calificada y juzgada como una renuncia abdicativa pura y simple de derechos».

<sup>82</sup> MIGUEL TRAVIESAS, M.: «La renuncia» en *Revista General de legislación y jurisprudencia*, cit., pág. 563 y también CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio: «Comentario al artículo 6 del Código civil» en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dirigidos por Manuel Albaladejo y Silvia Díaz, ob. cit., pág. 755.

Código civil es admisible la renuncia a la acción. En este sentido, la renuncia a la acción se interpreta como una abdicación de las partes al conocimiento jurisdiccional de sus derechos, a la verificación de sus derechos contestados. Así, las partes renuncian al poder que pertenece normalmente a cada individuo y que consiste en la interposición de la correspondiente petición para enderezar una situación contraria al Derecho<sup>83</sup>. De hecho, esta posibilidad es admitida una vez ha sido planteada la demanda correspondiente<sup>84</sup>; por consiguiente, también debería ser aceptada la posibilidad de renunciar a dicha tutela previamente al inicio de un proceso judicial, como consecuencia del ejercicio de la autonomía privada de las partes que persiguen un convenio que ponga fin a la controversia suscitada.

La celebración del contrato de transacción es, en cierto modo, una abdicación de las partes al derecho que les asiste de que un Juez dicte una solución de conformidad con las normas jurídicas la solución a la controversia suscitada, esto es, el derecho a interponer o continuar la acción a cambio de una contraprestación que se entrega o promete<sup>85</sup>. Mediante la celebración de la transacción, las partes renuncian a la interposición de la correspondiente demanda en ejercicio de la acción procesal que le

<sup>83</sup> Así lo consideró Louis BOYER: *La notion de transaction*, ob. cit., págs. 50 y siguientes. Este jurista pone de manifiesto su opinión según la cual las partes renuncian al derecho de acción entendido como «*pouvoir pour chaque individu d'obtenir du juge qu'il mette fin à une situation litigieuse par l'application des normes légales*». Véase en pág. 56, de la obra citada. La crítica vertida sobre la teoría de la renuncia al derecho de acción como contenido de las concesiones de las partes se fundamentó sobre la base de que se trataba de la renuncia de un derecho procesal, al que se le otorga el carácter de una abdicación puramente abstracta. Así Jacques de GAVRE: *Le contrat de transaction en droit civil et en droit judiciaire privé*, I, ob. cit., páginas 67 a 76.

<sup>84</sup> La doctrina procesal admite de forma unánime la renuncia del actor a obtener la tutela jurisdiccional que pretendía. Al respecto, OLIVA, Andrés de la y FERNÁNDEZ, Miguel Ángel: *Lecciones de Derecho Procesal*, ob. cit., pág. 350 y RAMOS MÉNDEZ, Francisco: *Derecho procesal civil* (Quinta edición), tomo I, ob. cit., pág. 676: «... cuando se considera desde la perspectiva de la conclusión eventual del proceso, nos estamos refiriendo a una manifestación de voluntad en el sentido de abandonar lo pretendido en el proceso, de hacer dejación del objeto litigioso por cualquier razón. Al renunciar se deja de pedir el derecho por el que se litigaba, lo cual comporta, en definitiva la desestimación de la demanda».

<sup>85</sup> Algunos romanistas ya interpretaban la transacción como la renuncia a la acción correspondiente a cambio de una contraprestación prometida o entregada. En este sentido, a título de ejemplo, FUENTESECA, Pablo: *Derecho privado romano*, Madrid, 1978, pág. 294. También se prevé la transacción como un acuerdo entre el demandante y el demandado por el cual el primero renunciaba a la acción a cambio de ciertas concesiones que podían ser recíprocas, configurándose como la terminación anormal del litigio en la fase *in iure*. Así por ejemplo, DÍAZ BAUTISTA, Antonio: *Derecho romano*, Promociones Publicaciones Universitarias, 1.ª edición, 1987, pág. 48.

correspondería como medio de inicio del procedimiento judicial pertinente que supere la controversia surgida entre los dos contendientes<sup>86</sup>. Y, también, en el caso de que se haya iniciado el proceso judicial, mediante el contrato de transacción, las partes renuncian a continuar adelante con el pleito antes de que el Juez resuelva mediante la sentencia.

Se trata, en realidad, de una renuncia, aunque también podría configurarse como una obligación negativa de no hacer. Es posible obligarse a no pleitear, pero ello es distinto de renunciar pues, en lo primero, en caso de hacerlo, hay incumplimiento y debe indemnizarse<sup>87</sup>.

Por consiguiente, puesto que el sacrificio mutuo de las partes parece que no puede referirse a los derechos pretendidos por las mismas por cuanto que se trata, más bien, de expectativas de derecho<sup>88</sup>, ni tampoco una renuncia al derecho a la acción por sí solo considerado, las concesiones mutuas se configuran como una renuncia a una parte o al todo, a cambio de una contraprestación, de las propias pretensiones<sup>89</sup>, para tratar de superar la controversia jurídica surgida, dando certeza a una situación dudosa derivada del litigio, y una vez celebrado el contrato, el efecto característico y propio de este contrato es, precisamente, el cierre de instancia, entendiéndose por tal concepto la imposibilidad de poder

<sup>86</sup> Una muestra de esta renuncia a la acción ya se recogía en un caso particular dentro del grupo de las compilaciones altomedievales de derivación romanística, la *Lex romana raetica curtensis* en la que, bajo la etiqueta de *stipulatio* romana se identifica un supuesto de transacción. La norma proporciona a dos litigantes la facultad de poner fin a la controversia sin necesidad de escritura y sin fiadores que contenía la renuncia. Los litigantes acompañaban a la operación la frase «*per ista stipula omne ista causa dimitté*», obligándose así a no volver en el futuro sobre la controversia transigida. En este sentido, TREGGIARI, Ferdinando: Voz «*transazione (diritto intermedio)*» en Enciclopedia del diritto, XLIV, ob. cit., pág. 794, nota 20, in fine.

<sup>87</sup> Los efectos de la renuncia a volver sobre la controversia transigida son distintos de los de la obligación a no pleitear: de la primera se deriva una excepción, la *exceptio pacti* mientras que de la segunda procede la indemnización. No obstante esta diferencia, nada impide el compromiso de no pleitear en el futuro pueda configurarse como una obligación. Es más, entendemos que en toda transacción subyace una obligación de no hacer a la que se comprometen las dos partes como consecuencia del acuerdo celebrado, mediante el que ponen fin a la controversia jurídica existente entre ellas.

<sup>88</sup> Como hemos puesto de relieve anteriormente, hay autores que entienden que es admisible la renuncia a derechos futuros, eventuales o condicionales. Así, GAVRE, Jacques de: *Le contrat de transaction en droit civil et en droit judiciaire privé*, I, ob. cit., pág. 78.

<sup>89</sup> Así, es concebida la transacción en Derecho romano como «aspecto contractual precisamente en el acuerdo de las renunciaciones recíprocas a una parte de las propias pretensiones, para prevenir o componer un litigio», TORRENT, Armando: *Manual de Derecho Privado Romano*, Neo ediciones, S.A., Madrid, 1993, pág. 486. En este mismo sentido, se requiere que cada una de las partes sacrifique en algo de sus derechos o pretensiones o que cada una de ellas se obligue a dar, prometer o retener alguna cosa. SALVAT, Raymundo: *Tratado de Derecho civil argentino, obligaciones en general*, ob. cit., pág. 191.

volver a tratar sobre la misma cuestión por cualquier otro medio de superación de controversias<sup>90</sup>.

Por todo ello, cabría entender que los sacrificios mutuos de las partes versarían al menos sobre las respectivas posturas, de pretensión y oposición a ésta<sup>91</sup>. En efecto, cada una de alegaciones formuladas por las partes que no sean coincidentes darán lugar a una controversia jurídica, conformando la pretensión y la oposición a la misma y respecto de las cuales las partes deberán realizarse las concesiones con la finalidad de llegar a un acuerdo. La distinción primordial entre la renuncia de un derecho y la renuncia de una pretensión se halla en que la primera es un negocio jurídico unilateral que tiene por objeto un derecho cierto renunciado por su titular, mientras que la segunda se caracteriza por soportar unilateralmente el sacrificio<sup>92</sup>.

Así, la doctrina italiana ha entendido en su mayor parte que las recíprocas concesiones de las partes hacen referencia al abandono de la pretensión y de la contestación originarias, sacrificadas en todo o en parte, para llegar a la determinación de una relación de intereses distinta de la original<sup>93</sup>. Por tanto, deberían constar con claridad cuáles son las pretensiones contrapuestas, los derechos sobre los cuales el efecto del contrato de transacción incidirá así como los sacrificios que se refieren a la pretensión y a la oposición a ésta que podrán comportar una modificación de una relación jurídica preexistente entre las mismas partes.

<sup>90</sup> Ambas partes renuncian recíprocamente, no sobre el derecho discutido, sino sobre la posibilidad de discutirlo porque como tal derecho no está claro a qué parte le corresponde. Así, PUIG BRUTAU, José: *Fundamentos de Derecho civil*, Tomo II, Volumen II, Contratos en particular, enriquecimiento injusto, responsabilidad civil, Bosch, Casa editorial, Barcelona, 1956, pág. 565.

<sup>91</sup> CARNELUTTI, Francesco: «Sulla causa della transazione», *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, cit., pág. 583: «*Poichè l'aliquid datum da parte di ciascun paciscente deve misurarsi non rispetto al diritto che realmente gli compete, ma rispetto alla pretesa che intende di far valere: se pertanto ciascuna delle parti rinuncia parzialmente alla sua pretesa, vi è appunto l'aliquid datum aliquid retentum, e perciò vi è transazione (...)*».

<sup>92</sup> Al respecto, véase la definición de CARNELUTTI en *Sistema del diritto processuale italiano*, ob. cit., págs. 168 y siguientes. En cuanto a la distinción entre renuncia de un derecho y la renuncia de una pretensión se pronuncia VALSECCHI: *Il giuoco e la scommessa: la transazione*, Volumen XXXVII, Tomo II del Trattato di Diritto civile e commerciale Cicu-Messineo, Milano, 1986, pág. 231 y PALAZZO, A.: La transazione, en *Trattato di diritto privato de P. Rescigno, Obbligazioni e contratti*, XIII, t. 5, ob. cit., pág. 305.

<sup>93</sup> Así, por todos, MINERVINI, Enrico: *Codice civile* anotado con la doctrina y la jurisprudencia, a cura di Pietro Perlingieri, Libro Quarto, Delle obbligazioni, Tomo II, art. 1470 a 2059, pág. 1609: «*le reciproche concessioni costituiscono il tratto caratteristico della transazione: esse debbono intendersi in relazione alle posizioni assunte dalle parti nella lite (posizione di pretesa, e posizione di contestazione)*».

Por consiguiente, respecto del sustrato esencial de la transacción, que es la controversia jurídica, las partes realizan las recíprocas concesiones<sup>94</sup> entendidas como el sacrificio respecto de las pretensiones manifestadas por ellas en la controversia<sup>95</sup>. Estas concesiones mutuas pueden consistir tanto en renunciaciones parciales relativas a la pretensión y a la oposición de cada una de las partes, respectivamente, como en la renuncia parcial de una de ellas a cambio de la renuncia parcial de la otra más alguna prestación consistente en un objeto distinto al de la controversia, y, por último, en la renuncia total de una de las partes a la integridad de su pretensión a cambio de una contraprestación mayor de la otra parte<sup>96</sup>.

Los límites a estas renunciaciones se hallan definidos en el artículo 6, 2 del Código civil según el cual «La exclusión voluntaria de la ley aplicable y la renuncia a los derechos en ella reconocidos sólo serán válidas cuando no contraríen el interés o el orden público ni perjudiquen a terceros».

Como conclusión, a tenor del artículo 1.815 en relación con el 1.816 del Código civil, cabe afirmar que la transacción conlleva una renuncia de las partes a interponer o continuar las acciones o excepciones derivadas de sus derechos controvertidos con carácter definitivo o de cosa juzgada, con una extensión referida a los mismos tal y como ha sido trabada la *litis* mediante la pretensión y su negación, salvo que de forma expresa se fije una extensión menor (transacción parcial y sigue la controversia por el resto) o mayor (renuncia a otros derechos distintos de los controvertidos en aras de alcanzar la transacción). Finalmente, cabe distinguir que, si bien la renuncia va más allá de la acción o instancia por cuanto que es definitiva, no llega a constituir una obligación de no hacer (no pleitear) en el futuro, pues ésta daría lugar a una indemnización de

<sup>94</sup> Al respecto, véase SANTORO-PASSARELLI, Francesco: *La transazione*, ob. cit., pág. 14. Este autor considera que la controversia se configura como una suerte de diafragma respecto de la situación preexistente, de tal modo que el acuerdo transaccional no debería traspasar y con ello alcanzar dicha situación, pues ésta, precisamente, se quiere terminar. PUGLIATTI: *Della transazione*, en *Commentario del Codice civile* dirigido por Mariano d'Amelio y Enrico Finzi, Libro delle obbligazioni, II, ob. cit., pág. 458.

<sup>95</sup> En este sentido se expresa GULLÓN BALLESTEROS, Antonio: *La transacción*, ob. cit., página 44, nota 98, con la referencia de los autores italianos impulsores de esta postura.

<sup>96</sup> Los distintos supuestos en que las renunciaciones de cada una de las partes podrían consistir quedarían representados matemáticamente (aunque con una igualdad o equilibrio no objetivos sino subjetivos) a través de las siguientes ecuaciones:

$$\begin{aligned}RpA &= RpB \\RpA &= RpB + CB \\RtA &= CB\end{aligned}$$

Siendo A y B: los sujetos de la controversia; R: renunciación; p: parcial; t: total y C: contraprestación.

daños y perjuicios caso de contravenirse, mientras que la renuncia en la transacción sólo da lugar a una excepción. Todo ello, como manifestación de las prestaciones de las partes, como elemento incluido en el perfil contractual del negocio jurídico que nos ocupa y que pasamos a analizar a continuación.

## 5. ESTRUCTURA CONTRACTUAL DE LA TRANSACCIÓN

La estructura negocial descrita en el artículo 1809 del Código civil responde al concepto que el propio ordenamiento jurídico ha diseñado para la consideración de un negocio jurídico como contrato, previsto en el artículo 1.254 del Código civil. En efecto, las partes, que se encuentran ante una situación concreta que puede haber dado o dará lugar a la celebración de un pleito, consienten en obligarse de un modo concreto, según dispone el artículo 1.809 del Código civil, esto es, a través de concesiones mutuas, al objeto, precisamente, de terminar o evitar un pleito. Sin entrar aquí en los pormenores propios de esta expresión contenida en el artículo 1.809 del Código civil, los cuales trataremos en el apartado sistemático correspondiente, cabría decir que esta expresión refleja el contenido genérico de las prestaciones que las partes que persiguen la finalización o la evitación de un pleito deben realizar<sup>97</sup>. En estrictos términos legales, para alcanzar la finalidad que se proponen, las partes dan, prometen o retienen cada una alguna cosa, lo que viene a significar que consienten en obligarse<sup>98</sup>, respecto de la otra parte o en favor de terce-

<sup>97</sup> La consideración de la transacción como contrato ha sido aceptada casi de forma unánime por la doctrina española. En este sentido, entre otros, abogan por esta calificación de la transacción MAYNZ, Carlos: *Curso de Derecho romano*, Tomo II, Jaime Molinas editor, Barcelona, 1887, pág. 626 quien señala que la transacción es ley entre partes, precisamente, uno de los caracteres que se predicán de los contratos. Por su parte, en la página siguiente, la 627, el autor se refiere a este convenio como un contrato verbal y, más adelante, admite la posibilidad de que las partes le otorguen la eficacia de un contrato real. También SANTOS BRIZ, Jaime: *Código civil*, doctrina y jurisprudencia, Tomo VI, Artículos 1.604 a 1.976. Dirección, coordinación, selección de la jurisprudencia, índices y bibliografía de José Luis Albácar López, Trivium editorial, pág. 608 (2,4,5); pág. 610 (2); pág. 611 (4); pág. 612 (4); pág. 614 (2); OGAYAR AYLLÓN, Tomás: *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, ob. cit., págs. 4 y 5; GULLÓN BALLESTEROS, Antonio: *La transacción*, ob. cit., pág. 45. PELÁEZ SANZ, Francisco J.: *La transacción. Su eficacia procesal*, ob. cit., págs. 7 a 10.

<sup>98</sup> De hecho, un sector doctrinal consideró la transacción como fuente de obligaciones en la época postclásica del Derecho romano. Así, en las fuentes postclásicas occidentales, la *stipulatio aquiliana* es una transacción general que comporta también la asunción de obligaciones. En Oriente, asume la forma escrita, abandonando pues la forma verbal, en la cual, casi siempre con finalidad transaccional, se extinguen todas las pretensiones de una parte frente a la otra. Al respecto, TALAMANCA, Mario: *Istituzioni di diritto romano*, ob. cit., pág. 641. Esta

ras personas, a dar alguna cosa o a prestar algún servicio. En un sentido más amplio, las prestaciones pueden consistir en todas aquellas conductas admitidas en derecho. Y deben ser ambas partes las que, de un modo u otro, realicen alguna actuación en beneficio de la otra y en detrimento propio para que pueda considerarse que nos hallamos frente a un contrato de transacción.

La transacción es considerada como un contrato porque comporta una obligación de no hacer, cual es la de no recurrir a la justicia en el caso de que el pleito no haya comenzado todavía o la de no continuar con el proceso que está en curso<sup>99</sup>, aunque se trata, en puridad, de una renuncia implícita, como se ha comentado en el apartado anterior.

Excepción hecha de CARNELUTTI que se cuestiona la naturaleza contractual de la transacción<sup>100</sup>, esta naturaleza ha sido aceptada, en líneas

---

consideración de la transacción como fuente de obligaciones es el resultado de la evolución del instituto. En este sentido, en el período clásico, el acuerdo entre dos o más sujetos para dirimir pacíficamente una controversia entre ellos, esto es, la transacción, podía ser la causa de un *pactum de non petendo* o de una *acceptilatio*. La transacción podía consistir en la terminación de todas las obligaciones del sujeto mediante la fórmula de la *stipulatio aquiliana* o, también, podía comportar la asunción de una nueva obligación por parte de un sujeto en relación con el otro, lo que se producía mediante una *stipulatio*. En el período postclásico, la transacción es causa de extinción y además fuente de obligaciones, en cuanto contrato, sin olvidar su constante correlación con la *res iudicata*, por su naturaleza de dirimir controversias entre sujetos. Al respecto, PUGLIESE, Giovanni: *Istituzioni di Diritto romano*, ob. cit., página 924.

<sup>99</sup> MAZEAUD, Henri, Léon et Jean: *Leçons de Droit Civil*, ob. cit., pág. 1083, n. 1634.

<sup>100</sup> CARNELUTTI, Francesco: «La transazione è un contratto?», *Rivista di diritto processuale*, 1953, I, págs. 185 a 190. Precisamente y dado que este autor se aparta de la línea general y mayoritaria, hemos considerado interesante reproducir a continuación la tesis fundamental que mantiene. En el año 1953, este jurista italiano, retomando el estudio de la causa de este instituto tras cuarenta años dedicados a la investigación en otras materias, plantea la cuestión relativa a su naturaleza contractual. La duda acerca del carácter contractual de la institución de la transacción surge tras el estudio comparativo entre el esquema negocial del contrato de compraventa y el de la transacción. Así, en el contrato de compraventa, existen, además de dos promesas recíprocas, de la cosa y del precio, dos aceptaciones: el vendedor promete la cosa y acepta el precio; el comprador promete el precio y acepta la cosa. En el esquema de la transacción, una de las partes del litigio renuncia parcialmente a su pretensión mientras que la otra reconoce, también, parcialmente. En opinión de CARNELUTTI, tanto la renuncia cuanto el reconocimiento son un negocio y no un contrato. Mientras que la promesa del vendedor precisa de una aceptación, al igual que la del comprador; por contra, la renuncia de quien pretende así como el reconocimiento de la otra parte operan *per se*, sin necesidad de aceptación alguna. Se trataría, en opinión de CARNELUTTI, de dos negocios coligados y no fusionados, existiendo entre ellos una dependencia fundada en la condición de tal modo que la renuncia está condicionada al reconocimiento y viceversa.

Por otra parte y en consonancia con el párrafo segundo del artículo 1.965 del *Codice civile* italiano, en el cual se establece que «*Con le reciproche concessioni si possono creare, modificare o estinguere anche rapporti diversi da quello che ha formato oggetto della pretesa e della*

generales, por la mayor parte la doctrina de los países que ejercieron su influencia<sup>101</sup> en la codificación española y latinoamericana<sup>102</sup> del XIX.

También la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha venido conside-

---

*contestazione delle parti*» Carnelutti entendió que no existía homogeneidad entre las concesiones, si acaso todo lo contrario, esto es, ausencia del *consensus in idem*.

En conclusión, afirmó que la transacción es, en cada caso, no ya un contrato y tanto menos un contrato bilateral, sino la combinación de dos negocios recíprocamente condicionados, de los cuales uno es en cada caso la renuncia total o parcial a la pretensión aposentada en el litigio o el reconocimiento total o parcial de la pretensión misma.

La consideración de la transacción como dos negocios recíprocamente condicionados impediría la resolución por incumplimiento y ello sería injusto.

El artículo de CARNELUTTI fue objeto de no pocos trabajos que trataron de justificar la naturaleza contractual de este instituto. Destacamos, entre otros, el de D'ONOFRIO: «La transazione e il contratto», en *Scritti Giuridici, raccolti per il centenario della Casa Editrice Jovene, Napoli, 1955*, pág. 193 a 197.

<sup>101</sup> Así, y como muestra relevante, reproducimos la opinión de los codificadores franceses de 1804. Al respecto, el Tribun Albigsson, en su discurso con motivo de la defensa del Código de los franceses, definió a la transacción como un contrato y, por tanto, debía reunir los requisitos designados por la Ley: capacidad para contratar, consentimiento de los contratantes, un objeto cierto que sea la materia del vínculo y una causa lícita. Véase, en FENET, Pierre Antoine: *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, Tome quinzisième, ob. cit., pág. 115. En el mismo sentido, el Tribun Gillet situó la transacción como una rama más de la extensa familia de los contratos, en FENET, ob. cit., pág. 125.

Por su parte, en Italia, los autores coinciden en su mayoría en considerar la transacción como un contrato y como ejemplo, por todos, véase BERTOLINI, *Della transazione secondo il diritto romano*, ob. cit., págs. 118 y 119 y D'ONOFRIO, Paolo: *Commentario del Codice civile*, ob. cit., págs. 220 a 222.

<sup>102</sup> Una interpretación literal del artículo 832 del Código civil argentino podría suponer concebir la transacción como un acto jurídico sin más. Este precepto reza lo siguiente: «La transacción es un acto jurídico bilateral, por el cual las partes, haciéndose concesiones recíprocas, extinguen obligaciones litigiosas o dudosas».

La justificación de dicha calificación cabe encontrarla en el hecho de que este cuerpo legal sitúa la transacción entre los medios de extinción de las obligaciones y, por consiguiente, la encuadra en el concepto de acto jurídico. Sin embargo, en cuanto que la transacción tiene por objeto reglar los derechos de las partes, de conformidad con el artículo 1.137 de su Código civil, ésta tiene la consideración de contrato. En este sentido se pronuncia SALVAT, Raymundo: *Tratado de Derecho civil argentino*, ob. cit., pág. 196.

Respecto del Derecho argentino, también, COLOMBO, Carlos J.: *La transacción* (Un contrato civil con proyecciones procesales), Valerio Abeledo, Editor, Buenos Aires, 1944, página 68, n.º 58 y NEPPI, Vittorio, quien, en la adenda XXIX, manifiesta que para la ley tampoco existe duda de que la transacción debe considerarse como un contrato de conformidad con los artículos 832 y 833 del Código civil argentino. Así, NEPPI, Vittorio: *Notas de derecho argentino en MESSINEO, Francesco: Doctrina general del contrato*, traducción de R.O. Fontanarrosa, S. Sentís Melendo y M. Volterra, Tomo I, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1952, pág. 464.

Por su parte, el Código civil de Chile la define como contrato en el artículo 2.446: «La transacción es un contrato en que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente o precaven un litigio eventual. No es transacción el acto que sólo consiste en la renuncia de un derecho que no se disputa». CÓDIGO CIVIL DE CHILE: Estudio preliminar de Dr. Pedro Lira Urquieta, Instituto de Cultura Hispánica, Madrid, 1961; al igual que el de Colombia, en su artículo 2.469, CÓDIGO CIVIL DE COLOMBIA: *Estudio preliminar del*

rando la transacción como un contrato, tal y como se refleja en sus distintas sentencias dictadas<sup>103</sup>.

Fijada pues la consideración contractual de la transacción, parece oportuno tratar de forma pormenorizada los rasgos distintivos que identifican su configuración e individualizan este negocio jurídico autocompositivo de controversias.

## B. LOS CARACTERES DE LA TRANSACCIÓN

En este apartado, nos hemos propuesto mostrar las particularidades de la transacción en relación con aquellas características que la doctrina civilística suele otorgar a cada uno de los contratos que regulan los intereses de los particulares, siguiendo un orden que, en menor o mayor medida, es común para ellos.

### 1. TÍPICO

El hecho de que el Código civil destine sus artículos 1.809 a 1.819 a la transacción comporta que este contrato reciba la mención de típico, con todas sus consecuencias.

Para el caso concreto de la transacción, se trata de un contrato típico de configuración y de regulación<sup>104</sup> porque el ordenamiento jurídico, de una lado, define qué se entiende por dicho contrato (contrato típico de

Dr. Alfonso Uribe Misas, Instituto de Cultura Hispánica, Madrid, 1963; de un modo indirecto, también el Código civil de Costa Rica concibe la transacción como un contrato al indicar, en su artículo 1.368 que «La transacción se rige por las reglas generales de los contratos en los que no esté expresamente previsto en este título», CÓDIGO CIVIL DE COSTA RICA: Estudio preliminar, Compendio y Concordancias a cargo de los licenciados Héctor Beeche Lujan y Fabio Fournier Jimenez, Instituto de Cultura Hispánica, Madrid, 1962.

<sup>103</sup> STS 16 de abril de 1904: «Considerando que ... no hay obstáculo legal para que se determinen en una transacción, puesto que por medio de contrato se establecen más frecuentemente los derechos reales, y la transacción, como reconoce el propio recurrente, no es al cabo otra cosa que un contrato»; STS 26 de abril de 1963 (Ar. 2.418): «Considerando que ... la transacción es ante todo y sobre todo un contrato, no sólo por integrar un título del Código civil comprendido entre los señalados entre los números 3.º y 15.º del Libro Cuarto de este cuerpo legal que se ocupan de la regulación especial de algunos de los contratos nominales, sino porque el artículo 1.809 que le define empieza por decir de modo terminante, que la transacción es un contrato siquiera éste presenta caracteres especialísimos que lo distinguen de los demás» y STS 14 de mayo de 1982 (Ar. 2.572), a título de ejemplo.

<sup>104</sup> La distinción entre contrato típico de configuración y de regulación es una construcción de Carmen GETE-ALONSO en *Estructura del tipo contractual*, Barcelona, 1979.

configuración) en el artículo 1.809 del Código civil y, de otro lado, establece cuáles son las reglas que determinan el régimen jurídico de este instituto (contrato típico de regulación), en los artículos 1.810 y siguientes.

En consecuencia, las particularidades propias de la estructura, la regulación y los efectos de dicho contrato quedan subsumidos en las normas recogidas en los artículos específicos que configuran la disciplina legal propia de la transacción.

Esta consideración de la transacción como contrato típico ha sido una consecuencia de su regulación legal autónoma y diferenciada respecto de otros contratos, regulación independiente que ya tuvo su reflejo en los distintos Proyectos y Anteproyectos de Código civil del siglo XIX, que culminaron en el vigente. Hasta aquel entonces, la transacción se regía por leyes sueltas en distintos títulos del llamado código de las Siete Partidas<sup>105</sup> del rey Alfonso X el Sabio, que contenían, fundamentalmente, los efectos de la transacción así como las personas que podían o no celebrar dicho contrato. Este Libro o Fuero de la Leyes, como se denominó originariamente a las Siete Partidas, fue el instrumento de la introducción del Derecho romano y del Derecho canónico.

La delimitación de la transacción como una institución autónoma entre los negocios bilaterales, en el Derecho romano, ha constituido un problema de difícil solución. Dos son los motivos, principalmente. El primero de ellos es que el término «*transactio*», expresión propia de la legislación y de la jurisprudencia, no aparece hasta la mitad del siglo II después de Cristo. En segundo lugar, la transacción es una institución difícil de localizar en las fuentes y, además, presenta una ambigüedad marcada entre el pacto y el contrato, calificado como innominado, de transacción.

La doctrina no es pacífica respecto del momento en que la transacción se constituye como un negocio autónomo en el Derecho romano, cuna del negocio jurídico que nos ocupa. Así, encontramos autores que defienden que se trata de una institución post-clásica<sup>106</sup>, mientras que

<sup>105</sup> Esta aseveración la constata GARCÍA GOYENA en el comentario al artículo 1.713 del Proyecto de Código isabelino. GARCÍA GOYENA, Florencio: *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, tomo IV, ob. cit., pág. 128, in fine.

<sup>106</sup> En este sentido se manifiesta, a título de ejemplo, PETERLONGO: *La transazione nel diritto romano*, ob. cit., págs. 9 y ss, 129 y ss. El fundamento de su postura se halla en la rúbrica «*De transactionibus*» por la cual este jurista considera que se trata de una denominación propia de la época compilatoria, recompuesta por los juristas clásicos y, tristemente, interpolada. No obstante, debe puntualizarse que, a pesar de esta postura, aparentemente definida, PETERLONGO también admite que la necesidad de la configuración de la transacción como una figura autónoma ya comenzaba a delinearse en el Código de Gregoriano y Ermogeniano.

también hallamos juristas que reconocen una evolución de la institución, que culminó con la consideración de la transacción como un contrato de los calificados como innominados<sup>107</sup>.

Es la compilación de Justiniano la que ofrece con claridad los textos en los que encontramos la regulación de la institución. Así, el Digesto le dedica a la figura el título 15, libro 2 y, por su parte, el Código, recoge la transacción en el Libro 2, título 4 «*De transactionibus*».

En el Derecho romano justiniano, la transacción quedó encuadrada dentro de la categoría de los llamados contratos innominados. La denominación «contratos innominados» es considerada una creación del texto de Ulpiano, recogido en el Digesto D. 2, 14, 7, 1, en el que habla de unos pactos bilaterales aludiendo indirectamente a unas *obligationes sine nomine contractae*<sup>108</sup>. Se calificaban como innominados aquellos contratos que no tenían cabida en aquellas categorías fijadas por el Derecho civil pero que sí tenían reconocimiento pretorio<sup>109</sup>. Se trataba, pues, de figuras cercanas a las civiles, pero que por alguna circunstancia no eran identificables con aquellas<sup>110</sup>. Junto a la división de los contratos<sup>111</sup>

<sup>107</sup> En el Derecho clásico, la *transactio* era una convención sin forma tipificada mediante la que dos personas ponían fin a un litigio o decidían solucionar una relación jurídica incierta mediante recíprocas concesiones. FUENTESECA, Pablo: *Derecho privado romano*, ob. cit., pág. 294. En la época postclásica, se considera que la transacción se sujeta a la forma escrita, según un texto de Graciano en el año 381, recogida en C., 2, 4, 40, hasta que en el derecho justiniano se encuadró entre los contratos innominados, merced a la concesión de la *actio praescriptis verbis*. Al respecto, BIONDI, Biondo: *Istituzioni di diritto romano*, Seconda edizione, Dott. A. Giuffrè, Milano, 1952, pág. 495. Respecto de la relación entre las nuevas modalidades contractuales del Derecho romano y la *actio praescriptis verbis*, cabe mencionar el trabajo de CERAMI a propósito de una investigación de un texto de Celso contenido en el pasaje D. 19, 5, 2. CERAMI, P.: «Vulgaria actionum nomina» ed «agere praescriptis verbis» in D. (19, 5, 2 (Cels. 8 Dig.)), en *Iura*, 1982, XXXIII págs. 121 a 131.

<sup>108</sup> TORRENT, Armando: *Manual de Derecho Privado Romano*, ob. cit., pág. 482.

<sup>109</sup> Esta calificación se refiere, más que a otra cosa, a una designación para señalar que se trata de una figura contractual históricamente no típica. En efecto, se trata de una *conventio* que teniendo origen en un pacto o en una *stipulatio* determina que surjan, no sólo excepciones sino también acciones. Así lo dispone MELLILLO, Generoso: Voce «Transazione (diritto romano)», en Enciclopedia del diritto, XLIV, Giuffrè editore, 1992, pág. 779.

<sup>110</sup> Se ha considerado que el reconocimiento era concedido, no obstante, por el pretor mediante la acción *in factum*. Así, MIOUET, Joan: *Lecciones de Derecho romano*, ob. cit., pág. 273. Se ha considerado, también, que esta acción era concedida inicialmente, caso por caso, consolidándose, posteriormente, la práctica de la concesión, de tal modo que las figuras de uso más frecuente obtuvieron una denominación propia y autónoma, como sucedió con la permuta. En este sentido, VOGLI, Pasquale: *Istituzioni di diritto romano*, Giuffrè editore, Milano, 1996, pág. 461.

<sup>111</sup> La tradición romanista europea ha venido aceptando esta cuatripartición como clasificación de los contratos. Sin embargo, algún autor ha considerado que Gayo no clasifica figuras contractuales sino modos de contraer el vínculo obligatorio, al acto de creación de la relación jurídica obligatoria, habida cuenta que, en realidad, se refiere a los modos de creación

(verbales, literales, reales y consensuales) creada por GAYO, calificados como contratos nominados, coexistían muchas convenciones que tenían por objeto prestaciones recíprocas de las partes contratantes. Sin embargo, puesto que estas convenciones no pertenecían a ninguna de las cuatro categorías señaladas dentro del marco de los contratos nominados, éstas no producían obligación civil<sup>112</sup> y, por consiguiente, ninguna acción, aunque sí excepción. Con el paso del tiempo, la doctrina post-clásica, más concretamente la justiniana, trasladó la eficacia propia de los contratos nominados, por tanto, convenciones provistas de acción, a aquellas convenciones que consistían en el cambio de una cosa por otra (un *dare* o un *facere*) otorgándoles la denominada *actio praescriptis verbis*<sup>113</sup>, incluida entre las acciones de buena fe. De este modo, se permitía que aquél de los contratantes que hubiese cumplido la convención pactada pudiera intentar mediante una acción compeler al otro contratante el cumplimiento de esta misma convención. Así nació la categoría general de los contratos innominados<sup>114</sup>: aquellos convenios que consistían en obligaciones recíprocas pero cuya configuración era divergente a la de los contratos nominados y que, por tanto, en principio, no les corres-

del vínculo obligacional. Así lo pone de relieve FUENTESECA, Pablo: «Visión procesal de la historia del contrato en Derecho romano clásico», en Estudios de Derecho romano en honor de Álvaro d'Ors, I, ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1987, págs. 477.

<sup>112</sup> «*Transactionem innominatum esse, tum quod non nisi sequito implemento actionem pariat, adversus contractus nominati naturam, ex quo statim cum in esse*». En estos términos se pronunció CORASIUS, Joannius: *Iuris consulti miscellaneorum iuris civilis, libri sex, Coloniae, MDLXXXI*, ob. cit., fol. 76.

<sup>113</sup> En todo caso, una vez desaparece el dualismo entre ordenamiento civil y pretorio, el Derecho justiniano reconoce como medio general de tutela de cada contrato innominado, una acción por incumplimiento denominada de formas distintas, si bien la mayor parte de las veces es calificada como *actio praescriptis verbis*. Así, D. 19, 5, 2: «*Nam cum deficiant vulgaria atque usitata actionum nomina, praescriptis verbis agendum est*». En este sentido lo interpreta BURDESE, Alberto: *Manuale di diritto privato romano*, Uniones tipografico, editrice torinese, Torino, 1964, pág. 562. Sin embargo, el nacimiento de los contratos innominados y de la *actio praescriptis verbis* ha sido discutido por la doctrina porque se refiere a contratos típicamente justinianos y por ello se considera que es una construcción dogmática posterior. Así lo expone TORRENT, Armando: *Manual de Derecho Privado*, ob. cit., pág. 482.

<sup>114</sup> El concepto de contrato innominado ha sido considerado también por MARTÍ DE EIXALA, Ramón: *Tratado elemental del Derecho Civil romano y español*, Tomo segundo, Imprenta de Joaquín Verdager, Barcelona, 1838, pág. 282, quien realiza una distinción entre el contrato innominado simple y el compuesto. El contrato innominado simple es aquel en que cada una de las partes sólo intenta contraer una de las obligaciones previstas (dar, hacer, entregar, restituir, transmitir derechos diferentes del dominio y constituirlos, ...). El compuesto es aquel contrato innominado que se compone de dos o más de aquellas obligaciones (así, por ejemplo, promete dar cosa y transmitir crédito de manera que se le dé otra cosa o se ejecute tal obra). Así lo expresa MARTÍ DE EIXALA en la misma obra, en la página 283, nota (1).

pondría acción alguna, y que finalmente la conseguían si una de las partes cumplía con la convención acordada, con la finalidad de obtener el cumplimiento de la otra parte contratante<sup>115</sup>. Por consiguiente, ejecutada la convención por una de las partes contratantes, se le concedía la *actio praescriptis verbis* para exigir a la otra su cumplimiento<sup>116</sup>. En el supuesto de que una de las partes no cumplía la convención, habiéndolo hecho la otra, ésta podía repetir lo entregado mediante la *condictio causa data causa non secuta*<sup>117</sup> o también la *condictio sine causa*, *condictio ex poenitentia* o *condictio propter poenitentiam* o *condictio meram poenitentiam*<sup>118</sup>, o bien, obtener el equivalente de la actividad prestada, mediante la *actio de dolo*<sup>119</sup>. Así las cosas, el Derecho romano, en estricta consonancia con sus principios generales, no regulaba la convención que no se encuadraba dentro de los límites de los cuatro contratos clásicos<sup>120</sup> hasta el instante en que una de las partes cumplía con la convención acordada.

La semejanza entre las convenciones, fundamentalmente<sup>121</sup>, de recíprocas obligaciones y los contratos calificados como nominados, junto con la efectividad de la prestación ejecutada por las partes, fueron causa suficiente para que se reconociera la acción que permitiera la exigencia del cumplimiento de la convención a la otra parte. Sin embargo, los juriconsultos romanos se limitaron a clasificar estas convenciones en función del contenido de su objeto, de acuerdo con las prestaciones recí-

<sup>115</sup> Al respecto, véase D'ORS, Álvaro: *Derecho Privado romano*, ob. cit., pág. 452, n.º 395.

<sup>116</sup> La *actio praescriptis verbis* concedida en el Derecho justinianeo supone la inclusión de la transacción entre los contratos innominados. Así, FUENTESECA, Pablo: *Derecho privado romano*, ob. cit., pág. 294 y, también, IGLESIAS, Juan: *Derecho romano. Historia e instituciones*, 1.ª reimpresión de la 11.ª ed., Editorial Ariel, S.A., Barcelona, 1994, página 403.

<sup>117</sup> CAMACHO EVANGELISTA, Fermín: *Curso de Derecho romano*, Impredisur, S.L., Granada, 1990.

<sup>118</sup> Estas acciones son relacionadas por VOLTERRA, Eduardo: *Instituciones de Derecho privado romano*, Editorial Civitas, S.A., Madrid, 1986, pág. 531.

<sup>119</sup> También VOLTERRA, Eduardo: *Instituciones de Derecho privado romano*, ob. cit., página 531.

<sup>120</sup> En este sentido se pronuncia, CAMACHO EVANGELISTA, Fermín: *Curso de Derecho romano*, ob. cit., págs. 393 y 394.

<sup>121</sup> Decimos, fundamentalmente, porque tradicionalmente se ha entendido que los contratos innominados eran sólo los bilaterales y que estaban todos ellos integrados en las cuatro figuras del *do ut des*, *do ut facias*, *facio ut des*, *facio ut facias*, según se desprende del reconocido trabajo de FRANCISCI, P. de: *Synallagma. Storia e dottrina dei cosiddetti contratti innominati*, I, Mattei editori, Pavia, 1913, sobre estos contratos. Sin embargo, la doctrina más reciente ha demostrado que en el Derecho justinianeo la *actio praescriptis verbis* también era concedida a las convenciones sin compromiso recíproco de prestaciones. En este sentido lo pone de manifiesto VOLTERRA, Eduardo: *Instituciones de Derecho privado romano*, ob. cit., página 532, nota 206.

procas pactadas (*do ut des*, *do ut facias*, *facio ut des*, *facio ut facias*)<sup>122</sup>, en lugar de proporcionarles un nombre propio y singular<sup>123</sup>.

Los contratos innominados constituían, pues, una categoría abierta dentro de la cual figuraban algunos negocios como la permuta, el contrato estimatorio, el precario, la donación modal, la constitución de dote recepticia, el convenio de división y, también, la transacción<sup>124</sup>.

Esta calificación de contrato innominado se refiere, pues, a una figura contractual históricamente no típica. Efectivamente, no se trata de nudo pacto sino de una *conventio* que, teniendo origen en un pacto o en una *stipulatio*, determina que surjan, no sólo excepciones sino también acciones, como la *actio praescriptis verbis* citada y otras tendentes a restablecer el equilibrio sinalagmático que las partes han determinado<sup>125</sup>.

En suma, desde su individualización en la época post-clásica como contrato innominado<sup>126</sup>, la transacción ha constituido uno de los contra-

<sup>122</sup> El *do ut des*, *do ut facias*, *facio ut des*, *facio ut facias*, configuran las cuatro categorías en las cuales las fuentes justinianas clasifican los llamados contratos innominados. Así en el pasaje del Digesto, D. 19, 5, 5: «*Naturalis meus filius servit tibi et tuus filius mihi: convenit inter nos, ut et tu meum manumitteres et ego tuum: ego manumisi, tu non manumisisti: qua actione mihi teneris quaesitum est. in hac quaestione totius ob rem dati truciatus inspicere potest. qui in his competit speciebus: aut enim do tibi ut des, aut do ut facias, aut facio ut des, aut facio ut facias: in quibus quaeritur, quae obligatio nascitur*». Al respecto, se pronuncia BURDESE, Alberto: *Manuale di diritto privato romano*, ob. cit., pág. 561.

<sup>123</sup> En este sentido se pronuncia, CAMACHO EVANGELISTA, Fermín: *Curso de Derecho romano*, ob. cit., pág. 393.

<sup>124</sup> Esta clasificación de los contratos innominados ha sido obtenida de la relación indicada por D'ORS, Álvaro: *Derecho Privado Romano*, ob. cit., pág. 453. Sin embargo, en opinión de VOLTERRA, Eduardo: *Instituciones de Derecho Privado Romano*, ob. cit., pág. 537, los contratos innominados propios del período clásico son, únicamente, la permuta y el *aestimatum*, mientras que los demás fueron incluidos por los bizantinos en cuanto que también eran tutelados por la *actio praescriptis verbis*.

<sup>125</sup> La concepción de los contratos nominados e innominados desde la perspectiva de uno de los representantes de la escuela iusnaturalista como PUFFENDORF, Samuel A: *De jure naturae et gentium*, tomo I y II, Frankfurt und Leipzig, 1759, Minerva G.M.B.H., Frankfurt, 1967, pág. 696.

<sup>126</sup> CUIACIUS estableció «*Licet concludere, transactionem esse speciem contractus innominati, do ut facias, quia datione, vel facto, sumit effectum datione, si pecunia jam dat fit, & agatur, ut discedatur a lite: facto si jam liti renunciatum fit & petatur pecunia eo nomine promissa: aliquid si ex neutra parte aliquid intercesserit, perinde ac si nudum pactum fuerit, non agatur; fed ex integro lis poterit repeti. Competit igitur ei, qui ex parte sua conventionem implevit, actio praescriptis verbis, perinde ac ex contractu innominato. Non obeft, quod transactio videatur nomen habere, quia nullum proprium, & speciale habet, quod soli sibi competat nam quilibet contractus, aut negotium transactionis nomine potest venire*». CUIACIUS, Iacobus: *Opera ad parisiensem Fabrotionam editionem diligentissime exacta*, Venetiis, MDCCLVIII, ob. cit., pág. 642.

tos típicos cuyo reflejo se proyecta en la regulación autónoma e independiente que se le brinda en el ordenamiento jurídico actual<sup>127</sup>.

## 2. CONSENSUAL

Tradicionalmente, la doctrina ha clasificado los contratos dentro de unas categorías preestablecidas, cuyo origen se encuentra, en su mayor parte, en la tipificación de las causas civiles de obligarse establecidas en el Derecho romano. Como es sabido, la constitución de una obligación en el Derecho romano exigía, bien sea el pronunciamiento de unas palabras solemnes, o la suscripción de un documento, ya sea la entrega de una cosa o, también, la prestación de un consentimiento, todas ellas en correlación con el modo de contraer las obligaciones (*verbis, litteris, re y consensu*).

En consonancia con la estructura de la figura de la transacción diseñada en el artículo 1.809 del Código civil, según la cual se entiende como tal el contrato por el cual las partes dando, prometiendo o reteniendo cada una alguna cosa alcanzan la finalidad que pretenden, el contrato de transacción se perfecciona por el mero consentimiento de los contratantes<sup>128</sup> sin que el nacimiento de las obligaciones requiera de la entrega previa de un determinado bien.

<sup>127</sup> Por contra, se ha considerado que la transacción no es un contrato típico porque no cumple con una función típica de intercambio, esto es, no tiene una función económica específica. Así lo estima BONO, Fabrizio del: *Dichiarazione riproduttiva. Contributo alla dottrina del documento contrattuale*, Giuffrè editore, Milano, 1948, págs. 123 y 124: «non può entrare nella categoria del diritto privato come negozio tipico perché non ha una funzione economica specifica».

<sup>128</sup> La distinción entre contrato consensual y real como uno de los criterios clasificatorios de los contratos ha sido puesta en tela de juicio en los últimos tiempos. Así, un sector doctrinal ha entendido que los tradicionalmente denominados contratos reales, es decir, el mutuo, el comodato, el depósito y la prenda, podrían ser también englobados en la categoría de los consensuales, si la ejecución de la entrega inicial del bien por una de las partes y su consecuente devolución por la otra se pospone a un momento diferido en el tiempo, una vez ésta ha sido pactada. En este caso, las partes quedarán igualmente obligadas desde el momento en que prestaron su consentimiento sin que por ello quede modificada la naturaleza del contrato celebrado. Al respecto, véase, Díez-PICAZO y PONCE DE LEÓN, Luis: *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, Volumen primero «Introducción. Teoría del contrato», 4.ª edición, Editorial Civitas, S.A., Madrid, 1993, pág. 139. En cuanto a la revisión de la clasificación del binomio contrato consensual/real, véase, a título de ejemplo, ALBALADEJO, Manuel: «La naturaleza real o no del contrato de préstamo», en *Revista de Derecho Privado*, julio-agosto de 1997, págs. 560 y ss. No obstante todo lo anterior, esta innovadora concepción de los tradicionales contratos reales en nada afecta a la consideración de la transacción, en cuanto que no dejará de ser un contrato consensual puesto que su perfeccionamiento acontece por el mero consentimiento de las partes.

Debe señalarse, no obstante lo anterior, que el gerundio empleado por el legislador en la expresión «dando, prometiendo o reteniendo» pone de manifiesto una cierta inmediatez. Sin embargo, el contrato es válido y eficaz desde su perfección, aunque alguna de sus prestaciones sea de futuro<sup>129</sup>. Ello significa que la eficacia de la transacción no queda condicionada suspensivamente al cumplimiento de las prestaciones asumidas. Si se quiere dar carácter de condición, debe señalarse expresamente.

En otro sentido, la consideración de que este instituto quedase encuadrado dentro de la categoría de los contratos reales vendría provocada únicamente en el supuesto de que la *datio rei* constituyese el presupuesto del nacimiento de la obligación contractual, que consistiría en la obligación de restituir<sup>130</sup>. Como puede comprobarse a tenor del precepto legal que define la figura, la entrega de una cosa, generadora de la obligación contractual característica de los contratos clasificados como reales, no integra la estructura de la transacción en cuanto que este «dando» se circunscribe en una expresión genérica que viene a significar el perfil interno del contenido del contrato y que es reflejo de la idea de las mutuas concesiones de las partes. En consonancia con su configuración legal, la transacción no consiste en la restitución de un bien como consecuencia de su entrega previa sino que las partes se obligan al cumplimiento de unas determinadas prestaciones, entre las cuales puede acordarse una entrega, configurando un contrato que se perfecciona desde el momento en que las partes consienten en obligarse. Por tanto, debe entenderse que la transacción supone otro ejemplo más de la regla general prevista en los artículos 1.254 y 1.258 del Código civil.

No obstante la consideración actual del contrato de transacción como consensual, no está de más recordar que en un momento dado de su evolución conceptual fue concebido como un contrato real, fruto de la configuración de los contratos en la época post-clásica. Como hemos

<sup>129</sup> Dada la situación litigiosa, la mayor parte de las veces no serán obligaciones de futuro pero ello no obsta para que éstas puedan acordarse.

<sup>130</sup> Así fue en sus orígenes en el Derecho romano. El contrato innominado, categoría en la que la transacción se encuadraba, tenía que tener la estructura del contrato real, es decir, tenía que tener su fundamento en una *datio* que provenía de un instituto que el Derecho civil conocía: la *datio ob rem* en el sentido de que aquel que daba para obtener una contraprestación podía repetir aquello dado si la contraprestación no se producía. Era, en suma, la persecución de un enriquecimiento injusto: el reconocimiento de un contrato innominado completa el régimen, porque concede al *dans* una acción por incumplimiento. La naturaleza real no comporta ineludiblemente la unilateralidad sino que el contrato innominado puede ser también bilateral. Al respecto, VOCI, Pasquale: *Istituzioni di diritto romano*, ob. cit., pág. 462.

indicado, la doctrina post-clásica concibió la transacción como uno de los negocios incluidos dentro de la categoría de los innominados, esto es, aquellos convenios que consistían en obligaciones recíprocas que, al no ajustarse a los negocios contractuales tipificados por el derecho clásico, no podían obligar por sí mismos salvo que una de las partes cumpliera el convenio. Este cumplimiento de lo convenido por una de las partes es lo que comportaba el nacimiento de la obligación para la otra de cumplir con su parte<sup>131</sup>. Puesto que el consentimiento no se consideraba fuente directa de acción, estos contratos adoptaban la forma real, con base en una prestación precedente. La ejecución de una prestación por una de las partes, conforme a la convención acordada, comportaba el nacimiento del vínculo obligatorio y de ahí la consideración de los contratos innominados como «reales»<sup>132</sup>.

La posterior consideración como contratos de los calificados como innominados ha comportado que únicamente los contratos reales nominados en el Derecho romano hayan mantenido esta misma estructura, mientras que los contratos innominados quedaron convertidos en consensuales<sup>133</sup>.

Así pues, la evolución de la concepción de los contratos que en derecho clásico se denominaban consensuales hacia la noción actual, en el sentido de que el mero consentimiento de las partes es suficiente para el perfeccionamiento del contrato, alcanzó por igual a los contratos nominados y a los innominados, dejando al margen de esta clasificación a los propiamente reales, esto es, aquellos en que, como tradicionalmente se ha entendido, la entrega es requisito esencial para el perfeccionamiento del contrato, alcanzando esta clasificación al Derecho patrio<sup>134</sup>. Es de destacar, no obstante, la supresión de esta distinción entre contratos consensuales y reales en el Proyecto de Código civil de 1851<sup>135</sup>.

<sup>131</sup> Como se ha señalado anteriormente, las pretensiones de la parte que ha cumplido con lo convenido se llevan a cabo mediante la *actio praescriptis verbis* o, en su caso, con las *conditiones*, en aquellos casos en que se precise la restitución de la cosa o, también, mediante *actio de dolo*, para la obtención del equivalente de la actividad prestada. Al respecto, véase, VOLTERRA, Eduardo: *Instituciones de Derecho Privado Romano*, ob. cit., pág. 531.

<sup>132</sup> D'ORS, Álvaro: *Derecho Privado Romano*, ob. cit., pág. 452, n. 395.

<sup>133</sup> MOXÓ RUANO, Antonio: «Notas sobre la naturaleza de la transacción», en *Revista de Derecho Privado*, Año XXXIV, núm. 402, septiembre 1950, pág. 677.

<sup>134</sup> Véase en GARCÍA GOYENA, Florencio: *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, tomo IV, ob. cit., pág. 6. Y así lo interpreta también Díez-PICAZO, Luis y GULLÓN BALLESTEROS, Antonio: *Sistema de Derecho civil*, Volumen II, ob. cit., pág. 46.

<sup>135</sup> Así quedaba patente de forma expresa en el comentario de GARCÍA GOYENA al artículo 976 del Proyecto isabelino al señalar que «Ahora todos los contratos son consensuales, en cuanto todos ellos obligan por el solo consentimiento, lo que no sucedía entre los

Actualmente, todas las legislaciones consideran la transacción como un contrato consensual<sup>136</sup>. Las divergencias entre los ordenamientos surgen en torno a la presencia o no de preceptos relativos a la forma y, en cuanto a su contenido, respecto del modo de formalizar el contrato<sup>137</sup>, cuestión que abordamos a continuación.

### 3. NO SOLEMNE

La revisión de los artículos destinados por el legislador a la regulación del instituto de la transacción en el Código civil muestra la inexistencia de un precepto específico que exija una forma determinada como requisito de su validez, circunstancia ésta que, en una primera aproximación a la cuestión, permite calificar este instituto como un contrato no formal. En efecto, ningún artículo concreto de los establecidos para la fijación del régimen de esta institución recoge referencia alguna a la exigencia de una formalidad a la cual quede supeditada la existencia y validez del contrato de transacción<sup>138</sup>.

Romanos respecto de los reales, pues sin la entrega de la cosa quedaban en la esfera de simples pactos ó promesas». Añade, no obstante, que «Pueden llamarse reales en cuanto la obligación principal que nace de ellos, supone necesariamente la entrega de la cosa». GARCÍA GOYENA, Florencio: *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, Tomo III, ob. cit., pág. 6.

<sup>136</sup> En líneas generales, los códigos latinoamericanos conciben la transacción como un contrato por el cual se pone fin a una controversia presente o futura, judicial o extrajudicialmente sin indicación de forma alguna salvo el caso que citaremos. Así, el Código civil de Chile, en sus artículos 2.446 a 2.464, no establece disposición legal alguna que comporte la concurrencia de un requisito concreto para la perfección del contrato, ni la entrega ni tampoco una forma expresa. CÓDIGO CIVIL DE CHILE: *Estudio preliminar* de Dr. Pedro Lira Urquieta, Instituto de Cultura Hispánica, Madrid, 1961, págs. 438 a 440; al igual que el CÓDIGO CIVIL DE LA REPÚBLICA ARGENTINA: *Estudio preliminar* de José María Mustapich, Instituto de Cultura Hispánica, Madrid, 1960, págs. 219 a 225 y, más concretamente, SALVAT, Raymundo: *Tratado de Derecho civil argentino, obligaciones en general*, III, ob. cit., pág. 198. También, CÓDIGO CIVIL DE VENEZUELA, Vadell hermanos editores, Valencia, 1982, págs. 484 a 486.

<sup>137</sup> MANRESA Y NAVARRO, José María: *Comentarios al Código Civil español*, Tomo XII, ob. cit., pág. 122: «Ciertas legislaciones extranjeras, no obstante ser la transacción un contrato puramente consensual, que, por consiguiente, no exige para su existencia y validez ninguna forma peculiar, exigen la redacción escrita de la transacción *ad solemnitatem*».

<sup>138</sup> La STS de 29 de abril de 1966 (Ar. 2170) estableció que «En ningún precepto del ordenamiento se impone, para su existencia y validez, requisito alguno relativo a la forma, pues de lo prevenido en el cap. I, tit. XIII, libro IV Cc. sólo se infiere que en algunos supuestos será necesario el otorgamiento de escritura pública, y siempre conveniente el empleo de la forma escrita, pero sin que sea óbice a su eficacia el hecho de que se haya convenido verbalmente, en tanto y cuanto concurren todos los elementos necesarios para la existencia de los contratos en general y las circunstancias legales específicas reguladoras de la transacción».

Tan sólo un precepto, concretamente, el artículo 1.815 del Código civil, podría dar lugar a la interpretación de que el contrato de transacción debería adoptar la forma escrita. Este artículo, en su párrafo primero, reza lo siguiente: «La transacción no comprende sino los objetos expresados determinadamente en ella, o que, por una inducción necesaria de sus palabras, deban reputarse comprendidos en la misma. (...)». En cuanto a la forma de la institución que nos ocupa se refiere, se ha querido entender que las expresiones «los objetos expresados determinadamente en ella» y «por una inducción necesaria de sus palabras» recogidas en este precepto son una clara alusión a la formalización por escrito del contrato de transacción<sup>139</sup>. Sin embargo, consideramos que estas expresiones pueden referirse a una transacción acordada tanto verbalmente como de forma escrita, teniendo en cuenta que la norma que se contiene en este artículo pretende establecer el alcance de la transacción y, para ello, ordena que se deberá estar a lo pactado expresamente en ella o a aquéllo que se deriva de lo acordado, bien sea de forma escrita u oralmente.

En principio, por tanto, la transacción se acoge al principio general de libertad de forma de los contratos que rige en nuestro ordenamiento, según dispone el artículo 1.278 del Código civil y con las especificaciones de validez que en él se indican.

No obstante y atendiendo a la especial configuración del contenido de este contrato, la transacción puede comportar la creación, la transmisión<sup>140</sup>, la modificación o la extinción de derechos reales sobre bienes inmuebles, la constitución de un arrendamiento de un inmueble por seis o más años, la renuncia de los derechos hereditarios, entre otros tantos negocios, por lo que, de conformidad con el artículo 1.280 del Código civil será necesaria la escritura pública, a los efectos de prueba (forma *ad probationem*). De igual modo, en el caso de que una de las prestaciones consista, a título de ejemplo, en la constitución de una hipoteca o de un

<sup>139</sup> Se pronuncian abiertamente en favor de esta interpretación, a título de ejemplo, CLEMENTE DE DIEGO y GUTIÉRREZ, Felipe: *Instituciones de Derecho Civil español*, nueva edición revisada y puesta al día por Alfonso de Cossío y Corral y Antonio Gullón Ballesteros, Tomo II, «Derecho de obligaciones. Contratos. Derecho de familia», Madrid, 1959, páginas 378 y 379 y SANTOS BRIZ, Jaime: *Derecho civil, teoría y práctica*, Tomo IV, Derecho de obligaciones, Los contratos en particular, ob. cit., pág. 583. Por otra parte, se plantea el problema de la interpretación de estas mismas expresiones PELÁEZ SANZ, Francisco J.: *La transacción. Su eficacia procesal*, ob. cit., pág. 74.

<sup>140</sup> «*Solemnitas que in transactione requiratur: ... na eadem solemnitas requiratur in transactione que in alienatione*». Así lo expresa CACCIALUPUS, Johannem Baptistem: *Tractatus solemnitis et utilis de transactionibus* en *Tractatum ex variis iuris interpretibus collectorum*, volumen III, ob. cit., fol. 23v, cuestión octava.

derecho real de superficie será requisito indispensable para que ambos derechos reales queden válidamente constituidos que la transacción, como título del cual tanto la hipoteca como el derecho de superficie traen causa, sea elevada a público e inscrita en el Registro de la Propiedad correspondiente (artículo 1.875, para la hipoteca, y el artículo 16 del Reglamento hipotecario). En estos casos, entre otros, la forma *ad solemnitatem* o *ad substantiam* no lo es de la transacción sino en cuanto que este contrato supone la constitución de un derecho real que está sujeto a unas formalidades legales que condicionan su propia existencia.

Pero, pese a estos supuestos en que el contrato deberá ser elevado a escritura pública y, en su caso, inscrito en el Registro de la Propiedad, bien sea a efectos de prueba, ya sea para la constitución del derecho de que se trate, la transacción no dejará de tener la consideración de contrato no formal y, por consiguiente y salvo los casos indicados por la ley, su existencia y validez no estará sujeta a forma alguna.

Con ello, la transacción establecida en el Código civil se aparta de los precedentes legislativos mediatos, cuales son el *Code Napoléon* y el *Codice civile* de 1865, los cuales recogen la forma escrita, como medio de prueba, en el artículo 2.044, párrafo 2, del *Code*<sup>141</sup> y, como exigencia del contrato, en el artículo 1.314 del *Codice* de 1865<sup>142</sup>. El artículo 1.967 del vigente *Codice civile*, que lo está desde 1942, modifica la concepción del derogado *Codice* estableciendo, de un lado, la forma escrita como medio de prueba del contrato de transacción, en general, y como forma *ad solemnitatem*, en aquellos supuestos recogidos en el número 12 del artículo 1.350 de este mismo cuerpo legal<sup>143</sup>.

<sup>141</sup> En el *Code Napoléon*, la transacción es considerada un contrato consensual y, por consiguiente, no está sometida a ninguna forma concreta, pese a que el párrafo segundo del art. 2.044 estipule que la transacción debe ser consignada por escrito por cuanto que ésta no es más que una regla relativa a la prueba y no a la indicación de una solemnidad que sea requerida como elemento de validez del instituto. Así se expresa, a título de ejemplo, COLIN, Ambrosio y CAPITANT, Henri: *Curso elemental de Derecho Civil*, con notas sobre el Derecho Civil español por Demófilo de Buen, Tomo Cuarto, ob. cit., pág. 719; MERLIN: *Recueil alphabétique de questions de droit*, tome seizième, H. Tarlier, libraire-éditeur, Bruxelles, 1830, páginas 52 a 57 y también, de forma extensa con exposición de ejemplos concretos, LAURENT, François: *Principii di Diritto Civile*, Volume XXVIII, ob. cit., págs. 277 a 285 y en el JOURNAL DU PALAIS: *Répertoire Général contenant la jurisprudence de 1791 a 1850, l'histoire du droit, la législation et la doctrine des auteurs*, Tome douzième, ob. cit., págs. 218 y 219.

<sup>142</sup> El artículo 1.314 del *Codice civile*, actualmente derogado por el del año 1942, declaraba que todas las transacciones, cualesquiera que fuese su objeto, tenían que formalizarse por acto público o por escritura privada.

<sup>143</sup> El vigente *Codice civile* de 1942, en su artículo 1.967, dispone que «*La transazione deve essere provata per iscritto, fermo il disposto del n.12 dell'articolo 1350*». El sistema del Código italiano actual de 1942 ha innovado el que se regulaba en el Código civil de 1865 porque, en

Los exégetas del XIX y comentaristas franceses en su mayor parte coinciden en interpretar la exigencia establecida en el párrafo segundo del artículo 2.044 del *Code* como forma *ad probationem* y no *ad solemnitatem*<sup>144</sup>. La justificación de dicha afirmación se fundamenta en dos argumentos: el primero de ellos lo encontramos en el hecho de que el contrato de transacción suele incluir un sinnúmero de cláusulas, en ocasiones, harto complicadas, por lo que la forma escrita parece el mejor modo de recoger la totalidad de dichas cláusulas. Ello no impide, asimismo, cualesquiera otras formas de prueba admitidas por el derecho común<sup>145</sup>.

Por otra parte, el otro argumento esgrimido por los comentaristas del *Codice civile* respecto de la prueba de este contrato prevista en el artículo 1.967 se fundamenta en el hecho de que la transacción comporta la renuncia de cada uno de los sujetos implicados en una determinada situación jurídica a una parte de su propia pretensión. Parece oportuno, pues, que la renuncia efectuada por cada una de las partes tenga constancia y quede suficientemente probada a través de un medio de fe haciencia como es el documento escrito.

---

primer lugar, establece que todas las transacciones deben ser probadas por escrito, en atención a que este contrato comporta la renuncia de cada uno de los sujetos a una determinada situación jurídica, a la propia pretensión y, en segundo lugar, por cuanto que la norma de este precepto 1.967 remite a la del 1.350, n. 12, en la que se dispone que deben realizarse por acto público o por escritura privada aquellas transacciones que tienen por objeto controversias relativas a relaciones jurídicas mencionadas en los números anteriores al propio artículo 1.350, las cuales tienen por objeto un bien inmueble o un derecho real. En todos estos casos, la prueba escrita se relaciona con la necesidad de la transcripción, característica propia del Derecho inmobiliario italiano. De este modo, el *Codice civile* establece, de un lado, una forma *ad probationem* para todas aquellas transacciones no recogidas en este número 12 del artículo 1.350 del *Codice civile* y, de otro lado, una forma *ad solemnitatem* para aquellas transacciones cuyo objeto esté previsto en este artículo 1.350 de ese mismo cuerpo legal, sometido, por tanto, a la transcripción. Al respecto, véase D'ONOFRIO, Paolo: *Commentario del Codice civile* a cura di Antonio Scialoja e Giuseppe Branca, Libro cuarto, Delle obbligazioni, art. 1960-1991, La transazione, ob. cit., pág. 250.

En cuanto a los precedentes relativos al artículo 1.314 del derogado *Codice*, véase, entre otros, BUTERA: *La definizioni dei rapporti incerti*, I, Delle transazioni, Torino, 1933, págs. 189 y ss. y VISALLI, Nicolò: *La transazione*, Parte quinta, en *Sequestro convenzionale, fideiussione, mandato di credito, anticresi, transazione, cessione dei beni ai creditori*, Giurisprudenza sistematica civile e commerciale, Seconda edizione, UTET, 1980, págs. 448 a 453.

<sup>144</sup> En este sentido, véase, por ejemplo, MERLIN: *Recueil alphabétique de questions de droit*, tome seizième, ob. cit., págs. 52 a 57; BOILEUX, J.M.: *Commentaire sur le Code Civil*, Tome troisième, Quatrième édition, ob. cit., 1838, pág. 575 y BAUDRY-LACANTINERIE, G. y WAHL, Albert: *Traité théorique et pratique de Droit Civil*, Des contrats aléatoires, du mandat, du cautionnement, de la transaction, troisième édition, Librairie de la Société du Recueil J.B. Sirey et du Journal du Palais, Paris, 1907, pág. 643, n.1219.

<sup>145</sup> BAUDRY-LACANTINERIE, G. y WAHL, Albert: *Traité théorique et pratique de Droit Civil*, ..., Paris, 1907, ob. cit., pág. 644, n.1219 y 1220. En pág. 645, otras formas de prueba.

Como ya hemos señalado, el legislador patrio prescinde, en cuanto a la forma se refiere, de los preceptos recogidos por los Códigos que le sirvieron de modelo para tantas instituciones, como la presente, y considera del todo punto innecesaria la inclusión de una norma que establezca una forma determinada<sup>146</sup>. La ausencia de la forma como requisito de eficacia de la transacción en el ordenamiento jurídico actual se correspondería con la concepción seguida en el período postclásico del Derecho romano, reflejada en dos pasajes del Código de Justiniano, en concreto, C. 2, 4, 5<sup>147</sup> y en C. 2, 4, 28<sup>148</sup>. En el primero, la falta del instrumento es superada por la confesión de la existencia del contrato; en el segundo, el mismo principio de la observancia del pacto<sup>149</sup>. Por consiguiente, ninguna forma requiere la transacción para su validez y eficacia<sup>150</sup>.

En nuestro ordenamiento vigente, si la transacción reviste una forma concreta a los solos efectos probatorios, ya serán las partes las que se pongan de acuerdo sobre el medio de prueba apto para ello (*ex* artículo 1.279 del Código civil). En el supuesto de que el objeto del contrato incluya algún tipo de acto que precise de una forma concreta, ya sea a los efectos de prueba, bien sea a los efectos de constitución de un derecho, el ordenamiento jurídico ya regula en otros preceptos legales aplicables

---

<sup>146</sup> El Código civil de México establece, en cambio, que «La transacción que previene controversias futuras, debe constar por escrito si el interés pasa de doscientos pesos», en su artículo 2.945. CÓDIGO CIVIL para el Distrito y Territorios Federales en materia común y para toda la República en materia federal, Talleres Gráficos de la Nación, México D.F., 1928, pág. 599.

<sup>147</sup> C. 2, 4, 5: «Cum te transegisse cum herede quondam tutoris tui profitearis, si id post legitimam aetatem fecistis, frustra desideras, ut a placitis recedatur. Licet enim, ut proponis, nullum instrumentum intercesserit, tamen si de fide contractus confessione tua constet, scriptura, quae probationem rei gestae solet continere, necessaria non est. PP. k. Mart. Albino et Aemiliano cons. a.226.» KRUEGER, Paulus: *Corpus Iuris Civilis*, volumen secundum, *Codex Justinianus*, Weidmann, 1989, pág. 95.

<sup>148</sup> C. 2, 4, 28: «Sive apud acta rectoris provinciae sive sine actis, scriptura intercedente vel non, transactio interposita est, hanc servari convenit. Sed quoniam, ut certum quid accipias, convenisse te, licet sine scriptura, proponis nec huius rei causa stipulationem secutam esse, quamvis ex pacto non potuit nasci actio, tamen rerum vindicatione pendente, si exceptio pacti opposita fuerit, doli mali vel in factum replicatione usa poteris ad obsequium placitorum adversarium tuum iugere. D. III non hui. CC. cons. (a.294).» KRUEGER, Paulus: *Corpus Iuris Civilis*, volumen secundum, *Codex Justinianus*, ob. cit., pág. 96.

<sup>149</sup> TREGGIARI, Ferdinando: Voz «transazione (diritto intermedio)» en *Enciclopedia del diritto*, XLIV, ob. cit., pág. 795.

<sup>150</sup> POTHIER, Robert Josef: *Le Pandette di Giustiniano*, Volume I, ob. cit., pág. 224: «Non vi ha forma particolare per le Transazioni (...) Perciò nelle Transazioni non è necessaria la scrittura». Es de destacar que, pese a esta concepción romana, tomada en consideración por POTHIER, el *Code civil* sí que contemple la forma de la transacción en uno de sus preceptos, en los términos señalados.

a todos los supuestos esta exigencia del requisito formal, por lo que es del todo punto prescindible la reiteración de estas mismas normas en sede de transacción.

Cierto es, no obstante, que la complejidad que el contrato de transacción puede llegar a alcanzar, en cuanto al número de cláusulas y al contenido concreto de las mismas y, por encima de todo, la propia finalidad que persigue, esto es, la evitación o terminación de un pleito, provocan que la plasmación por escrito, en documento privado o público, de los acuerdos consentidos por ambas partes sea una práctica recomendable.

En este mismo sentido que acabamos de apuntar se pronuncia la jurisprudencia del Tribunal Supremo. En efecto, la transacción es definida por este Tribunal como un contrato consensual sometido al principio general de validez y eficacia de los contratos<sup>151</sup>, al margen de la forma de su celebración, en documento privado<sup>152</sup>, en escritura pública o verbalmente.

A modo de recapitulación, cabría decir, por tanto, que la transacción prevista en el Código civil no requiere, en principio, de una forma solemne para su existencia o validez, de acuerdo con los artículos 1.278 y siguientes del Código civil, aunque la concreta composición de las prestaciones acordadas por las partes contratantes puede requerir de una forma preestablecida para que ésta tenga eficacia e, incluso, para que se considere constituida<sup>153</sup>. En estos casos, el contrato de transacción deberá revestir la forma legalmente establecida, puesto que sólo de este modo podrá considerarse alcanzada la obligación pactada por las partes y, como consecuencia, el objeto perseguido por las mismas, esto es, la terminación o evitación de un pleito.

#### 4. BILATERAL Y SINALAGMÁTICO. LA RECIPROCIDAD

Otro criterio de clasificación de los contratos es aquel que distingue los contratos bilaterales de los unilaterales. Como es sabido, es bilateral

<sup>151</sup> STS 4 de diciembre de 1985 (Ar. 6.202). «... la forma no es un elemento esencial y determinante de la naturaleza de un contrato, sino simplemente de su validez y eficacia».

<sup>152</sup> STS 10 de febrero de 1977 (Ar. 333).

<sup>153</sup> En este sentido se pronunciaba ODÓFREDUS DE DENARIS: *Iuris utriusque peritissimi dicaerchi, in primam Codicis partem complectentem*, ob. cit., fol. 76, n. 2. Este jurista considera que la forma escrita no es necesaria y que deberán aplicarse las reglas generales de los pactos (C. 2, 4, 28).

todo contrato que genera o crea obligaciones para ambas partes, mientras que se define como unilateral aquel contrato en el cual las obligaciones nacen únicamente para una sola de las partes<sup>154</sup>.

La consideración del contrato de transacción como bilateral (o plural) viene de la mano del artículo 1.809 del Código civil. Este precepto establece de modo expreso que la transacción es aquel contrato por el cual las partes dando, prometiendo o reteniendo cada una alguna cosa alcanzan una determinada finalidad. Esta expresión «dando, prometiendo o reteniendo cada una alguna cosa» es la que determina el carácter bilateral del contrato de transacción. Con motivo del contrato de transacción celebrado, una de las partes contratantes estará obligada a dar, prometer o retener alguna cosa y lo mismo sucederá con la otra. O, lo que es lo mismo, cada una de las partes quedará obligada al cumplimiento de una prestación.

En efecto, en la transacción, en cuanto contrato y, por tanto, como negocio jurídico bilateral, intervienen dos partes pero, a su vez, por su propia configuración, este contrato genera obligaciones para ambas<sup>155</sup>.

Este carácter bilateral que se predica de las obligaciones del contrato es, de hecho, una calificación doctrinal y jurisprudencial puesto que la ley no lo establece de modo expreso en ningún precepto<sup>156</sup>.

El ordenamiento jurídico se refiere a dicha bilateralidad, en el sentido de que se crean obligaciones para ambas partes, a través de la expresión de la reciprocidad de las obligaciones. Al respecto, sin embargo, el ordenamiento jurídico no establece tampoco un concepto de obligaciones recíprocas<sup>157</sup> sino que la reciprocidad tan sólo es posible conocerla a

<sup>154</sup> La definición del carácter de bilateralidad referido a los contratos es doctrina pacífica. A título de ejemplo, véase, por todos Díez-PICAZO y PONCE DE LEÓN, Luis: *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, Volumen primero, ob. cit., pág. 140; ALBALADEJO, Manuel: *Derecho Civil*, II, «Derecho de obligaciones», Volumen primero, «Las obligaciones y el contrato en general», ob. cit., pág. 397.

<sup>155</sup> Califica la transacción como contrato bilateral, SALVAT, Raymundo: *Tratado de Derecho civil argentino*, obligaciones en general, III, ob. cit., pág. 197.

<sup>156</sup> Los contratos bilaterales pueden ser imperfectos cuando a cargo de una de las partes existe una obligación básica y la otra puede quedar obligada eventualmente a favor de aquélla, pero sin que tal obligación tenga carácter de contrapartida. Así, por ejemplo, pese a que el mandato o el depósito sean contratos gratuitos, el mandante o el depositante están obligados a abonar al mandatario o depositario los gastos que se les hubiesen ocasionado por cumplir el mandato o conservar la cosa depositada (artículo 1.729 y 1.779 del Código civil). Respecto del depósito, por todos, ALBALADEJO, Manuel: *Derecho Civil*, II, «Derecho de obligaciones», Volumen segundo, «Los contratos en particular y las obligaciones no contractuales», ob. cit., pág. 354.

<sup>157</sup> Las alusiones a las obligaciones recíprocas en el Código civil se encuentran en distintos preceptos. Así, a título de ejemplo, el artículo 1.100, por lo que a la mora se refiere, en

través de sus efectos, esto es, la facultad de resolver el vínculo en los casos de incumplimiento (artículo 1.124 del Código civil) y la especial forma de producción de la mora (artículo 1.100 del Código civil)<sup>158</sup>.

En efecto, la reciprocidad es un concepto jurídico indeterminado en el Código civil en el sentido de que no existe norma alguna que aporte una definición de lo que debe entenderse como tal, aparte de que existe, además, una cierta imprecisión en cuanto que la reciprocidad se predica tanto de la relación obligacional cuanto del contrato en sí mismo, circunstancia ésta que podría dificultar la aplicación de este carácter al contrato de transacción.

Pese a esta ausencia<sup>159</sup> de un concepto legal y entendiendo la reciprocidad como la interdependencia de las obligaciones a cargo de cada una de las partes de conformidad con la noción diseñada por la doctrina y la jurisprudencia o, lo que es lo mismo, la interconexión entre las obligaciones principales que configuran el objeto del contrato, resulta oportuno someter a análisis la reciprocidad de las obligaciones que configura el contenido de la transacción.

El contenido del contrato de transacción viene determinado, de un lado, por la finalidad que las partes pretenden alcanzar mediante su celebración y, de otro, por su fundamento.

En cuanto al primero y de conformidad con el artículo 1.809 del Código civil, la transacción es un contrato por el cual las partes ponen fin o evitan un pleito. Por consiguiente, todo contrato de transacción conlleva, implícitamente, una renuncia a la acción procesal correspondiente, interpuesta o no, en estricta consonancia con el tenor literal del artículo 1.809 del Código civil («evitan la provocación de un pleito o ponen término al que había comenzado»).

---

su último párrafo, dispone que «En las obligaciones recíprocas ninguno de los obligados incurre en mora si el otro no cumple o se allana a cumplir debidamente lo que le incumbe. Desde que uno de los obligados cumple su obligación, empieza la mora del otro»; el artículo 1.120, relativo a los efectos de la obligación condicional de dar, señala que «... cuando la obligación imponga recíprocas prestaciones a los interesados, se entenderán compensados unos con otros los frutos e intereses del tiempo en que hubiese estado pendiente la condición. (...)» y, finalmente, el artículo 1.124 determina el régimen de resolución de los contratos con obligaciones recíprocas.

<sup>158</sup> Díez-PICAZO y PONCE DE LEÓN, Luis: *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, Volumen primero, Introducción. Teoría del contrato, cuarta edición, ob. cit., pág. 370.

<sup>159</sup> Esta ausencia legal de un concepto de aquéllo que debería entenderse por obligaciones recíprocas o también calificadas como sinalagmáticas ha dado lugar a distintas interpretaciones que configuran un espectro de posturas dispares. Al respecto, véanse las distintas posiciones recogidas por Díez-PICAZO y PONCE DE LEÓN, Luis: *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, Volumen primero, Introducción. Teoría del contrato, ob. cit., pág. 371 y ss.

Por lo que al segundo se refiere, esto es, el fundamento, la transacción es un contrato a través del cual las partes componen la resolución del conflicto que se ha generado entre ellas, en vez de acudir al auxilio de una tercera persona para que determine a quién corresponde el derecho que se discute. Al respecto, el ordenamiento jurídico parece haber considerado que, puesto que no será un tercero neutral quien, de conformidad con las normas jurídicas, decida cuál de las partes en conflicto sería la titular del derecho en discusión, el medio de superación del conflicto sea a través del sacrificio de ambas, esto es, renunciando parcialmente o a la totalidad de las pretensiones alegadas por los sujetos, pero obteniendo por ello una contraprestación de la otra parte.

De todo ello se desprendería que, tal vez, no exista una perfecta reciprocidad entre las prestaciones pactadas por las partes. Así, la prestación que cada una de las partes se obliga a cumplir es la manifestación del sacrificio que cada una de ellas soporta a cambio de la renuncia a una porción o a la totalidad de la pretensión esgrimida por la otra. En esta misma línea, la obligación a la que se compromete cada una de ellas no es exclusivamente la causa de la otra sino que, además, esta prestación de una de las partes es el contra-valor a la renuncia de la pretensión a la que se obliga la otra y, en su caso, viceversa<sup>160</sup>. En efecto, puede suceder lo siguiente: que una de las partes renuncie a la totalidad de su pretensión, a cambio de una contraprestación que la otra parte<sup>161</sup> se obliga a cumplir, porque de lo contrario no sería una transacción en los estrictos términos legales previstos en el ordenamiento sino una renuncia pura y simple y como tal un negocio jurídico unilateral, mas no un contrato; que las dos partes se comprometan a renunciar parcialmente a sendas pretensiones, por lo que cada una de dichas renunciaciones constituye en sí misma la contraprestación de la renuncia de la otra<sup>162</sup>; y, finalmente, que

---

<sup>160</sup> La contraprestación a una concesión de una parte no es estrictamente la recíproca concesión de la otra, sino que existe además otro elemento, cual es el de la prevención de la *litis*. En estos términos aparece en las «Notas a las anteriores Decisiones de Fontanella», relativas al ámbito de la transacción, bajo la firma de «La Revista», en la *Revista Jurídica de Catalunya*, septiembre-octubre, 1958, pág. 587.

<sup>161</sup> Nuevamente, el supuesto de hecho al que nos referimos sería el siguiente: los sujetos propietarios de dos fincas colindantes se disputan la titularidad de una determinada porción de terreno situada entre dichas fincas, al considerar que cada uno de ellos es el propietario. En este supuesto, una posible superación de esta disputa se alcanzaría si los dos propietarios llegan al acuerdo de que uno de ellos hace suya la totalidad de la parcela en discusión y, a su vez, se obliga al cumplimiento de una determinada prestación. En este supuesto concreto, uno de los sujetos renuncia a la totalidad de la pretensión pero, a cambio, como contraprestación recibe alguna cosa o se beneficia de algún servicio que el otro se compromete a cumplir.

<sup>162</sup> Continuando con el supuesto de hecho planteado, en este caso, los dos sujetos en conflicto acuerdan renunciar parcialmente a sus respectivas pretensiones y con ello dar por

ambas partes renuncien parcialmente a sus pretensiones y, además, cada una o una sola de ellas se comprometa, también, al cumplimiento de una prestación concreta, independiente <sup>163</sup> o no <sup>164</sup> del objeto sobre el cual recae el conflicto.

La manifestación de las prestaciones pactadas por las partes en litigio ya se plasmó en las raíces históricas del instituto. En un cierto sentido, podría entenderse, pues, que el germen de la reciprocidad tal y como la entendemos en nuestros días en el sentido de que una prestación es la causa de la otra, hunde sus raíces en las fuentes del Derecho romano.

La existencia o no de contraprestación junto con la renuncia definitiva de las pretensiones, característica mínima de toda transacción en consonancia con la finalidad que se persigue, dependerá de los acuerdos que tomen las partes, cuyo contenido estará en estrecha relación con el valor que cada una de ellas le otorgue a su propia renuncia. El valor <sup>165</sup> de la renuncia a la propia pretensión estará en función de la relevancia de los argumentos e indicios que acrediten las respectivas pretensiones.

En efecto, los indicios que justifiquen la pretensión de cada una de las partes serán un factor determinante a la hora de fijar el contenido de los acuerdos del contrato de transacción, más concretamente, de las prestaciones y de las contraprestaciones. Así, cuanto más valor tengan o mayor sea el número de elementos probatorios que justifiquen la pretensión esgrimida por una de las partes, tanto mayor será la postura de fuerza que ésta puede ejercer frente a la otra, en el momento de fijación

---

terminada la controversia suscitada acerca de la propiedad de la porción de tierra comprendida en la intersección de las dos fincas, deslindando la misma en sendas partes.

<sup>163</sup> Aquí, las partes tan sólo llegan al acuerdo que pondrá fin a la controversia suscitada y, por tanto, a la evitación o terminación de un pleito, si, además de las renunciaciones a una parte de sus respectivas pretensiones, cada una de ellas se compromete al cumplimiento de una determinada prestación, en este caso, independiente del objeto del litigio, como podría ser el dar por saldadas otras deudas existentes entre los mismos sujetos.

<sup>164</sup> En el caso enunciado, las contraprestaciones tienen relación con el objeto del litigio, esto es, la porción de terreno comprendida entre las dos fincas y podrían ser, a título de ejemplo, la constitución de una servidumbre de paso o la entrega de una determinada cantidad de los frutos que produce esa porción de terreno.

<sup>165</sup> La expresión relativa al valor de la renuncia pretende significar que la prestación que cada una de las partes esté, en principio, dispuesta a sacrificar y, a su vez, la contraprestación que acepte de la otra parte contratante son el resultado del valor que cada una de ellas otorgue a la renuncia de su propia pretensión, bien sea parcial o totalmente. En cierto sentido, podría entenderse que estas prestaciones constituyen el «precio» que cada una de las partes debe «pagar» por la renuncia de la pretensión de la otra parte. En este aspecto, la prestación es el esfuerzo que la parte realiza como medio para conseguir otra cosa cual es la renuncia de la pretensión de la contraparte.

de las prestaciones y las contraprestaciones y, por tanto, su contenido resultará más favorable a sus propios intereses <sup>166</sup>.

Por consiguiente, la valoración interna de la prestación y de la contraprestación de las partes respectivamente, en correlación con la función económico-social del contrato de transacción, esto es, la prevención o terminación de la *litis*, pone de relieve que existe una reciprocidad entre las prestaciones de las partes incluyendo siempre en las obligaciones concretas acordadas una concesión principal cual es la renuncia tácita o expresa a una parte o a la totalidad de la pretensión. Por tanto, la reciprocidad existirá entre la renuncia y/o prestación de una de las partes y la contraprestación y/o renuncia de la otra.

Por esta razón, podría afirmarse que el nexo de interdependencia entre los deberes de prestación opera de modo específico en el aspecto que la doctrina ha venido denominando «sinalagma genético». La idea del sinalagma genético, como es sabido, responde al hecho de que en la génesis de la relación obligatoria cada prestación constituye para la otra parte la razón de ser o la causa por la que queda obligada a realizar o ejecutar su propia prestación <sup>167</sup>. Por lo que al contrato de transacción se refiere, cada una de las prestaciones que deben realizar las partes no constituye por sí sola la causa o la razón de ser de la otra sin tener en cuenta la renuncia a las pretensiones recíprocas. Como ya hemos señalado, las prestaciones de las partes constituyen el contravalor de las renunciaciones a las pretensiones de la parte contraria.

Esta consideración nos lleva a tener que fijar el carácter de la reciprocidad en el conjunto formado por las prestaciones que las partes podrían llegar a acordar y las renunciaciones a sus respectivas pretensiones <sup>168</sup>. Al respecto, resumidamente, cabe señalar, pues, que la reciprocidad en

---

<sup>166</sup> Aparte de los citados, otro elemento adicional incide también, y hasta un cierto punto puede decirse que de modo determinante, en este proceso de fijación de las prestaciones respectivas de las partes en conflicto y es el de la habilidad negociadora de las partes intervinientes. Como en todo contrato, también en la transacción, la pericia de la persona encargada de la negociación, bien sea el propio interesado, ya sea un tercero al cargo de esta especial función, será determinante en el resultado de los acuerdos adoptados. No cabe duda que un experto negociador podrá alcanzar un acuerdo de todo punto satisfactorio para sus propios intereses o los de su patrocinado.

<sup>167</sup> Díez-PICAZO y PONCE DE LEÓN, Luis: *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, ob. cit., pág. 374 y ss.

<sup>168</sup> Por ejemplo, si uno de los colindantes que se disputan la titularidad de una porción de terreno renuncia a una parte del terreno, que él considera que le corresponde, a favor del otro, a cambio de que éste haga lo propio con la que el primero se queda, la reciprocidad no se establece entre las obligaciones que ambos sujetos hayan podido acordar sino entre sus renunciaciones.

la transacción se produce entre las mutuas concesiones que, en sentido amplio y general, acuerdan las partes contratantes.

En cuanto al «sinalagma funcional», el contrato de transacción quedaría encuadrado dentro del deber general de cumplimiento simultáneo<sup>169</sup>, aunque cierto es que la naturaleza de las cosas que podrían configurar el objeto del contrato de transacción, el propio negocio constitutivo de la obligación junto con los usos del tráfico jurídico, en general, conllevan la posibilidad de pactar expresamente en forma de término o condición, que una de las partes no cumpla en el mismo instante que lo hace la otra. En efecto, la prestación que cada una de las partes puede exigir como contra-valor de la renuncia a una parte o a la totalidad de su pretensión podría cumplirse en un momento diferido en el tiempo, no sólo distinto al del perfeccionamiento del contrato sino también existiendo un intervalo entre una y otra prestación. Sin embargo, este retraso previsto en el cumplimiento de una de las prestaciones a cargo de una de las partes contratantes no desvirtúa el funcionamiento del sinalagma funcional, relativo a la interdependencia de las obligaciones acordadas en cuanto que cada una de ellas continúa siendo la causa o la razón de ser de las recíprocas concesiones.

Las consecuencias del carácter recíproco, en los términos señalados, que se predica del contrato de transacción, son los efectos previstos para todo contrato con obligaciones sinalagmáticas, esto es, la facultad de resolver el vínculo en caso de incumplimiento de una de las partes y la especial forma de producción de la mora.

También la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha reconocido el carácter bilateral del contrato de transacción como se muestra en sentencias como la de 15 de junio de 1957<sup>170</sup> y, entre las más recientes, la de 15 de junio de 1998<sup>171</sup>.

En Italia, el hecho de que la transacción queda enmarcada dentro de la categoría de los contratos calificados como recíprocos vendría refren-

<sup>169</sup> Este es el concepto definido por Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis: *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, ob. cit., pág. 375.

<sup>170</sup> STS 15 de junio de 1957 (Ar. 2523): «... acertadamente se reconoce que existe bilateralidad toda vez que el recurrente entre otras cosas se obliga a limitar en la forma convenida, ... y a su vez ésta dejó de ejercitar entonces el derecho que le asistía para ... en la forma que lo venía haciendo en su perjuicio ...».

<sup>171</sup> STS 15 de junio de 1998: «La transacción es un contrato bilateral (o plurilateral) que requiere, obviamente un concurso de declaraciones de voluntad de todas las personas que en él intervienen como partes contratantes (dando, prometiendo o reteniendo cada una alguna cosa —art. 1.809 CC—), cuyo concurso de voluntades indudablemente no existió en las manifestaciones o declaraciones unilaterales ...».

dato por la denominación que recibe la expresión del «dando, prometiendo o reteniendo cada una alguna cosa» del derogado *Codice civile* de 1865 en el vigente, que lo es desde 1942. En concreto, el artículo 1.965 del *Codice civile* actual configura la transacción como aquel contrato por el cual las partes obtienen la finalidad perseguida descrita mediante «*reciproche concessioni*».

La reciprocidad que caracteriza el contrato de transacción se refiere, más que al plano obligacional, al ámbito correspondiente a las renunciaciones respectivas de las pretensiones de las partes en relación con el valor que cada una de ellas otorga a dichas renunciaciones. Podría darse el caso de que ninguna de las partes se comprometiera a realizar prestación alguna como contra-valor de sendas renunciaciones y no por ello el contrato realizado dejaría de ser considerado como una transacción. Por tanto, el hecho de que la configuración del contenido del contrato de transacción pueda abarcar tanto los supuestos en que las partes se comprometen a cumplir con unas determinadas prestaciones como contraprestación de las respectivas renunciaciones a las pretensiones inicialmente esgrimidas, como a los casos en que los sujetos en litigio renuncian parcialmente a sendas pretensiones, llevaría a interpretar que la reciprocidad se establece entre las renunciaciones y, caso de que existan, las prestaciones pactadas por las partes.

Las prestaciones y contraprestaciones recíprocas entre las partes tienen un contenido mínimo consistente en la renuncia definitiva, total o parcial, por ambas al derecho controvertido, pudiendo además existir posibles prestaciones y contraprestaciones en forma de objeto externo como factor de equilibrio que, en conjunto, forman las mutuas concesiones en que la transacción por definición consiste<sup>172</sup>.

En suma, pues, la reciprocidad se predica de las concesiones que las partes realicen como una manifestación de su intención de poner fin al litigio sin necesidad de tener que recurrir a someterse a la decisión de un tercero. Estas concesiones serían, de hecho, las renunciaciones que mutuamente las partes realicen de su propia pretensión y, en el supuesto que

<sup>172</sup> «El propósito práctico de los transigentes de superar la contienda que les afecta, se realiza mediante la liquidación de la misma a través de hacerse los contratantes recíprocas concesiones en relación a sus encontradas pretensiones, según se desprende de la descripción tipificadora de la causa transaccional contenida en el precepto transcrito (artículo 1.809 del Código civil)». LUNA SERRANO, Agustín: *La transacción en Elementos de Derecho Civil, II, Derecho de obligaciones*, vol. tercero, Contratos y cuasicontratos, ob. cit., pág. 546.

así se acuerde, de las prestaciones que además configuren el valor del sacrificio global que realiza cada una de ellas <sup>173</sup>.

En otro orden de cosas cabe señalar que el nexo sinalagmático que se establece entre la renuncia parcial o total de una de las partes a su propia pretensión junto con alguna posible prestación en relación con la correspondiente renuncia, también total o parcial, podría alcanzar a otras relaciones jurídicas distintas de la situación litigiosa. En efecto, la prestación que una de las partes se compromete a realizar como contra-valor

<sup>173</sup> En el ámbito del Derecho contractual inglés, la promesa de renuncia a la acción para interponer la correspondiente demanda procesal (*forbearance to sue*) se estima como una suerte de causa válida a cambio de otra promesa. En dicho ámbito, el fundamento de que la promesa de una persona prospere se encuentra en la existencia de la denominada *consideration* (el equivalente a la causa en los países del *Civil Law*). Por consiguiente, la renuncia a la acción a cambio de una contraprestación es una causa para generar una suerte de obligaciones, coincidiendo con el esquema de la transacción continental.

En este sentido, se manifiesta WILSON, John Furness: *Principles of the law of contract*, London, 1957, pág. 50. Una parte que es amenazada con procedimientos legales puede tratar de posponer la acción mediante un compromiso. La cuestión que se plantea la doctrina británica es si la promesa hecha por él a cambio de la renuncia a la acción en el compromiso es considerada suficiente como para hacerla exigible. Se ha sostenido que incluso sin que se efectúe una expresa renuncia a la acción, el mero hecho de la renuncia a la acción seguida de una promesa es suficiente para hacer exigible la promesa. Así lo considera el autor cuando los demandantes exigen el pago de la deuda y como consecuencia de dicha aplicación el demandado está de acuerdo en dar una cierta garantía, aunque no haya habido promesa por parte de los demandantes de abstenerse por un cierto tiempo de exigir judicialmente la deuda. El efecto es que los demandantes efectivamente dieron, y el demandado, recibió el beneficio de la renuncia a la acción aunque, de hecho, por un tiempo definido pero, al fin y al cabo, alguna suerte de renuncia. En esta línea, DAWSON y HARVEY, en relación al caso HOOFF v. PAINE: Supreme Court of Appeals of Virginia, 1939. 172 Va. 481, 2 S.E.2d 313, en DAWSON, John P. & HARVEY, WM. Burnett: *Cases and Contracts and Contract remedies*, 2nd. ed., The Foundation Press, Inc., Mineola, New York, 1969, págs. 182 a 184; TREITEL, G.H.: *An outline of the law of contract*, London, 1979, pág. 37: «8. *Compromises and forbearances: If a person who has a legal claim against another promises not to enforce it, there is in general no difficulty in seeing that he thereby provides consideration for a counter-promise by the other party. For example, if A is owed \$100 by B payable today, A's promise not to enforce the debt would be good consideration for B's promise to give security for it. Similarly, if A had been injured by B's negligence, A's promise not to sue B would be good consideration for B's promise to pay \$ 5,000 by way of compensation. In these cases, A suffers a detriment by giving up a legal right and B gains a corresponding benefit.*» y ATIYAH, Patrick S.: *An introduction to the law of contract*, 5th ed., Clarendon Press, Oxford, 1995, págs. 129 y 130.

En relación con la cuestión relativa a la «*consideration*», AMES, James Barr: «*Two theories of consideration*», *Harvard Law Review* 12 (1899), pág. 515: «*Consideration, according to the traditional definition, is either a detriment incurred by the promisee or a benefit received by the promisor in exchange for the promise... Detriment involves a change of position on his part. A promise, though given for an abundant consideration, may yet be unenforceable*» y también WILSON, John Furness: *Principles of the Law of Contract*, Sweet Maxwell, London, 1957, página 41; ATIYAH, Patrick S.: *An introduction to the law of contract*, 5th ed., Clarendon Press, Oxford, 1995, págs. 118 a 122 y SMITH AND THOMAS: *A Casebook on Contracts*, 10th ed., Sir J.C. SMITH, Sweet & Maxwell, London, 1996, pág. 195.

de la renuncia y, si así lo deciden las partes, de la contraprestación de la otra, podría incidir en otra relación jurídica ya existente. Así, a título de ejemplo, una de las prestaciones que se constituyen como contravalor de la renuncia parcial o total de la pretensión de la contraparte podría consistir en la extinción de una relación obligatoria concertada anteriormente con el mismo sujeto con el que se está en litigio por una cuestión distinta. En este caso en concreto, la prestación a la que se obliga una de las partes no se halla encuadrada dentro del objeto del litigio sino que afecta a una relación jurídica ajena, en principio, a la situación en conflicto. Aquí, pues, el nexo sinalagmático se establece entre la renuncia de, al menos, una de las partes, cuando no de las dos a una porción, de la proposición alegada y una prestación asumida por la otra parte que alcanza a otra relación jurídica diferente de la situación litigiosa.

Que el nexo sinalagmático pueda transcurrir también entre prestaciones de distintas relaciones se observa en el Derecho italiano. Como se establece en el párrafo 2 del artículo 1965 del *Codice civile*, con las recíprocas concesiones, aparte de su incidencia sobre la relación litigiosa se pueden crear, modificar y extinguir relaciones distintas de aquella que ha formado el objeto de litigio <sup>174</sup>. El interés en transigir provoca la vinculación sinalagmática, incluso, de dos o más relaciones distintas y por prestaciones originadas por títulos distintos y autónomos, que encuentran su justificación en la finalidad transaccional.

Ahora bien, mientras que la renuncia al derecho controvertido en aras de alcanzar el efecto de cosa juzgada resultará implícita en toda transacción, y con una extensión, salvo limitación expresa, igual a como resultase planteada la controversia por la confrontación de pretensiones entre las partes, la renuncia de derechos procedentes de relaciones jurídicas ajenas o externas que en compensación se incluyan en la transacción deberá hacerse de forma necesariamente expresa (artículo 1.815,2 del Código civil).

De todo cuanto acabamos de señalar, consideramos, pues, en que la reciprocidad de las prestaciones en la transacción se predica de la renuncia de una de las partes o las renunciaciones parciales de ambas, junto con las contraprestaciones que, en su caso, complementan dichas renunciaciones para alcanzar el punto medio o equilibrio subjetivo de las mismas. Las concesiones de las partes en el contrato de transacción son concesiones

<sup>174</sup> Literalmente, el párrafo 2 del artículo 1.965 del Código civil italiano establece que «*Con le reciproche concessioni si possono creare, modificare e estinguere anche rapporti diversi da quello che ha formato oggetto della pretesa e della contestazione*».

mutuas o recíprocas respecto de sus posturas iniciales, y pueden consistir en tres distintos supuestos que, cual si de una balanza romana se tratase, tienden al mencionado equilibrio intersubjetivo que satisface los respectivos intereses encontrados y permite, por tanto, la superación de la controversia.

Estos supuestos o fórmulas de transacción pueden ser: En primer lugar, la renuncia parcial de uno de los sujetos frente o a cambio de la renuncia también parcial del otro; segundo, la mayor renuncia de uno en correspondencia con la menor renuncia del otro, más una contraprestación a cargo de éste con finalidad equilibradora y, tercero y último, la renuncia total de uno de los intervinientes a su postura o pretensión ante la contraprestación ofrecida por parte del otro.

Lo importante en la transacción es que, partiendo de unos derechos subjetivamente ciertos para cada uno de los contendientes, pero subjetivamente dudosos por la controversia trabada, al final no es preciso un equilibrio externo perfecto entre las concesiones de las partes, porque éste viene determinado por el acuerdo de voluntades adoptado en relación con las prestaciones que cada una de ellas se compromete a cumplir. La búsqueda del punto medio de equilibrio para lograr la transacción es difícilmente evaluable de forma externa por un tercero, por cuanto sólo las partes saben exactamente lo que en su respectiva esfera jurídica les supone evitar o continuar el litigio, atendiendo incluso a parámetros no estrictamente relacionados con el tema de la controversia pero sí importantes para decidir la transacción (nos referimos a los costes económicos de un litigio, publicidad, tiempo, oportunidad, ...).

En esta misma línea, conviene destacar que las prestaciones de las partes deben analizarse dentro del marco del contrato de transacción y no desde una perspectiva extrínseca y fragmentaria, porque en el caso de contemplarse de forma aislada, la interrelación de las prestaciones de cada una de las partes podría coincidir con el esquema negocial de otros contratos y, por ello podría erróneamente concluirse que la transacción es un contrato marco en el que tienen cabida múltiples negocios jurídicos de distinta índole (permutas, compraventas, donaciones mixtas, etc.).<sup>175</sup>

<sup>175</sup> El contrato de transacción puede conllevar incluso la subrogación en una hipoteca, como así se desprende de los hechos recogidos en la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de mayo de 2000 (Ar. 4393). El origen remoto de la cuestión que dió lugar al proceso en cuestión se halla en el contrato que celebraron una empresa constructora y una cooperativa de viviendas. Como consecuencia del cumplimiento parcial de la obligación de pago, las partes celebraron un contrato de transacción mediante el cual, entre otras cláusulas, se previó la subrogación de la constructora en una determinada hipoteca.

cuando, en realidad, es un contrato típico cuya causa modaliza y completa globalmente, las prestaciones que cada una de las partes accede a otorgar en el acuerdo. Las prestaciones pactadas por las partes responden a una causa concreta cual es la de poner fin a una controversia surgida y, por consiguiente, dar certeza a una situación jurídica antes dudosa. En consecuencia, el acuerdo transaccional constituye un contrato único en el que consta el entendimiento completo entre las partes del mismo respecto de su objeto y cuya interpretación y ejecución deben efectuarse, por tanto, de forma global, no resultando válida la extrapolación o interpretación parcial de una parte del mismo. En suma, la transacción es un contrato típico con una causa concreta que identifica y particulariza el negocio jurídico.

## 5. ONEROSO

La configuración bilateral o sinalagmática de las prestaciones del contrato de transacción conlleva el que también se le otorgue el calificativo de oneroso.

En este sentido, la onerosidad es un carácter que se predica de todo contrato bilateral, si bien no de forma exclusiva habida cuenta que también los contratos con obligaciones unilaterales pueden ser onerosos<sup>176</sup>.

La onerosidad es un concepto que, por oposición al carácter gratuito o lucrativo, supone la existencia de sacrificios patrimoniales para ambas partes del contrato, y se relaciona íntimamente con la causa.

Sin embargo, el carácter de la onerosidad de la transacción viene determinado por su consideración sinalagmática y también porque así viene específicamente establecido por el perfil legal del instituto. Nuevamente aquí nos remitimos a la literalidad del precepto que aporta la noción de la figura objeto de estudio, esto es, el artículo 1.809 del Código civil y, en concreto, a la expresión «dando, prometiendo o reteniendo cada una alguna cosa», cuyo origen histórico cabe encontrarlo en el pasaje del Código de Justiniano, C. 2, 4, 38 («*Transactio nullo dato vel retento seu promisso minime procedit*»)<sup>177</sup> citado, y que es reproducida de forma casi idéntica

<sup>176</sup> Por ejemplo, el préstamo con interés, siempre que el préstamo se considere un contrato real.

<sup>177</sup> El término «oneroso» no aparece en los textos de los juristas que se ocuparon del estudio del pasaje del Código de Justiniano C. 2, 4, 38 en los primeros tratados. En líneas generales, la transacción se acostumbra a calificar como pacto o contrato no gratuito. En

en el artículo 1.764 del Código civil italiano de 1865, precedente legislativo inmediato del homólogo en nuestro Código civil, el artículo 1.809.

No obstante, el Proyecto de Código civil de 1851 ya recogía la idea de la onerosidad del contrato de transacción al definir esta institución, en su artículo 1.713, como «convenio no gratuito», con base en ese mismo pasaje del Código de Justiniano<sup>178</sup>. La fórmula empleada en el artículo 1.809 del Código civil vigente ha resultado más descriptiva que la del Proyecto de Código civil isabelino<sup>179</sup>.

Aquí, como sucede con la bilateralidad y reciprocidad, el ordenamiento jurídico no proporciona un concepto de onerosidad, si bien algunos preceptos se refieren a él, como son el 1.274<sup>180</sup>, en sede de la causa de los contratos, y el 1.289<sup>181</sup>, en materia de interpretación de los contratos, ambos del Código civil.

---

este sentido, por ejemplo, el glosador AZO PORTIUS: *Summa Super Codicem. Instituta. Extraordinaria*. Augustae Taurinorum, edición anastática, MCMLXVI, pág. 26. «*Transactio est de re dubia et lite incerta neque finita non gratuita pactio*» y más adelante «*Non gratuita autem, transactio nullo dato vel retento seu promisso minime procedit*». Perteneciente a un período histórico posterior, la transacción se define como «*Transactio est de re dubia et lite incerta non gratuita pactio aliquo dato vel retento, vel promisso, vel remisso, fei permissio attentata conventio-ne haberi potuit*» por CACCIALUPIUS, Iohannem Baptistem: *Tractatus solemnibus et utilis de transactionibus* en *Tractatum ex variis iuris interpretibus collectorum*, volumen III, ob. cit., fol. 21v, primera cuestión). En esta misma línea, CASTRO, Paulus de: *In primam Codicis partem*, ob. cit., fol. 69v, lex XXXVIII. Como últimos ejemplos, MOLINEUS, Carolus: *Omnia qua extant opera*, tomos tertius, sumptibus Antonii Dezallier, Parisiis, MDCLXXXI, título IV, pág. 604: «*Eft pactio non gratuita de re dubia, atque lite incerta, aliquo dato, retento, vel promisso*». Posteriormente, el término «oneroso» es aplicado a la transacción. Así, a título de ejemplo, MURILLO, Petrus: *Cursus iuris canonici hispani, et indici, in quo juxta ordinem titularum decretalium*, Matriti, MDCCXLIII, tit. XXXVI, n. 369, pág. 165 «*Transactio est contractus onerosus, quia ex partium consensu ulro, citroque obligationem civilem inducit*». También HEINECIUS, J., KAHL B. et BRISSONI: *Vocabularium juris utriusque*, tomos quartus, P-Z, Neapoli, MDCCLX, pág. 639: «... *transactio pactum onerosum esse l. 38 C.: Transactio nullo dato, vel retento vel promisso, minime procede dicitur*».

<sup>178</sup> El artículo 1.713 del Proyecto de Código civil de 1851 estableció que «La transacción es un convenio no gratuito sobre cosas dudosas, que puede ser hecho antes ó después de haberse movido pleito sobre ellas». Respecto de este precepto, GARCÍA GOYENA consideró como más acertado el concepto de transacción, que se desprende de dos de los pasajes de la legislación romana, relativos a este contrato, recogido en el Libro 2, Título 4, Ley 38 del Código y el Libro 2, Título 15, Ley 1 del Digesto. Véase en GARCÍA GOYENA, Florencio: *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, Tomo IV, ob. cit., pág. 128.

<sup>179</sup> Así lo entiende OGÁYAR AYLLÓN, Tomás: *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, ob. cit., pág. 13.

<sup>180</sup> Recordamos, el artículo 1.274 del Código civil dispone que «En los contratos onerosos se entiende por causa, para cada parte contratante, la prestación o promesa de una cosa o servicio por la otra parte; ...».

<sup>181</sup> Como es sabido, el artículo 1.289 del Código civil propone una regla de interpretación del contrato en el sentido de que la duda que hubiere podido surgir «Si el contrato fuere oneroso, la duda se resolverá en favor de la mayor reciprocidad de intereses».

En consecuencia, trasladando la noción de onerosidad acuñada por la doctrina a la transacción, resulta que se trata de un contrato oneroso en cuanto que cada una de las partes padece un sacrificio (la prestación o concesión que realizó a la otra) con el objeto de procurarse la correspondiente ventaja. En la transacción, coexisten simultáneamente sacrificios y ventajas para cada una de las partes contratantes<sup>182</sup>. Cada una de las partes se sacrifica (la renuncia a una parte o a la totalidad de la pretensión alegada y, en su caso, junto a una prestación que puede consistir en un dar, hacer o no hacer alguna cosa o servicio) y, a su vez, recibe un beneficio o ventaja que se corresponde, de un lado, con la renuncia parcial o total que la otra parte efectúa<sup>183</sup>, habida cuenta que con ello ambas partes superan el litigio surgido entre ellas y, de ese modo, ejercen libremente y con seguridad y fijeza el derecho del cual cada una de ellas se considera titular y, de otro lado, la prestación que una o cada una de ellas se haya comprometido a cumplir. Cada una de las partes debe cumplir en favor de la otra una prestación de tal modo que la prestación de cada parte responde así a la ventaja o prestación de la otra<sup>184</sup>. En suma, las recíprocas concesiones significan el sacrificio y ventajas de las pretensiones alegadas por las partes en la controversia o, también, de los derechos invocados por éstas<sup>185</sup>.

La transacción es, pues, un contrato oneroso en cuanto que cada una de las partes concede a la otra una ventaja a la vez que cada una de ellas se sacrifica en parte. «La idea de la onerosidad responde a la carga, el «onus», que el negocio impone. El negocio o el vínculo que de él deriva es gravoso para ambas partes en el sentido de que les produce sacrificios

---

<sup>182</sup> Es de destacar la concepción amplia que parece desprenderse de la opinión del jurista Benito GUTIÉRREZ, quien dispone lo siguiente: «No es título enteramente gratuito, (...) y aun en el momento mismo que uno desiste enteramente de su pretensión, se determina a ello por el grande interés de restablecer la unión y de librarse de las dilaciones, de los gastos y de las inquietudes de un pleito». GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, Benito: *Códigos o estudios fundamentales sobre el Derecho Civil español*, Tratado de las obligaciones, Tomo cuarto, ob. cit., página 576.

<sup>183</sup> El discurso de presentación y de exposición de motivos por parte de Bigot-Préame-neu es claro al respecto: «*Chaque partie se dégage alors de toute prévention. Elle balance de bonne foi et avec le désir de la conciliation l'avantage qui résulterait d'un jugement favorable et la perte qu'entraînerait une condamnation; elle sacrifie une partie de l'avantage qu'elle pourrait espérer, pour ne pas éprouver toute la perte que est à craindre; et lors même que l'une d'elles se desiste entièrement de sa prétention, elle se détermine par le grand intérêt de rétablir l'union et de se garantir des longueurs, des frais et des inquiétudes d'un procès*». FENET, Pierre Antoine: *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, Tome quinzisième, ob. cit., pág. 103.

<sup>184</sup> Así justifica el carácter oneroso de la transacción SALVAT, Raymundo: *Tratado de Derecho civil argentino*, ob. cit., pág. 197.

<sup>185</sup> OGÁYAR AYLLÓN, Tomás: *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, Dirigidos por Manuel ALBALADEJO, Tomo XXII, Vol. 2.º, ob. cit., pág. 13.

para ambas partes a la vez que ventajas»<sup>186</sup>. Cada una de las partes persigue la misma ventaja cual es la de evitar o poner fin a un proceso<sup>187</sup>.

En la transacción, la onerosidad se constituye como el carácter esencial por cuanto que diferencia este contrato de otros modos de terminación de los posibles litigios que hayan podido originarse entre las partes. Nos estamos refiriendo a todos aquellos actos o negocios jurídicos unilaterales cuya ejecución también comporta, como en la transacción, la superación de un litigio pero que, a diferencia de ésta, son gratuitos, esto es, que el sacrificio que se deriva de la realización de una determinada obligación es soportado únicamente por una de las partes en conflicto, sin que la otra le reporte ventaja alguna.

Ahora bien, la especialidad que la transacción presenta es que la onerosidad es totalmente subjetiva, puesto que las recíprocas concesiones no lo son respecto de derechos ciertos sino controvertidos y ello hace que también el equilibrio de prestaciones no pueda tener un valor objetivo.

Así, una vez manifestado o trabado el litigio, el conflicto de intereses entre las partes, en el supuesto de que el acuerdo realizado por éstas para ponerle fin consista en un negocio jurídico unilateral, por el cual el beneficio o la ventaja de una de las partes no está acompañada de ningún sacrificio de la otra que sea su contrapartida, estaremos ante una renuncia o, desde un punto de vista subjetivo, una remisión e, incluso, ante una donación (en realidad, tampoco hay un enriquecimiento a costa de un correlativo empobrecimiento del renunciante sino en el plano subjetivo de los derechos controvertidos).

Respecto del objeto de la controversia, las renunciaciones en la transacción son, no traslativas, sino meramente reconocitivas, por lo que los sacrificios patrimoniales son meramente subjetivos.

La consideración de la no gratuidad de la transacción ha sido adoptada, en líneas generales, por la mayoría de los ordenamientos jurídicos sometidos a la influencia del Derecho romano, no sólo los del continente europeo sino también por los Códigos latinoamericanos<sup>188</sup>.

<sup>186</sup> DIEZ-PICAZO, Luis: *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, ob. cit., pág. 546.

<sup>187</sup> MAZEAUD, Henri, Léon et Jean: *Leçons de Droit Civil*, Tome troisième, cinquième édition par Michel de Juglart, Deuxième volume, ob. cit., pág. 1083, n. 1634.

<sup>188</sup> En este sentido, además del *Codice civile* de 1942, se refieren a las concesiones recíprocas, expresa o tácitamente, como requisito esencial del contrato de transacción la mayoría de los Códigos civiles latinoamericanos. Así, a título de ejemplo, el Código civil argentino, en su artículo 832, establece que «La transacción es un acto jurídico bilateral, por

En la transacción, la onerosidad es una característica principal y esencial del contrato. Es principal porque contribuye a especificar el concreto reglamento del instituto, incidiendo sobre su identidad, puesto que su ausencia altera la configuración del instituto. Es, además, esencial porque no puede dejar de estar presente sin que ello resulte relevante a los fines de la determinación del tipo contractual que supone.

La onerosidad, como la gratuidad, esgrime valoraciones prevalentemente económicas que el ordenamiento toma en consideración con la finalidad de determinar cuál es la disciplina aplicable. La onerosidad, entendida como la valoración comparativa entre el coste y el rendimiento de la prestación que cada parte contratante es conducida a realizar en el momento en que dispone con la contraparte un acuerdo de intereses<sup>189</sup>, equivaldría a la correlación existente entre el interés que cada una de ellas tiene respecto de la renuncia y, en su caso, la contraprestación de la otra en relación con el coste que su propia renuncia y posible prestación le supondrá.

Esta valoración del interés/coste contiene un componente altamente subjetivo, por cuanto que dependerá de la relevancia que cada una de las concesiones que las partes realicen, incluyendo, de un lado, la renuncia

---

el cual las partes, haciéndose concesiones recíprocas, extinguen obligaciones litigiosas o dudosas», extraído de CÓDIGO CIVIL DE LA REPÚBLICA ARGENTINA, estudio preliminar del Dr. José María Mustapich, Instituto de Cultura Hispánica, Madrid, 1960, página 219; el artículo 2.944 del Código civil de México dispone que «La transacción es un contrato por el cual las partes haciéndose recíprocas concesiones, terminan una controversia presente o previenen una futura», en Código civil para el distrito y territorios federales en materia común y para toda la república en materia federal, México, D.F., 1928, pág. 599.

Otros Códigos, por el contrario, como el *Code Napoléon*, anteriormente reproducido, o el Código civil de Chile no recogen expresamente la mención relativa a las concesiones recíprocas de las partes. Al respecto, véase el artículo 2.446 del Código chileno, en su párrafo primero, señala que «La transacción es un contrato en que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente o precaven un litigio eventual.», reproducido del Código civil de Chile, con estudio preliminar del Dr. Pedro Lira Urquieta, Instituto de Cultura Hispánica, Madrid, 1961. A pesar de la relevancia de este requisito, la mayoría de los intérpretes de dichas normas acostumbran a atribuir la ausencia de éste a un olvido involuntario del legislador o incluso a la influencia de alguno de los autores sobre cuya opinión se formuló el concepto de la transacción. Este es el caso del artículo 2.044 del *Code*. La falta de mención del requisito de las concesiones recíprocas ha sido atribuido a la influencia de la opinión de DOMAT quien configuró el instituto de un modo diverso al que las leyes romanas habían diseñado. Por ello, la doctrina y la jurisprudencia han considerado que esta carencia comportaría una ruptura con la tradición importada desde el Derecho romano y, por consiguiente, las recíprocas concesiones continúan siendo un requisito esencial sobreentendido del instituto de la transacción prevista en el *Code*, en aras de su distinción respecto de otras figuras afines.

<sup>189</sup> Este concepto ha sido tomado en préstamo de BETTI, Emilio: *Teoría general de las obligaciones*, I, 1970, pág. 192.

y, en su caso, la prestación que consideren más apropiada al caso, represente para cada una de las partes.

De ello se desprende que en la transacción, como en todos los demás contratos calificados como onerosos, no es preciso un equilibrio objetivo o económico entre los sacrificios y las ventajas que cada una de las partes debe soportar y recibir, respectivamente. En efecto, ni la equivalencia ni la adecuación a un equilibrio económico entre las ventajas y las atribuciones que las partes se confieran constituye un elemento esencial del carácter oneroso de la transacción<sup>190</sup>. El hecho de que una de las partes se sacrifique en más que la otra y, por tanto, la otra parte se beneficie o reciba más ventajas que la primera no significa que el contrato de transacción, y por extensión todos los concebidos como onerosos, dejen de serlo. El valor económico de las prestaciones es relevante en función de lo que las partes le hayan otorgado. Por este motivo, la transacción no admite la rescisión por *laesio enormis* o en más de la mitad (*ultradimidium*) del justo precio<sup>191</sup>.

La valoración que realizan las partes en relación con sus respectivas renunciaciones y prestaciones es, esencialmente, subjetiva y, por consiguiente, el interés de cada una en renunciar hasta un cierto grado a su propia pretensión o el compromiso de realizar una determinada prestación está

<sup>190</sup> Es doctrina jurisprudencial consolidada la que entiende que no se requiere que haya equivalencia u otro género de igualdad entre las concesiones que recíprocamente se hagan las partes en los contratos de transacción. Así lo establecen las sentencias del Tribunal Supremo de 14 de marzo de 1955 (Ar. 765), 30 de octubre de 1989 (Ar. 6972) y 4 de abril de 1991 (Ar. 2634). Más recientemente, debe citarse la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 2001 (Ar. 4982) en la cual se acoge este criterio para la resolución del objeto del recurso, al considerar la Sala que se produce un desigualdad en las concesiones, manifestada por el hecho de que los actores recibieron una suma de dinero como amortización total de la deuda exigible a la demandada y, como contraprestación, ellos compensaron el crédito no vencido, considerando que «éstas tienen como móvil la solución de un conflicto, lo que puede determinar la desigualdad en las concesiones, y la evitación de los perjuicios que le acarrearía la promoción del pleito para la satisfacción de su legítima pretensión».

<sup>191</sup> Distinta consideración tenía, en cambio, la rescisión por lesión en el ordenamiento correspondiente a la Derecho romano. Así «*Transactio rescindatur praetextu laesionis non solum probari debet iuxta rei valorem, sed etiam considerato dubio litis euentu: «Quod ultimam resolutionem nemo est, qui non dicat, transactionem praedictam cuius cirtute facta fuit obligatio dicit censuatis, qua destruere conatur pars aduersa ex capite laesionis enormissimae allegatae virtute dicit praetensi vinculi firmam esse, & rescindi non posse. Quia ad rescindendam transactionem praetextu laesionis, non solum laesio probari debet iuxta rei valorem, sed etiam considerado dubio litis euentu; qui quidem dubius litis euentus debet articulari, & probari per testes iuris peritissimos, qui possint dictum dubium litis euetum aestimare, si copia iuris peritorum ad sit, provt in praesenti Ciuitate (...)*». RAMONIUS, Iosephus: *Consiliarum vna cum sententiis et decisionibus Audientiae Regiae Principatus Cataloniae, Barcinonae*, 1628, conf. 61, n. 64, pág. 596. Sobre la misma cuestión, este mismo jurista en RAMONIO, Iosepho: *Decisiones et reliqua in super responsa, ac vota decisiva*, Parmae, MDCXCV, cap. 4, pág. 127, n. 91.

sujeta a intereses no siempre patrimoniales (morales, sociales o religiosos). La habitual irrelevancia de los motivos respecto de la existencia del contrato no excluye que la valoración de los intereses no patrimoniales sea determinante para la perfección de una relación obligatoria. Precisamente, acostumbran a ser estos elementos no patrimoniales los que influyen en la valoración que una parte realiza de la concesión de la otra.

Sin embargo, desde un punto estrictamente jurídico, la plena eficacia del contrato oneroso no depende de que exista efectivamente un equilibrio o equivalencia subjetiva entre prestaciones porque, caso de ser así, cualquier contratante podría alegar la inexistencia de dicha equivalencia subjetiva y, por tanto, desvincularse del compromiso adoptado<sup>192</sup>. Por este motivo, desde esta perspectiva, el equilibrio o equivalencia subjetiva consiste en el hecho de que cada parte preste su consentimiento sobre la relación de valor de cambio establecida de mutuo acuerdo por las partes, con independencia de que consideren realmente que la contraprestación equivale o tiene un valor superior o inferior al de la prestación<sup>193</sup>.

Un desequilibrio en la valoración económica de las concesiones acordadas por las partes no supone una ruptura del tipo contractual, pero cuando este desequilibrio es abismal el tipo contractual corre el peligro de quedar casi desvirtuado por completo, asemejándose más a uno que podría ser calificado como gratuito.

Sin embargo y pese a la innecesariedad de equilibrio de las concesiones, que se fundamenta en la valoración subjetiva que las partes hacen de las prestaciones respectivas, lo cierto es que debe existir una cierta valoración objetiva, estableciendo un margen racional dentro del que puede haber un permisible desequilibrio, porque, de lo contrario, podría llegarse a considerar como transacción un contrato en el que una de las partes recibe la mayor parte del sacrificio mientras que la otra, en contra-

<sup>192</sup> En la sentencia de 20 de diciembre de 2000 (ar. 352), el actor interpone recurso de casación con base en la consideración de que la indemnización, acordada mediante transacción con la sociedad aseguradora demandada, era de menor entidad que la cantidad que legalmente entendía que le correspondía por los daños sufridos a raíz de un accidente de circulación y, por consiguiente, el contrato carecía de causa verdadera y lícita. Al respecto, la Sala desestimó este motivo del recurso al entender que el hecho de que la contraprestación recibida por renuncia de derechos y acciones fuese mayor o menor no contradice la existencia de una verdadera causa y lícita, por lo que no cabe entender que existió error alguno.

<sup>193</sup> MARTÍN CASALS, Miquel: «Comentario al artículo 321 de la Compilación de Catalunya», en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dirigidos por Manuel ALBALADEJO GARCÍA, t. XXX, Madrid, 1987, pág. 475.

prestación, obtiene un desorbitado beneficio<sup>194</sup>. No obstante lo anterior, resultará dificultoso el determinar fehacientemente que en el contrato de transacción existe un verdadero desequilibrio entre las concesiones acordadas por las partes puesto que en él podrán entrar en juego intereses no patrimoniales de compleja estimación económica.

La específica configuración del contrato de transacción, habida cuenta su finalidad y la intervención de elementos no patrimoniales que inciden en la situación litigiosa que las partes pretenden superar, impide la aplicación de los efectos derivados de un excesivo desequilibrio de las concesiones, como son la rescisión por lesión y la resolución por excesiva onerosidad sobrevenida de la prestación.

El Código civil no contiene ninguna norma específica que prohíba la rescisión por lesión en las transacciones<sup>195</sup>, no sólo en consonancia con la tendencia de este cuerpo legal (ex artículo 1.293), sino también porque si bien es preciso que en la transacción existan concesiones recíprocas, no es necesario que exista una equivalencia entre ellas<sup>196</sup>, requisito ineludible para que la lesión pueda tener lugar<sup>197</sup>.

Desde un concepto formal de la onerosidad, la transacción no existirá sólo cuando la concesión de una parte sea tan ínfima que no pueda ser concebida como contraprestación de la otra. En cambio, en un sistema basado en una visión material de la onerosidad, la transacción podrá ser lesiva cuando lo que reciba una parte por la concesión de la otra no guarde un cierto grado de equivalencia objetiva y, por tanto, podrá ser rescindida por lesión *ultradimidium*.

El concepto material de la onerosidad es seguido por la Compilació del Dret Civil de Catalunya, cuyo artículo 321 prevé esta específica rescisión<sup>198</sup>, aunque la transacción queda expresamente excluida del ámbi-

<sup>194</sup> Así lo entiende, a título de ejemplo, BISCONTINI, Guido: *Onerosità, corresponsività e qualificazione dei contratti. Il problema della donazione mista*. Edizione scientifica italiana. Pubblicazioni della Scuola di perfezionamento in diritto civile dell'Università di Camerino, Napoli, 1984, pág. 61.

<sup>195</sup> La figura de la rescisión por *laesio enormis* o en más de la mitad (*ultradimidium*) del justo precio subsiste en los Derechos civil catalán y navarro mientras que en el Derecho común fue suprimida por el Código civil, pese a que se encontraba recogida en las Partidas (Partida 5, Título 5, Ley 56) y en el Ordenamiento de Alcalá (Ley única, 17).

<sup>196</sup> Esta premisa se basa en la opinión liberal de que las cosas valen lo que se paga por ellas (*tantum valet res quantum vendi potest*). Acoge este criterio la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de junio de 1979.

<sup>197</sup> OGAYAR AYLÓN, Tomás: *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, dirigidos por Manuel ALBALADEJO, Tomo XXII, Vol. 2.º, ob. cit., pág. 70.

<sup>198</sup> Artículo 321 de la Compilació del Dret Civil de Catalunya: «Els contractes de compra-venda, permuta i altres de caràcter oneros, relatiu a béns immobles, en què l'alienant hagi sofert

to de dicho instituto. Respecto del artículo 321 de la Compilació del Dret Civil de Catalunya, la transacción se considera como uno de los contratos expresamente excluidos, en concreto, dentro del tipo de los que el precio o contraprestación ha sido decisivamente determinado por el carácter litigioso de lo adquirido<sup>199</sup>.

La rescisión por lesión en la transacción ha tenido una consideración dispar en la doctrina del *ius commune*, adoptándose tres posturas diferenciadas<sup>200</sup>: una de ellas, consideraba que la transacción era rescindible por lesión *ultradimidium* al pretender hacer valer a toda costa el principio de equivalencia o equilibrio objetivo en los contratos onerosos<sup>201</sup>; una segunda, que excluía la rescisión por lesión en la transacción al hacer prevalecer el principio de seguridad de las transacciones, acercándolas al juramento o a la sentencia y, por último, una tercera postura que entendió que las transacciones sólo podían ser rescindidas cuando la lesión sufrida no era *enormis* o *ultradimidium* sino *enormissima* o *ultra bessem*, esto es, la superior a los dos tercios del justo precio y que se equipara al dolo propiamente dicho<sup>202</sup>. Mas en este último supuesto, ya no era procedente la rescisión por lesión sino la nulidad y, además, presuponía, como en la rescisión por lesión, la estimación del justo precio de la transacción.

Actualmente, la doctrina considera que la transacción está excluida del ámbito de la rescisión por lesión *ultradimidium*, en atención a la imposibilidad de sentar unas bases seguras para la valoración de los de-

*lesió en més de la meitat del preu just, seran rescindibles a instància seva, baldament en el contracte concorrin tots els requisits necessaris per a la seva validesa.*

*Aquesta acció rescissòria no serà procedent en les compravendes o alienacions fetes mitjançant subhasta pública, ni en aquells contractes en els quals el preu o contraprestació hagi estat decisivament determinat pel caràcter aleatori o litigiós del que s'adquireix o pel desig de liberalitat de l'alienat. En les vendes a carta de gràcia o amb pacte de retrovenda no es podrà exercitar la dita acció rescissòria fins que s'hagi extingit o hagi caducat el dret de redimir, lluir, quitar o recuperar».*

<sup>199</sup> MARTÍN CASALS, Miquel: «Comentario al artículo 321 de la Compilación de Catalunya», ob. cit., pág. 473 y 523.

<sup>200</sup> MARTÍN CASALS, Miquel: «Comentario al artículo 321 de la Compilación de Catalunya», ob. cit., págs. 524 y 525.

<sup>201</sup> PEGUERA, LUDOVICUS A.: *Decisiones aureae, in actu practico frequentes ex variis Sacrii Regii Concelii Cathaloniae conclusionibus collectae*, t. II, Sebastiani Methevat, Barcinonae, 1611, cap. 4, núm. 7: «...quando transigens laeditur accipiendo minus dimidia parte eius quantitatis quam experti homines pro iure seu actione illius causae communiter darent, vel e converso si laedatur transigens dando plus dimidia eius quantitatis quae communiter pro iure adversarum daretur ...».

<sup>202</sup> Así lo entendía también para el Derecho civil común ÁLVAREZ MARTÍNEZ, Cirilo: *Instituciones de Derecho Civil*, Imprenta de Don Julián Pastor, Valladolid, 1840, pág. 303: «Rescindase este contrato: 2.º, por la lesion enormissima».

rechos que se transigen<sup>203</sup>. Puesto que la transacción tiene por finalidad terminar una controversia jurídica, esta finalidad debe prevalecer por encima de la observancia de un determinado grado de equivalencia. La jurisprudencia, por su parte, confirma que la transacción no puede ser objeto de rescisión por lesión ya que ésta no respeta o no tiene por qué respetar la equivalencia de prestaciones o la paridad de sacrificios<sup>204</sup>.

En el Derecho navarro, también se prevé el instituto de la rescisión por lesión enorme, pero difiere notablemente del Derecho catalán. Así, en Navarra, procede la rescisión por lesión en más de la mitad cuando por una persona que no se dedique profesional o habitualmente al tráfico de las cosas de que se trate ni sea perito en ellas (ley 500, 3.º de la Compilación de Navarra) se sufre dicha lesión a causa de un contrato oneroso y conmutativo que se hubiere aceptado por apremiante necesidad o inexperiencia (Leyes 499, 1.º y 503, 1.º de la Compilación de Navarra). Entre otros, se exceptúan los contratos sobre cosas litigiosas<sup>205</sup>.

Por su parte, la excesiva onerosidad sobrevenida de la prestación supone la posibilidad de modificar el contrato cuando posteriormente a su celebración, una de las prestaciones acordadas, cuyo cumplimiento fue aplazado en el tiempo, es excesivamente gravosa, por lo que se rompe la equivalencia entre las prestaciones. Nuevamente, la existencia de una equivalencia subjetiva entre las prestaciones al momento de la celebración de este contrato y la dificultad en el cómputo del valor de dichas

<sup>203</sup> BORRELL Y SOLER, Antonio María: *Derecho civil vigente en Cataluña*, tomo III, Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1944, pág. 231 y ROCA TRIAS, Encarna en PUIG I FERRIOL, Lluís i ROCA I TRIAS, Encarna: *Institucions del Dret Civil de Catalunya*, Part general, obligacions i contractes, Drets reals, Persona i família, Tirant lo Blanch, València, 1995, pág. 157.

<sup>204</sup> La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 25 de mayo de 2000 (Ar. 7442) así lo establece. En concreto, el origen remoto del proceso se encuentra en el acuerdo transaccional celebrado entre los cónyuges en proceso de separación y mediante el cual éstos pactaron que disolvían el condominio respecto de un inmueble, que pasaba a ser del esposo, abonando éste a la esposa la suma de casi cuatro millones de pesetas. Posteriormente, la actora ejerció una acción de rescisión por lesión *ultradividuum* del acuerdo concluido con el entonces su marido, demandado en el proceso, ya que el valor real del inmueble era de más de 32 millones de pesetas, por lo que entendía había sufrido una lesión en más de la mitad del justo precio de la finca. El Tribunal Superior de Justicia de Cataluña desestimó el recurso por cuanto que en la transacción, en la medida en que tiene como finalidad la sustitución de una relación incierta por una cierta con autoridad de cosa juzgada, las prestaciones no tienen por qué ser equivalentes.

<sup>205</sup> Ley 503, 1.º, último párrafo de la Compilación de Navarra. Por ende, la Ley 366 de la Compilación de Navarra señala que no se pueden celebrar contratos de enajenación de cosas litigiosas en tanto no se declare quién tiene derecho a hacerlo, a no ser que se celebren bajo la condición suspensiva de confirmarse la propiedad del disponente.

prestaciones podrían suponer un freno a que la modificación, sino la resolución, por tal concepto prospere<sup>206</sup>.

En suma, ninguna de estas figuras (rescisión por lesión y excesiva onerosidad sobrevenida de la prestación) tiene virtualidad en la transacción, entre otros motivos, porque los acuerdos tomados por las partes responden al valor que cada una de ellas le otorga a la renuncia y, si es el caso, a la obligación de dar, hacer o no hacer alguna cosa o servicio, de la contraparte. Por consiguiente, la valoración que las partes hagan de la concesión de la otra parte contratante se traduce en la propia concesión y, como tales, configuran el equilibrio establecido por las partes.

Otro supuesto distinto es aquel en el cual una de las partes, actuando de mala fe, induce a la contraria a celebrar un contrato de transacción con unas concesiones que no responden al equilibrio que, caso de no existir dicha actuación maliciosa, la otra parte no habría accedido a suscribir. En este caso, entraría en juego el artículo 1.265 del Código civil, por remisión del artículo 1.817, así como el artículo 1.818 de este mismo cuerpo legal, a sensu contrario.

El artículo 1.818 del Código civil dispone que el descubrimiento de nuevos documentos no es causa para anular o rescindir la transacción, si no ha habido mala fe. Por consiguiente, a sensu contrario, el descubrimiento de nuevos documentos ocultados por la mala fe de una de las partes contratantes puede dar lugar a la anulación o rescisión de la transacción o, dicho de otro modo, la rescisión o anulación en los estrictos términos legales procederá si se prueba que una de las partes, conociendo la existencia de unos documentos determinantes para la superación o justa ponderación de la controversia, los ocultara a la otra para con ello compelerla a que transija en un sentido menos favorable que, caso de haber conocido la existencia de dichos documentos, no hubiese consentido en absoluto o, al menos, no de ese modo. En este caso, las maquinaciones insidiosas de parte de uno de los contratantes han inducido al otro a celebrar el contrato que sin ellas no hubiera hecho, en los términos establecidos en el artículo 1.269 del Código civil.

El fundamento de este artículo 1.818 del Código civil cabe encontrarlo nuevamente en el pasado histórico del instituto. Este precepto es una transcripción literal del artículo 1.728 del Proyecto del Código civil

<sup>206</sup> Sin embargo, se trata más de una cuestión de cómputo que de concepto por lo que la revisión o, en su caso, la resolución del contrato de transacción por excesiva onerosidad también podría tener lugar.

de 1.851<sup>207</sup>. La norma relativa al descubrimiento de nuevos documentos del Proyecto isabelino sigue las pautas marcadas, de un lado, por el Derecho romano y, de otro, por el Derecho patrio.

En cuanto al primero, por su origen en el pasaje del Código C. 2, 4, 19<sup>208</sup>, según el cual el Derecho no consiente que se rescinda<sup>209</sup> una transacción hecha de buena fe, bajo pretexto de haberse encontrado después un instrumento. Y ello de conformidad con el pasaje también del Código de Justiniano, C. 7, 52, 4 según el cual tiene la autoridad de la cosa juzgada y ésta no se revoca por instrumentos nuevamente hallados<sup>210</sup>.

Y en los mismo términos se pronuncia la Partida 3, título 22, ley 19: «*magüer mostrassen despues cartas ó privilegios que oviessen fallado ó de nuevo*».

Mas si se probase que, habiendo sido sustraídos los instrumentos con que se pudo probar la verdad, ello determinó la decisión del pleito, podrá anularse o rescindir la transacción, según el tenor literal del artículo 1.818 del Código civil. En este supuesto mencionado, el acuerdo de los contratantes se ha formado de manera viciada, propiciado por la actuación con mala fe de una de las partes<sup>211</sup>. Por consiguiente, ya no es solamente la propia prestación, junto con la imprescindible renuncia a la pretensión, la que está en desequilibrio con la de la contraparte, sino que el propio contrato de transacción celebrado está en tela de juicio por-

<sup>207</sup> LASSO GAITE, Juan Francisco: *Crónica de la codificación española*, 4, Codificación civil, Volumen II, ob. cit., pág. 255.

<sup>208</sup> El pasaje del Código de Justiniano reza lo siguiente: «*Sub praetextu instrumenti post reperti transactionem bona fide finitam rescindi iura non patiuntur. sane si eam per se vel per alium subractis instrumentis, quibus veritas argui potuit, decisionem litis extorsisse probetur, si quidem actio superest, replicationis auxilio doli mali pacti exceptio removetur, si vero iam perempta est, intra constitutum tempus tantum actionem de dolo potes exercere*». KRUEGER, Paulus: *Corpus Iuris Civilis*, volumen secundum, *Codex Justinianus*, Weidmann, 1989, pág. 96.

<sup>209</sup> «*Transactio non rescinditur ob instrumenta noviter reperta; nec, si doceatur nullam fuisse causam transigendi. Ob dolum tamen, aut manifestam calumniam, aut suppressa instrumenta, vel falsa*». ASÍ, VOET, Johannis: *Commentarius ad Pandectas*, editio nova multis mendis expurgata, cura et studio A. Drevon, Tomus primus, Parisiis, 1827, pág. 232, XXIII, y páginas 258 y 259.

<sup>210</sup> GARCÍA GOYENA, Florencio: *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, Tomo IV, ob. cit., pág. 137.

<sup>211</sup> FABER, Antonius: *Codex Fabrianus, definitionum forensium et rerum in sacro sabaudiae senatu tractarum*, apud Petrum & Iacobum Chouët, Genevae, MDCXL, fol. 91, definitio XIII. «*Sub praetextu quidem instrumentorum postea reperorum transactio rescindi non potest ... Sed si ex iis instrumentis praeteritus dolum probetur, sufficet ea res ad rescindendam transactionem. Non item ad rescissionem sententiae, quoniam sententia non ex litigatorum consensu, sed ex iudicis rerumque; iudicatarum auctoritate vires accipit: Transactio vero ex voluntate contrahentium, quibus dolum suum quandocunque; probatum prodesse nunquam oportet*» (C. 2, 4, 19).

que, quizás, el conocimiento del documento ocultado de mala fe por el otro contratante no habría dado lugar, tal vez, al contrato celebrado<sup>212</sup>.

Dejando de lado los supuestos patológicos, el posible desequilibrio de las concesiones que los contratantes realizan en un contrato de transacción encuentra su fundamento en el principio de la autonomía de la voluntad de las partes. Éstas, en el libre ejercicio de su voluntad, pueden consentir en contratar con la finalidad de alcanzar un determinado objetivo como es el concluir un litigio pero, además, pueden considerar que los acuerdos concretos que configuran el contenido de dicho contrato sean, exteriormente y en apariencia, desequilibrados. En principio, el ordenamiento jurídico permite que las partes, libremente, otorguen aquellos acuerdos que estimen convenientes en tanto en cuanto no sean contrarios a la ley, la moral y el orden público. En este caso, la existencia de distintos niveles de sacrificio y ventajas entre las partes otorgantes de un contrato de transacción no supone ningún agravio contra los cimientos sobre los que se sostiene la regulación de los contratos ni desvirtúa su carácter oneroso. Sin embargo, la autonomía de la voluntad de las partes tiene como límite los supuestos en que una de las partes es susceptible de una mayor protección. Por consiguiente, en la transacción el equilibrio es subjetivo, aunque exista un desequilibrio objetivo, siempre que éste no sea desorbitado y que los intereses extrapatrimoniales lo justifiquen.

El desequilibrio objetivo consentido tiene su justificación en el principio de la autonomía de la voluntad pero no debe identificarse con la gratuidad o ánimo liberal. En otras palabras, el desequilibrio objetivo está justificado siempre y cuando no desaparezca la onerosidad. No hay ánimo de liberalidad, sino que el desequilibrio procede de la valoración que hacen las partes. La forma de valorar es subjetiva, esto es, en el fuero interno, lo que hace que las partes hayan encontrado el punto de equilibrio sin que rebele una liberalidad de una parte en su propio perjuicio.

Por consiguiente, la transacción encierra un equilibrio subjetivo aunque objetivamente exista un desequilibrio. Este desequilibrio objetivo

<sup>212</sup> Adviértase un paralelismo entre la interpretación realizada de este precepto y el recurso de revisión regulado en el artículo 510 de la Ley de Enjuiciamiento civil, en concreto, con los puntos 1.º y 4.º, relativos a la mala fe y a la ventaja para la otra parte. En estos puntos, se establece que habrá lugar a la revisión de una sentencia firme «1.º: si después de pronunciada se recobraren u obtuvieren documentos decisivos, de los que no se hubiese podido disponer por fuerza mayor o por obra de la parte en cuyo favor se hubiere dictado» y «4.º: si se hubiere ganado injustamente en virtud de cohecho, violencia o maquinación fraudulenta».

no comporta la consideración del negocio como gratuito porque existe un límite que siempre se pueda realizar una valoración económica de las prestaciones acordadas. La suma de estos elementos revela la existencia de una onerosidad muy especial en la transacción.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha reconocido en distintas sentencias la necesidad del requisito de las concesiones recíprocas de las partes para que pueda considerarse que el contrato celebrado es una transacción<sup>213</sup>.

De entre todas ellas, es de destacar una sentencia de 14 de marzo de 1955, cuyo criterio es reiterado en la de 26 de junio de 1969, en cuanto que las concesiones que las partes realizan entre ellas pueden consistir en cuestiones distintas a las de orden patrimonial. Según dicha sentencia «si bien el concepto jurídico del contrato de transacción, requiere según lo define el artículo 1809 del Código civil, dada su interpretación literal, el que por las partes que en él intervienen, prometan o retengan alguna cosa, con la finalidad de evitar un pleito o poner término al que ya estuviere iniciado, su concepto gramatical envuelve horizontes más amplios, y esta interpretación es aceptada por las modernas teorías del derecho al estimar que no constituye requisito esencial la entrega recíproca de prestaciones, ya que en ocasiones, el designio de poner término a un litigio, soslayar discusiones y no extraer del olvido hechos y actos ya ocurridos, mueven a los contratantes a la aceptación de acuerdos, sin iguales alcances y paridad de concesiones, llegándose al convenio, incluso con sacrificios, bien de orden moral o ya de tipo económico, todo con el exclusivo objeto de evitar los inconvenientes que los pleitos llevan siempre consigo»<sup>214</sup>.

<sup>213</sup> Al respecto, las sentencias de 13 de julio de 1940 (Ar. 707), 9 de marzo de 1948 (Ar. 291), 23 de junio de 1950 (Ar. 1168), 20 de abril de 1955 (Ar. 1549), 23 de noviembre de 1956 (Ar. 1549), entre otras. En concreto, cabría destacar la sentencia del Tribunal Supremo, de fecha 9 de marzo de 1948 (Ar. 291) en la cual se declaran los distintos aspectos esenciales del contrato de transacción. Por lo que al carácter de la onerosidad se refiere, esta sentencia dispone que «caracterizado el contrato de autos por la concesión recíproca consistente en que uno de los contratantes desiste de las pretensiones formuladas en los pleitos que había promovido para obtener como prestación equivalente el reconocimiento o cesión de derecho que a su favor hace el otro contratante, puede recaer esta última prestación sobre los mismos bienes que estaban en litigio o sobre bienes diferentes: (...)».

<sup>214</sup> Pese a lo que podría desprenderse de la literalidad de la sentencia, hay que destacar que el elemento de los sacrificios mutuos es el esencial en toda transacción y de hecho es el carácter principal que diferencia este contrato de otras formas de superación de controversias. Lo que ocurre es que una de las prestaciones de las partes puede consistir en una concesión moral, por lo que no tendrá contenido económico alguno.

La doctrina vertida por esta sentencia del Tribunal Supremo de 26 de junio de 1969 (Ar. 3663), recogida anteriormente por la de 14 de marzo de 1955 (Ar. 765), ha sido reiterada posteriormente en otras sentencias. Así, la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de diciembre

Por consiguiente, y teniendo presente que las concesiones recíprocas constituyen el elemento esencial del contrato de transacción, el Tribunal Supremo ha entendido que las prestaciones que las partes llevan a término con el objeto de evitar los inconvenientes de los pleitos no tienen por qué consistir en obligaciones patrimoniales sino que pueden responder a cuestiones de orden moral<sup>215</sup>.

La transacción se configura, desde el plano obligacional, como un contrato recíproco y desde el campo de las atribuciones patrimoniales, como un contrato oneroso, puesto que en ambos planos hay una relación de causalidad entre las prestaciones de las partes, si bien existe una causa a la que podríamos denominar como superior, por cuanto que constituye la finalidad económico-social del contrato, cual es la de la superación de la controversia.

## 6. CONMUTATIVO

La transacción, en cuanto contrato bilateral y oneroso, puede ser, a su vez, conmutativo<sup>216</sup> o aleatorio<sup>217</sup>. La calificación de la transacción de un modo o de otro dependerá de si las partes conocen o no el contenido preciso de sus respectivas prestaciones, al tiempo de la celebración del contrato.

Generalmente, se tratará de un contrato conmutativo, ya que precisamente la incertidumbre o aleatoriedad del resultado del pleito es lo que mueve a las partes a celebrar la transacción, obteniendo fijeza y certidumbre donde no la había, aunque nada impide que en todo o en parte sea aleatorio, en cuyo caso la transacción supondrá la sustitución de una aleatoriedad (el resultado del pleito) por otra (la prestación o su cuantía).

de 2000 (ar. 352) en la cual se reproduce la consideración de la causa de la transacción y la valoración del contenido de las concesiones recíprocas de las partes establecida por la sentencia de 6 de noviembre de 1993 (Ar. 8618).

<sup>215</sup> Aunque a veces resulten de difícil cuantificación o ésta tenga un marcado componente subjetivo, siempre es posible hallar en Derecho civil una estimación económica, con base en lo cual cabe defender el innegable carácter oneroso de toda auténtica transacción.

<sup>216</sup> El contrato es conmutativo cuando la relación de equivalencia de las prestaciones de las partes se halla fijada a priori de forma inmodificable. Ésta es la definición aportada por Díez-PICAZO en *Sistema de Derecho Civil*, II, ob. cit., pág. 35.

<sup>217</sup> Sabido es que el contrato aleatorio es aquél en el cual la ventaja que las partes obtendrán del contrato no es apreciable al momento de formación del mismo porque depende de un acontecimiento incierto.

En efecto, en virtud del principio de la autonomía privada de las partes aplicado a la formación de las prestaciones objeto del contrato de transacción, cabe la posibilidad de que ambas partes acuerden la realización de una o varias prestaciones o, también, la entrega de un bien o bienes en concreto, cuyo perfil definitivo no quedaría determinado hasta el momento de su ejecución. Mediante este acuerdo, las partes quedarían obligadas desde el momento de la perfección del contrato mas desconocerían con precisión el alcance de su prestación hasta el momento de la ejecución. En este caso, el perfil de la transacción celebrada se correspondería con el de los contratos aleatorios<sup>218</sup>.

En líneas generales, la aleatoriedad de un contrato puede estar referida a dos aspectos diferenciados que deberíamos someter a estudio, atendiendo a la especial finalidad que este contrato persigue. Así, el *aleas* podría incidir, de una lado, sobre la cuantía global que una o ambas partes deben desembolsar y, de otro lado, podría también determinar el cumplimiento o no de una concreta prestación a una de las partes. En atención a la específica finalidad que las partes persiguen al formalizar una transacción, consideramos que la aleatoriedad se referirá, principalmente, al primero de los aspectos indicados, esto es, la determinación del objeto y la especie, pero la indeterminación inicial de la cuantía concreta de la obligación al momento del perfeccionamiento<sup>219</sup>, quedando ésta fijada en el instante de su ejecución. Podría darse el caso, también, que las partes acordasen la sujeción del cumplimiento de una de las prestaciones a un *aleas* de tal modo que llegado éste una de ellas no tuviera que realizar la obligación prevista. Pero este último supuesto nos parece, aunque no imposible, sí poco probable en atención, precisamente, al objetivo que pretenden las partes. La intención o voluntad de poner fin al litigio surgido mediante la celebración del contrato de transacción provoca no pocos encuentros al objeto de llegar a fijar las posiciones de cada una de las partes respecto de sus respectivas pretensiones y en relación también a posibles prestaciones como expresión de las concesiones recíprocas por lo que, entendemos, que sólo es posible dejar al arbitrio de un *aleas* el cumplimiento o cuantía de alguna de las presta-

<sup>218</sup> MORALES MORENO es quien ha entendido que «la transacción supone un riesgo que voluntariamente se acepta por la ventaja que supone el dar por terminada la cuestión: el riesgo de que la solución pactada se aleje de los respectivos derechos». En esta misma línea, el autor señala que la especialidad de los artículos 1.817 a 1.819 se halla en el carácter aleatorio del contrato de transacción. Así lo pone de relieve en MORALES MORENO: *El error en los contratos*, editorial CEURA, Madrid, 1988, págs. 167 y 168.

<sup>219</sup> Así, a título de ejemplo, aleatorio sería que una parte diera a la otra una cosecha que obtendrá dentro de dos años en una finca especificada.

ciones, que no la renuncia, porque en este caso no existiría ni tan siquiera transacción, según el espíritu de este instituto<sup>220</sup>.

No obstante todo lo anterior, en cuanto que el contrato de transacción puede revestir la configuración de un contrato aleatorio, en los términos que hemos indicado, consideramos que se trata de un contrato naturalmente conmutativo. En línea de principio, salvo los contratos típicamente aleatorios como son el de juego y apuesta y el de seguro, los demás contratos previstos en el Código civil prevén de forma específica el contenido de las prestaciones que las partes se obligan a cumplir. Por consiguiente, el perfil típico de estos contratos se ajusta al diseñado para los denominados conmutativos<sup>221</sup>. Este perfil esencial no significa que no pueda modificarse de tal modo que la prestación o prestaciones de las partes esté sujeta a un acontecimiento que las configura de forma indeterminada al momento de la celebración del contrato pero sin que, con ello, la esencia del contrato<sup>222</sup>, en este caso, de transacción se vea alterada de manera que el instituto quede desnaturalizado y vacío de su contenido típico.

En efecto, el que las partes acuerden someter el contenido de una determinada prestación o prestaciones a un elemento incierto no comporta la alteración de la naturaleza jurídica del contrato de transacción. Pero la existencia de esta posibilidad tampoco significa que la transacción deje de ser un contrato esencialmente conmutativo para erigirse en uno aleatorio. Esta posibilidad de sometimiento de las prestaciones a un *aleas* no tiene la entidad suficiente como para eliminar la esencia conmutativa de la configuración típica del contrato de transacción, convirtiéndolo en un contrato aleatorio.

<sup>220</sup> La doctrina coincide, en su mayoría, en considerar que la tipicidad, la consensualidad, la no formalidad, la bilateralidad, la onerosidad y la conmutatividad son caracteres de la transacción. Respecto de la doctrina francesa, TROPONG: *Le Droit Civil expliqué suivant l'ordre des articles du Code*, Du cautionnement et des transactions, Tome dix-septième, Charles Hingray, libraire-éditeur, Paris, 1846, pág. 561, n. 15, 16 y 17 (este último punto debe destacarse en cuanto que concibe la transacción como consensual en atención a que la renuncia de una de las partes está compensada por el sacrificio de la otra); PONT, Paul: *Explication théorique et pratique du Code Napoléon contenant l'analyse critique des auteurs et de la Jurisprudence*, Tome neuvième, commentaire-traité des petits contrats, Tome second, ob. cit, páginas 224 a 227 y GUILLOUARD, L.: *Traité du cautionnement et des transactions*, A. Durand et Pedone-Lauriel, éditeurs, Paris, 1894, págs. 298 (carácter sinalagmático) a 303.

<sup>221</sup> «La transaction est un contrat conmutatif». MAZEAUD, Henri, Léon et Jean: *Leçons de Droit Civil*, Tome troisième, ob. cit., pág. 1085, n. 1637.

<sup>222</sup> Otros contratos inicialmente conmutativos pueden ser considerados aleatorios en función de los acuerdos adoptados. Así, por ejemplo, el contrato de compraventa a todo riesgo de una cosa futura o *venditio rei speratae*, de forma que deba pagarse un precio aunque la cosa no llegue a existir o a producirse. DIEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN, Luis: *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, Volumen primero, ob. cit., pág. 84.

Por otra parte, el hecho de que la configuración legal de las prestaciones a las que las partes pueden quedar obligadas sea amplia (literalmente, el artículo 1.809 del Código civil establece que cada una de las partes da, promete o retiene una cosa) no debería interpretarse como una incidencia en la ejecución de la prestación o de su cuantía<sup>223</sup> o realización eventual y, por consiguiente, que se trata de un contrato aleatorio. El «dando, prometiendo o reteniendo cada una alguna cosa» no es más que la expresión legal que pretende significar que son ambas partes las que deberían sacrificar parte de su pretensión. No debe interpretarse en el sentido de que el conjunto de obligaciones posibles a cumplir sea tan amplio que las partes desconozcan al tiempo de la celebración del contrato cuáles van a ser éstas pero tampoco impide que tengan un carácter aleatorio.

Tampoco debe entenderse que la transacción es a la vez conmutativa y aleatoria en aquello que cada parte considera el sacrificio que realiza como equivalente de la concesión que de ella obtiene, entendida ésta como el equivalente de la posibilidad de ganar o de perder un proceso<sup>224</sup>, puesto que el precio de la transacción no se encuentra en las oportunidades del procedimiento que se trata de evitar o que se termina, sino en las concesiones hechas por cada una de las partes a la otra, en el abandono de una parte de derechos litigiosos<sup>225</sup>.

Sentado, pues, que la transacción es, *in natura*, conmutativa<sup>226</sup>, no se

<sup>223</sup> Este es el concepto que ha sido tomado de DIEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN, Luis y GULLÓN BALLESTEROS, Antonio: *Sistema de Derecho civil*, Volumen II, ob. cit., pág. 35: «La aleatoriedad no tiene aquí el sentido económico que se da en todo contrato (el comprador no sabe si la cosa que adquiere valdrá en el futuro más o menos precio que ha pagado por ella) sino que incide en la ejecución de la prestación o en su cuantía».

<sup>224</sup> Esta teoría ha sido expuesta y criticada por GAVRE, Jacques de: *Le contrat de transaction en droit civil et en droit judiciaire privé*, I, ob. cit., pág. 24.

<sup>225</sup> La posible aleatoriedad del contrato de transacción debe distinguirse del también posible sometimiento del instituto a una condición suspensiva. El contrato sería aleatorio si el «dando, prometiendo o reteniendo» se hiciera depender de un *aleas*. En este caso, el contrato existiría pero dependería del *aleas* acordado. En cambio, cuando una de las prestaciones se somete a condición suspensiva, su incumplimiento comportaría que la transacción quedase desvirtuada. La condición puede ser potestativa o casual, incidiendo en la eficacia mientras que el *aleas* no puede ser potestativo; de él no puede depender la eficacia. Hay, entre otras, una diferencia relevante entre la transacción sometida a un *aleas* o a condición suspensiva y es que del *aleas* no depende la eficacia del contrato, mientras que de la condición sí.

<sup>226</sup> En estos términos se pronuncia, entre otros, Jacques de GAVRE y lo hace del siguiente modo: «*Elle n'est pas, par essence, un contrat aléatoire, mais elle peut l'être suivant la nature du sacrifice consenti: si je renonce à ma prétention moyennant paiement d'un capital, le contrat est commutatif, car aucun événement ne modifiera l'appréciation que font les parties des sacrifices consentis par elles.*» GAVRE, Jacques de: *Le contrat de transaction en droit civil et en droit judiciaire privé*, I, ob. cit., pág. 24.

excluye la celebración de un contrato con prestaciones sometidas a un acontecimiento incierto. Por la función del contrato, esto es, el alejarse de la incertidumbre que provoca la controversia, el contrato de transacción se aparta de la aleatoriedad, configurándose por tanto como un contrato conmutativo. Sin embargo, excepcionalmente, la prestación a la que se compromete cada una de las partes puede someterse a un *aleas*. Nada impide, pues, que sea aleatoria.

A modo de corolario y por lo que a los caracteres se refiere, la transacción es un contrato típico, consensual, no solemne, bilateral o plurilateral, oneroso, con prestaciones recíprocas y conmutativo. Es un contrato típico por cuanto se halla regulado legalmente en su régimen y contenido contractual; es consensual porque se perfecciona por el mero consentimiento de las partes; no solemne porque no requiere de formalidad alguna para su existencia, validez y eficacia; bilateral o plurilateral por cuanto deriva de las declaraciones de voluntad de dos o más sujetos. Es un contrato oneroso porque los sacrificios y las ventajas que el contrato de transacción produce lo son necesariamente para ambas partes. Es, además, conmutativo, porque si bien la aleatoriedad en las prestaciones es posible, su esquema habitual se corresponde con el de los contratos en los que la relación de equivalencia de las partes se halla establecida de antemano por ellas de forma inalterable.

La transacción es, pues, un contrato, y como tal, es siempre, de entrada, extrajudicial. Es un contrato por el cual, las partes, de forma voluntaria y negocial, ponen fin a una controversia jurídica surgida entre ellas. Ello no obstante, las partes pueden someter el contrato de transacción celebrado a homologación judicial. La homologación judicial es la aprobación del contrato por parte del Juez o Tribunal competente. A continuación, nos proponemos tratar la cuestión relativa a la homologación judicial y, en concreto, determinar si dicha aprobación supone o no una alteración de la naturaleza contractual de la transacción, a la luz del artículo 1.816 del Código civil, según el cual, «no procederá la vía de apremio sino tratándose del cumplimiento de la transacción judicial».

### C. LA HOMOLOGACIÓN O APROBACIÓN JUDICIAL DE LA TRANSACCIÓN

Celebrado el contrato de transacción extrajudicial, la controversia jurídica existente al respecto de un derecho subjetivo ha sido superada mediante los acuerdos adoptados en dicho contrato. Y superada, pues,

la controversia, las partes evitarán la provocación de un pleito o, en su caso, podrán poner fin al que hubiese comenzado.

Como cuestión previa, debe señalarse que la evitación del pleito o el poner fin al que hubiese comenzado no debe identificarse con las dos clases de transacción, esto es, la extrajudicial o la judicial, respectivamente. La diferencia entre la transacción judicial y la transacción extrajudicial no tiene nada que ver con la existencia o no de un pleito sino con el hecho de que, al final, una vez celebrada la transacción haya o no homologación o aprobación judicial, respectivamente.

La consideración legal de la transacción judicial como aquella que ha sido aprobada por el juez se encuentra en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000, concretamente, en el artículo 19 y en el 415. En efecto, hasta la entrada en vigor de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000, el único precepto que hacía mención de la transacción judicial, esto es, el artículo 1.816 del Código civil, no la definía. Por este motivo, la jurisprudencia había suplido la ausencia legal de un concepto de transacción judicial y, por ende, extrajudicial, aportando una idea diferenciada con la finalidad de proporcionar un criterio de aplicación de la norma del artículo 1.816 del Código civil que, pese a referirse a ella, no definía que debía entenderse por transacción judicial. Precisamente, tras una evolución jurisprudencial que estableció distintos criterios que diferenciaban la transacción judicial de la extrajudicial<sup>227</sup>, finalmente, se impuso la consideración establecida en la sentencia de 10 de julio de 1969<sup>228</sup>, según la cual el Tribunal Supremo entendía que la transacción es judicial cuando el contrato de transacción se aporta a un pleito iniciado para ponerle fin y es homologado por el juez, criterio éste que fue adoptado por la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000, en el referido artículo 19 y 415.

<sup>227</sup> Al respecto, cabe señalar que, inicialmente, el Tribunal Supremo consideró la transacción judicial como aquella que ponía fin a un proceso comenzado mientras que la transacción extrajudicial era aquella que evitaba que el proceso se iniciase. Así, lo puso de relieve en su sentencia de 22 de abril de 1911. Años más tarde, y ante las críticas vertidas, respecto al criterio adoptado por el Alto Tribunal para diferenciar a una y otra transacción, al considerarse como insuficiente que por el simple hecho de que esté un pleito pendiente, la transacción ya debiera calificarse como judicial, el Tribunal Supremo adopta como criterio para considerar que la transacción es judicial el hecho de que el proceso iniciado finalice como consecuencia del contrato de transacción que se aporta al proceso. Así lo establece la sentencia de 21 de abril de 1942 (Ar. 477). Al respecto, véase PELÁEZ SANZ, Francisco J.: *La transacción. Su eficacia procesal*, ob. cit., pág. 250 y siguientes y LÓPEZ BARBA, Elena M.: *El contrato de transacción. Su resolución por incumplimiento*, ob. cit., página 130 y siguientes.

<sup>228</sup> STS de 10 de julio de 1969 (Ar. 3857).

La transacción es siempre un contrato extrajudicial<sup>229</sup> puesto que se celebra entre los particulares que se hallan inmersos en una controversia, habiendo comenzado el pleito o con anterioridad a su inicio. Sin embargo, en uno y otro caso, la transacción puede llegar a ser judicial ya sea porque, acordada la transacción antes de iniciarse un pleito, las partes celebran un acto de conciliación en el cual el Juez tomará en consideración los extremos fijados en el contrato de transacción, ya sea porque, acordada la transacción una vez el pleito ha comenzado, el juez tiene conocimiento y homologa o aprueba dicho contrato.

En el caso de que el pleito haya comenzado y el contrato de transacción extrajudicial haya sido perfeccionado, la terminación del proceso judicial puede llevarse a término por las partes a través de distintos medios. El estudio de cada uno de estos medios de terminación del proceso iniciado no es cuestión baladí por cuanto que los efectos que se derivan de un modo u otro de finalización del pleito son distintos.

De un lado, las partes, contratantes en la transacción y actor y demandado en el proceso judicial ya entablado, pueden provocar la terminación del pleito mediante el *desistimiento de la parte actora* a la acción instada. Al respecto, una vez acordada la transacción, las partes presentan un escrito ante el Juez que conoce de la controversia en el cual se manifiesta que, como consecuencia del acuerdo alcanzado por el actor y el demandado, la primera desiste de su instancia<sup>230</sup>. En este supuesto, la transacción es la forma que adopta el convenio celebrado por las partes, conforme al cual sus respectivos intereses quedan satisfechos y, por consiguiente, consideran que la continuación del pleito iniciado carece de fundamento y, por ello, el actor se aparta del proceso por la vía del desistimiento.

De otro lado, también podría suceder que las partes emplearan otro de los medios procesales previstos para la terminación del pleito por una vía distinta que la de la sentencia judicial como es la *caducidad de la instancia*. En efecto, una vez celebrado el contrato de transacción y, por

<sup>229</sup> CABELLO DE LOS COBOS Y MANCHA, Luis M.: «Contrato de transacción: Título inscribible (Comentario a las resoluciones de 25 de febrero, 9 y 10 de marzo de 1988)», en *Revista crítica de Derecho inmobiliario*, marzo-abril 1991, núm. 603, pág. 334. «En principio, toda transacción, en cuanto contrato privado sobre un objeto litigable o litigioso, es extrajudicial. Es un contrato que se perfecciona fuera del proceso».

<sup>230</sup> Al respecto, véase lo dispuesto en los artículos 20 y 450 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que tratan del desistimiento en primera instancia del juicio y del desistimiento de un recurso, respectivamente. El desistimiento del actor determina la condena en costas al actor, salvo que el demandado lo consienta, de acuerdo con lo establecido en el artículo 396 de la citada Ley Rituaria.

tanto, superada la controversia en la que las partes se hallaban envueltas, éstas pueden dejar que transcurra el lapso de tiempo de inactividad previsto legalmente para cada una de las instancias<sup>231</sup>. Por consiguiente, celebrada la transacción, el pleito terminaría por la vía de la caducidad de la instancia producida por la inactividad de las partes<sup>232</sup>.

Igualmente, las partes podrían solicitar la finalización del proceso judicial iniciado con base en la celebración de un contrato de transacción. Para ello, el escrito en el que se hace constar dicha petición de terminación del pleito estaría acompañado del contrato en cuestión.

La distinción principal entre los diferentes supuestos que acabamos de enunciar radica en que, en los primeros, las partes solicitan la finalización del proceso judicial sin hacer especial mención de la existencia o contenido del contrato de transacción, por lo que, lógicamente, la autoridad judicial competente no lo toma en consideración. En cambio, en el último de los casos expuestos, las partes solicitan la terminación del pleito con base en la celebración del contrato de transacción, acompañando éste al escrito correspondiente de la petición referida. Por consiguiente, el Juez tiene conocimiento de la existencia y contenido de dicho contrato, lo toma en consideración, lo recoge en la resolución judicial oportuna, esto es, el auto<sup>233</sup>, por medio de la cual el pleito se tiene por acabado.

En efecto, en el caso del desistimiento, si bien la terminación del proceso trae causa del hecho de que las partes hayan alcanzado un acuerdo, que reviste la forma de un contrato de transacción, en puridad, el pleito finaliza como consecuencia del desistimiento de la parte actora. Por consiguiente, el Juez no conoce y por ello no toma en consideración la existencia de dicho contrato. Prueba de lo cual es que la resolución judicial correspondiente, el auto de sobreseimiento (artículo 20, 3)<sup>234</sup> dará por

<sup>231</sup> Dos años para la primera instancia; uno para la segunda instancia o pendiente de recurso extraordinario por infracción procesal o de recurso de casación, a contar desde la última notificación de las partes (artículo 237 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

<sup>232</sup> Deben tenerse presente los presupuestos, la fuerza mayor o cualquier otra causa imputable a la voluntad de las partes, en la ejecución y los efectos que la caducidad de la instancia produce según el momento en que ésta tiene lugar, de acuerdo con lo dispuesto por los artículos 237 a 240 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

<sup>233</sup> La aprobación judicial de la transacción se dictará mediante auto de acuerdo con lo establecido en el artículo 206, apartado segundo, regla 2.ª de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

<sup>234</sup> El auto de sobreseimiento está legalmente previsto para el caso en que el demandado dé su conformidad o no se oponga al desistimiento del actor. Uno de los efectos del desistimiento es que la terminación del proceso se produce sin sentencia porque, precisamente, el actor renuncia al seguimiento del mismo. Así lo dispone, RAMOS MÉNDEZ, FRANCISCO: *Derecho procesal civil (Quinta edición)*, tomo I, José María Bosch Editor, S.A., Barcelona, 1992, pág. 680.

finalizado el proceso por el desistimiento de la actora, indicando a lo sumo, que el motivo se encuentra en el acuerdo alcanzado por las partes y estableciendo las consecuencias legales previstas a tal efecto (las costas).

De hecho, cabría destacar que, en la práctica, se prevé el desistimiento como una consecuencia de una transacción extrajudicial<sup>235</sup>.

En esta misma línea, cabría admitir que la transacción celebrada pudiera dar lugar a un *desistimiento implícito*<sup>236</sup>. El que las partes lleguen a estas situaciones bien pudiera ser una consecuencia de la celebración de un contrato de transacción<sup>237</sup>.

Cuanto acabamos de decir respecto del desistimiento, explícito o implícito, también sería de aplicación al caso en que la terminación del pleito se alcance mediante la *caducidad de la instancia*. En éste, como en aquel, la terminación del proceso no se produce como una consecuencia directa e inmediata de la celebración del contrato de transacción sino que se alcanza, en este caso concreto, como consecuencia de la inactividad de las partes. Celebrada la transacción, las partes simplemente dejan caducar la instancia en la fase procesal en la que se hallen, por lo que, transcurridos los plazos legalmente establecidos, el proceso judicial finaliza sin que el contrato celebrado conste como el verdadero motivo por el cual las partes consideran resuelta la controversia y, por tanto, finalizado el proceso.

En ambos casos, si bien el contrato de transacción ha tenido lugar al margen del proceso y, por tanto, es una realidad constatable y plausible para las partes, ello no es en modo alguno así para el orden judicial. En efecto, para la autoridad judicial, la finalización anormal del pleito se produce, bien sea por la petición expresa de una de las partes en ese sentido, cuyo fundamento se manifiesta bajo la expresión genérica de que se ha alcanzado un acuerdo entre ellas, sin más o, por voluntad de una sola de ellas y, también, por el mero transcurso del tiempo hasta que, llegado el plazo establecido por la ley, se declara caducada la instancia. En estos

<sup>235</sup> Así lo entiende Valentín CORTÉS DOMÍNGUEZ en ALMAGRO NOSETE, José (...): *Derecho procesal*, ob. cit., pág. 522.

<sup>236</sup> En aquellos casos en que se dicta el auto de sobreseimiento que se regula en el artículo 414, 3 de la LEC, para el supuesto en que ninguna de las partes concurra a la audiencia previa al juicio ordinario, o también, al que se regula en el artículo 418, núm. 3, de la Ley ritual, previsto para el caso de que la falta o los defectos procesales no sean subsanables ni corregibles o no se subsanen o corrijan en el plazo concedido para tal efecto, con la salvedad prevista en el número 4 del mismo artículo.

<sup>237</sup> En este sentido, Valentín CORTÉS DOMÍNGUEZ (...): *Derecho procesal*, ob. cit., página 522.

supuestos, para el juzgador, el contrato de transacción es del todo punto irrelevante en cuanto que, para él, es inexistente. En este sentido y puesto que el contrato de transacción no ha sido puesto en conocimiento del Juez encargado de la controversia, este contrato no tiene trascendencia alguna para el Juez.

Por el contrario, una vez celebrado el contrato de transacción, si la terminación del pleito tuviera su justificación en el convenio celebrado y así se manifestara por deseo expreso de las partes, el Juez tendría conocimiento de la existencia de dicho convenio y, por consiguiente, el auto de finalización del proceso recogería los extremos acordados por las partes que sean conformes al ordenamiento jurídico.

Así las cosas, la diferencia fundamental entre los distintos supuestos de terminación de un proceso judicial, una vez celebrado un contrato de transacción, estriba en el hecho de que el Juez conozca o no la existencia de dicho contrato. Los casos en que las partes pongan en conocimiento del Juez que juzga su controversia la existencia de la transacción celebrada con la finalidad de que la apruebe y ponga fin al proceso iniciado, hablaremos de homologación o aprobación judicial de la transacción. Así lo dispone la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, en su artículo 19, 2<sup>338</sup> y 415, 1, párrafo 2<sup>339</sup>.

Mediante la homologación, el Juez confirma el convenio celebrado por las partes, transforma la transacción extrajudicial otorgándole firmeza y solemnidad. En este caso, la homologación judicial del contrato de transacción celebrado responde a dos finalidades concretas: en primer lugar, el acuerdo al que han llegado las partes para superar su controversia, materializado en el contrato de transacción, es el motivo por el cual las partes entienden que el pleito iniciado no tiene razón alguna para continuar adelante y de ahí que las partes lo comuniquen a la auto-

<sup>338</sup> Este punto 2 del artículo 19 de la Ley de Enjuiciamiento Civil reza lo siguiente: «Si las partes pretendieran una transacción judicial y el acuerdo o convenio que alcanzaren fuere conforme a lo previsto en el apartado anterior, será homologado por el tribunal que esté conociendo del litigio al que se pretende poner fin». Consideramos oportuno destacar que esta previsión legal de la homologación de la transacción constituye una de las innovaciones introducidas en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000. La antigua ley ritaria no preveía en precepto alguno ni la aprobación del Juez del acuerdo celebrado entre las partes inmersas en un conflicto y, menos aún, le otorgaba esta denominación. En realidad, era una calificación que fue recogida en las resoluciones judiciales de los jueces que tomaban en consideración el contrato de transacción aportado para la terminación del pleito iniciado.

<sup>339</sup> En la audiencia previa del juicio ordinario, el artículo 415, 1, párrafo 2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se establece que «si manifestasen (las partes) haber llegado a un acuerdo o se mostrasen dispuestas a concluirlo de inmediato, podrán desistir del proceso o solicitar del tribunal que homologue lo acordado».

ridad judicial que conocía de dicha controversia. Sin embargo, y como hemos visto, pese a la celebración de un contrato de transacción, las partes pueden optar por solicitar la finalización del pleito mediante cualquiera de las otras formas admitidas en derecho que también se configuran para alcanzar esta finalidad.

Y de ahí se desprende que existe otro motivo, el segundo, que justificaría la intención de las partes de presentar la transacción para su reconocimiento por el Juez ante el que se está dilucidando el proceso sobre la controversia surgida entre ellos. El fundamento de dicho motivo se asienta en la pretensión de las partes de alcanzar la plena eficacia del acuerdo perfeccionado a través de la transacción. Esta plena eficacia es la que se obtendría de considerar el contrato de transacción como título válido para su ejecución sin necesidad del pertinente proceso<sup>240</sup>. Y ello sólo podría obtenerse cuando la transacción es calificada de judicial, en los estrictos términos del artículo 1.816 del Código civil<sup>241</sup>.

Respecto del inciso final de este artículo 1.816 del Código civil, la doctrina coincide en considerar que el calificativo «judicial» no debe entenderse aplicable a toda transacción celebrada una vez se ha iniciado el proceso<sup>242</sup>. Como hemos apuntado, una vez iniciado el pleito, las partes pueden acordar la superación de su controversia jurídica a través del contrato de transacción pero, sin embargo, la terminación del proceso judicial no se efectúa siempre con base en dicho acuerdo sino que pueden solicitar su terminación sin que el Juez conozca de su existencia. En estos casos, la transacción debe calificarse de extrajudicial. Por contra,

<sup>240</sup> De conformidad con el artículo 1.429, 1.º de la Ley de Enjuiciamiento civil, la transacción recogida en escritura pública con los requisitos ahí descritos es título ejecutivo. Pero en cuanto que contrato es impugnabile, a diferencia de la transacción judicial.

<sup>241</sup> Los efectos propios de la transacción procesal (terminación del pleito y eficacia ejecutiva) justifican la exigencia del requisito de la aprobación judicial en el sentido de que un mero conocimiento pasivo de la existencia de la transacción por parte del juez no sería suficiente para evitar una resolución respecto a una transacción nula. Al respecto, ORTELLS RAMOS, Manuel en colaboración con MONTERO AROCA, Juan y GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis: *Derecho Jurisdiccional*, II, Proceso civil, 1.º, ob. cit., pág. 347.

<sup>242</sup> Así se entendía por un sector de la doctrina antes de la entrada en vigor de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2001. En este sentido, PRIETO-CASTRO y FERRANDIZ, Leonardo: *Tratado de Derecho procesal civil*, Proceso declarativo, proceso de ejecución, 2.ª edición, Aranzadi, Pamplona, 1985, pág. 851: «... mientras la judicial, si bien se basa en un acto dispositivo contractual, surge después de hallarse pendiente un proceso, y precisamente por ello, habiendo de ser concertada ante un tribunal y homologada o reconocida por el mismo ...» y, también ORTELLS RAMOS, Manuel en el manual realizado en colaboración con MONTERO AROCA, Juan y GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis: *Derecho Jurisdiccional*, II, Proceso civil, 1.º, ob. cit., pág. 344: «La transacción judicial, en cambio, se realiza pendiente el proceso y, además, concluye dentro de las actividades del mismo o se presenta en el proceso por ambas partes y está sometida a la aprobación del juez».

entendemos que debe calificarse como judicial aquel negocio jurídico bilateral que cumple los requisitos establecidos en los artículos 1.809 y siguientes del Código civil y concordantes, que además es conocido por el Juez frente al que las partes estaban dilucidando el juicio. En este sentido se pronuncia la sentencia de 21 de abril de 1942 en los siguientes términos: «... cualquiera que sea el concepto que se tenga sobre la naturaleza de la transacción judicial, que el Código civil no define y que la opinión más autorizada estima institución sometida a las normas de derecho material que, sin embargo, es a la par integrante de un acto procesal propiamente dicho, es notorio que en este segundo aspecto, para que mediante ella se ultime, por un modo que la doctrina califica de anormal, el proceso iniciado, es preciso que a él se incorpore en aquellos supuestos en que al organismo jurisdiccional haya de pedirse la ejecución porque solo así quedará ultimado el proceso pendiente y podrá impetrarse de los Tribunales el cumplimiento de lo convenido, por vía de ejecución procesal ...»<sup>243</sup>. En efecto, esta eficacia distinta que se predica de la transacción judicial en el artículo 1.816 del Código civil podría alcanzarse en el caso de que las partes justificasen la petición de la finalización del pleito en la consecución de dicho acuerdo y, por consiguiente, el Juez tomase en consideración dicho contrato y así lo reflejase en la resolución judicial que diese por concluido el proceso en cuestión.

Ahora bien, que la transacción sea judicial, no significa que la controversia también lo haya sido. Así, la controversia judicial puede ser superada ya sea mediante una transacción extrajudicial junto con un desistimiento, caducidad de la instancia, renuncia o allanamiento, según estimen más conveniente, bien sea mediante una transacción judicial. Por su parte, la controversia extrajudicial puede ser concluida mediante una transacción extrajudicial pero también a través de una transacción judicial por la vía del acto de conciliación.

El hecho de que la transacción celebrada por las partes forme parte de una resolución judicial, en concreto, de un auto, que ponga fin al pleito en su día comenzado plantea la cuestión acerca de su naturaleza jurídica, en concreto, su consideración como acto procesal o no.

<sup>243</sup> STS 21 de abril de 1942 (Ar. 477).

## 1. NATURALEZA JURÍDICA DE LA TRANSACCIÓN JUDICIALMENTE HOMOLOGADA

Partimos del presupuesto de que la transacción es un contrato que las partes, inmersas en una controversia respecto de un derecho subjetivo, realizan para la superación de dicho conflicto, en ejercicio de su autonomía privada. En este orden de cosas, la transacción tiene, en su origen, naturaleza contractual en los términos a los cuales hemos hecho alusión. Sin embargo, la cuestión que se suscita es la de si la homologación judicial producida por la aportación del contrato de transacción al proceso, caso de que éste se haya iniciado, supone una modificación sustancial de la naturaleza jurídica del contrato de transacción, en concreto, si podría llegar a considerarse que se trata de un acto procesal. Esta interpretación hallaría su fundamento en atención a las consecuencias de carácter procesal que de ella se derivan. En primer lugar, la justificación radicaría en el hecho de que el contrato de transacción celebrado y aportado incide, precisamente, en el proceso de tal modo que le pone fin. En segundo lugar, podría considerarse que la homologación de la transacción es un acto judicial puesto que el ordenamiento jurídico le reconoce la autoridad de la cosa juzgada, merced a lo dispuesto en el inciso inicial del artículo 1.816 del Código civil. Y en tercer lugar, podría entenderse también que la transacción judicial produce efectos de índole procesal habida cuenta que tratándose de ella, procederá la vía de apremio. Y, por último, una vez que el auto que recoge la transacción extrajudicial es firme, éste deviene inimpugnable. La resolución judicial, en virtud del principio de seguridad jurídica, se convierte en inimpugnable de tal modo que no cabe marcha atrás posible salvo el recurso extraordinario de revisión.

La doctrina no es unánime en ese sentido<sup>244</sup>, por lo que parece oportuno someter este extremo al correspondiente análisis con el objetivo de tratar de completar la naturaleza jurídica del contrato objeto de investigación.

Al objeto de determinar si la homologación judicial modaliza la naturaleza contractual de la transacción, resulta apropiado comenzar el estudio de esta cuestión con el concepto y los caracteres que la doctrina

<sup>244</sup> La mayor parte de la doctrina coincide en considerar que la transacción judicial es un acto procesal que supone precisamente el poner fin a un pleito que ha comenzado. En este sentido, PRIETO-CASTRO y FERRÁNDIZ, Leonardo: *Tratado de Derecho procesal civil, Proceso declarativo, proceso de ejecución*, 2.ª edición, Aranzadi, Pamplona, 1985, pág. 851 y RAMOS MENDEZ, Francisco: *Derecho procesal civil* (Quinta edición), tomo I, ob. cit., pág. 677. Por contra, Jaime GUASP es el autor que se opone a la consideración de la transacción como acto procesal. Así lo expresa en su obra *Derecho procesal civil, Tomo primero «Introducción y parte general»*, ob. cit., págs. 534 a 538.

mayoritariamente otorga al acto procesal para, una vez fijados, comprobar si el contrato de transacción homologado por el Juez se ajusta al perfil diseñado para el primero.

La doctrina procesalista, como es sabido, suele afirmar que los actos procesales son aquéllos que inciden de forma inmediata y directa sobre la constitución, desarrollo, modificación o terminación de la relación procesal o de las relaciones que integran el proceso<sup>245</sup>. Estos actos procesales se caracterizan, de un lado, por la esencialidad de la forma, regulada de un modo más detallado y preciso que la de los negocios y actos jurídicos del Derecho material. Y de otro, cabría destacar como característica más relevante que la consecuencia procesal derivada de la manifestación voluntaria es totalmente independiente de ésta. Son requisitos de todo acto procesal las exigencias exteriores establecidas por la ley para su validez y eficacia y que se traducen en el lugar donde han de realizarse, el tiempo y la forma, entendiendo por tal concepto la manera en que han de producirse.

Fijado el concepto del acto procesal, trataremos de determinar si la transacción judicial, esto es, el contrato de transacción que se aporta al proceso iniciado para que el órgano jurisdiccional lo tome en consideración y con ello se dicte la oportuna resolución que la apruebe y dé por terminado el proceso, podría considerarse como un acto procesal con las consecuencias que de ello se derivarían.

En primer lugar, cabría señalar que, en puridad terminológica, la transacción no podría considerarse como un acto procesal en cuanto que no es tal acto sino un convenio. Como venimos señalando y de conformidad con el tenor del artículo 1.809 del Código civil, la transacción es un contrato por el que las partes superan una controversia suscitada entre ellas. Así, una vez solucionada dicha controversia, carece de sentido que el pleito, en su caso iniciado, continúe adelante. En efecto, la intervención de un Juez, que aporte la solución al conflicto de intereses planteado, no es precisa cuando las partes han llegado a un acuerdo al respecto de dicho conflicto. Por tanto, la consecuencia lógica que debería derivarse de dicho acuerdo es la terminación del proceso<sup>246</sup>.

<sup>245</sup> Así lo define Víctor MORENO CATENA en ALMAGRO NOSETE, José (...): *Derecho procesal*, ob. cit., pág. 211.

<sup>246</sup> Téngase en cuenta no obstante que puede darse el caso que tras una sentencia firme, se celebre una transacción, por ignorancia de aquélla por alguna de las partes interesadas. Este es el supuesto previsto en el artículo 1.819 del Código civil. Este precepto prevé como consecuencia que aquella parte interesada en la sentencia y que la ignoraba podrá solicitar la rescisión de la transacción.

Además, la transacción, en líneas generales, se celebra al margen del proceso judicial<sup>247</sup>. El acuerdo por el cual las partes se sacrifican para superar una controversia existente, denominado transacción, tiene lugar, como regla general, fuera del *iter* del procedimiento encaminado a la obtención de una resolución que ponga fin a la controversia. En este orden de cosas y de conformidad con la definición de acto procesal expuesta, cabría entender que el contrato de transacción no incide directa e inmediatamente en el pleito en su día iniciado, por lo que debería concluirse que no se trata de un acto procesal. Si bien es cierto que la transacción en el Código civil (artículo 1.809, in fine del Código civil) se configura como un contrato por el cual las partes evitan o ponen fin a un pleito, también es más cierto que su celebración no incide directamente en la terminación del proceso, en su caso, iniciado. Buena prueba de ello es que la celebración del contrato de transacción no comporta como efecto inmediato la terminación del proceso judicial sino que las partes deberán solicitarla mediante el correspondiente escrito al Juez que es lo que en realidad constituye un acto procesal de las partes. Además, las partes pueden pedir al Juez que el proceso en su día iniciado termine, sin que lleguen a explicitar que el motivo de dicha terminación es el contrato celebrado. La mera indicación de que por haberse llegado a un acuerdo, sin hacer especial mención del contrato de transacción celebrado se solicita que finalice el proceso o que no se le dé continuidad, es requisito suficiente para que el Juez dé por terminado el pleito. En este caso, la celebración del contrato de transacción habrá provocado la finalización del pleito, siendo la causa pero no el modo de su finalización.

Por consiguiente, desde esta perspectiva, la transacción no repercute inmediata y directamente en el proceso ni, en general, se realiza en el proceso por lo que debería interpretarse que este negocio jurídico bilateral no constituye un acto procesal en los términos señalados.

Sin embargo, en aquellos casos en que las partes presenten el contrato de transacción que han celebrado al Juez para que, como consecuencia de éste, dé por terminado el pleito comenzado, la conclusión acerca de la naturaleza jurídica de este acto sería distinta.

<sup>247</sup> El contrato de transacción también puede tener lugar durante la celebración de las comparecencias de los distintos tipos de juicio legalmente previstos. En estos casos, el acuerdo alcanzado por las partes bajo la forma y la naturaleza del contrato de transacción tiene lugar dentro del proceso mismo por lo que el acuerdo se hará constar en el acta correspondiente. En este sentido, véase el artículo 692 de la LEC, relativo a la comparecencia previa en el juicio ordinario de menor cuantía.

En consonancia con la definición doctrinalmente aceptada, procesal es todo acto que incide directa e inmediatamente en el proceso. Pues bien, en el caso de que el demandante y el demandado presenten al Juez el contrato de transacción celebrado, su petición de finalización del juicio por las partes y, al mismo tiempo, el contrato de transacción se configuraría como un acto procesal. Se trata de un acto procesal emanado de las partes de un proceso y que se dirige a su extinción, incidiendo, por consiguiente, directa e inmediatamente en él.

Por su parte, el auto admitiendo e incorporando la transacción, es una resolución judicial *ad hoc*, es decir, un acto procesal por dos motivos, principalmente.

El primero de ellos, tiene su fundamento en el hecho de que se trata de la resolución emanada del órgano jurisdiccional mediante la cual, en este caso concreto, el Juez ha manifestado la toma en consideración del contrato de transacción presentado por las partes y ha dado por terminado el juicio. Trasladando nuevamente el concepto acuñado por la doctrina para los actos procesales a este supuesto concreto, cabría señalar que el auto dictado por el Juez supone la terminación del pleito comenzado, incidiendo directa e inmediatamente en el proceso.

El segundo de los motivos debe situarse en el ámbito de los efectos que se derivan de dicha resolución. Sin fijar en este preciso instante los pormenores relativos a la eficacia de la denominada transacción judicial, labor que acometeremos más adelante, cabría señalar que el auto por el cual el Juez aprueba la transacción celebrada por las partes supone unos efectos distintos de aquellos que se predicen de la transacción que podríamos calificar como no judicial, de conformidad con lo dispuesto por la norma del artículo 1.816, in fine, del Código civil. En este sentido, el codificador dispuso en esta norma que «no procederá la vía de apremio sino tratándose del cumplimiento de la transacción judicial». De dicha norma se desprende que la ejecución de los acuerdos tomados por las partes en el contrato de transacción será distinta según si el contrato ha sido conocido o no por el Juez. En este caso, el acto procesal del juez que, con motivo del contrato de transacción da por finalizado el proceso ordinario, tiene una eficacia propia y característica que no alcanza al contrato de transacción celebrado y no aportado al juicio. Al respecto, podría considerarse que la eficacia de dicho acto procesal se extiende hasta los confines propios de la ejecución de los acuerdos, de tal modo que el contrato de transacción aprobado por el Juez y que da por finalizado el pleito se configura como un título ejecutivo. Pero, por encima de todos, cabe destacar que una vez firme, el auto es inimpugnabile.

Por consiguiente y a modo de recapitulación, la transacción regulada en el Código civil es un contrato por el cual las partes ponen fin a una controversia surgida respecto de un derecho subjetivo a través de concesiones mutuas. Este contrato se celebra, como regla general, al margen del proceso, bien porque todavía éste no se ha iniciado o, también, porque caso de haberse iniciado, el acuerdo entre las partes se alcanza fuera del proceso.

En el supuesto de que el proceso haya comenzado y celebrado el contrato de transacción, las partes pueden solicitar la terminación del pleito optando por comunicar o no al Juez que el motivo de la petición de finalización del juicio es dicho contrato de transacción. En el caso de que las partes decidan que el Juez conozca de la existencia del acuerdo alcanzado cabría afirmar que la petición de terminación del pleito se constituye como acto procesal. En este caso, la celebración del contrato de transacción en sí misma no supone una incidencia inmediata en el proceso por cuanto que las partes pueden decidir si comunicar la existencia de dicho acuerdo, en el momento en que soliciten al Juez la terminación del pleito y la homologación del acuerdo. El acto procesal viene constituido por la declaración de voluntad pronunciada en el proceso según la cual el objetivo que se persigue es la finalización del proceso iniciado mas la incorporación del convenio al auto judicial.

En esta misma línea, el auto judicial por el que se declara la aprobación de la transacción efectuada por las partes sobre el objeto del proceso y se da por finalizado el pleito en cuestión constituye un acto procesal en cuanto supone una incidencia directa e inmediata en el proceso de tal modo que le pone fin<sup>248</sup>.

Y, por ende, dicha resolución comporta una ejecución concreta y específica de los acuerdos adoptados por las partes en el contrato de

<sup>248</sup> Coincidimos con ORTELLS RAMOS cuando afirma que «no se excluye en ningún caso el carácter jurídico-material de la transacción judicial, porque resulta evidente que, incluso en esta modalidad de transacción, son las partes las que con su voluntad regulan, con el fin de resolverla la situación litigiosa, y no el juez que decide ejercitando la potestad jurisdiccional. Esta naturaleza explica por lo demás el tratamiento de los vicios de la voluntad en la transacción, que establecen los arts. 1.817 a 1.819 del CC y que es del todo propio de un negocio jurídico privado. Pero también es verdad que si limitamos a lo anterior la naturaleza de la transacción judicial, quedan sin explicación los efectos procesales de la misma. Para evitar esto puede apuntarse que no la transacción en sí misma, pero si los actos de las partes y del juez necesarios para hacer de ella una transacción judicial, tiene naturaleza procesal y justifican los efectos de esta índole». Así en MONTERO AROCA, Juan, ORTELLS RAMOS, Manuel y GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis: *Derecho Jurisdiccional*, II, Proceso civil, 1.º, ob. cit., páginas 344 y 345.

transacción cual es la que el codificador de 1889 califica como la vía de apremio. Esta especial vía de ejecución no se predica de la transacción extrajudicial, acordada ya sea con anterioridad a la celebración del proceso o, también, cuando el pleito ha comenzado pero las partes no solicitan la terminación del proceso con base en dicho contrato. Esta distinta eficacia referida, en concreto, a la ejecución de la transacción, viene determinada porque la resolución judicial de terminación del pleito haya tomado o no en consideración la transacción celebrada por las partes en función de que éstas hayan no sólo justificado su petición de finalización del proceso en el acuerdo transaccional alcanzado sino solicitando, además, su homologación o aprobación. En el caso de que se les niegue en todo o en parte, cabe el recurso por una o ambas partes en cuanto que la resolución judicial es susceptible de recurso.

Por consiguiente, la transacción judicial es aquel contrato celebrado por las partes, en aras a la superación de una controversia, mediante concesiones mutuas de las partes, y homologado por el Juez en el sentido de que conoce de su existencia, toma en consideración los acuerdos adoptados por las partes y los aprueba, poniendo fin al pleito iniciado. En este sentido, la homologación judicial de la transacción obtenida a través de la resolución judicial pertinente, cual es el auto, modaliza el instrumento en el cual las partes han formalizado los acuerdos para la superación de la controversia y le ofrece la vía de apremio, vía de cumplimiento distinta de la transacción extrajudicial<sup>249</sup>.

Fijada la naturaleza de la transacción judicial, el objeto de estudio se dirige ahora al análisis de la actuación del Juez en sí misma, con la finalidad de concretar los extremos sometidos a su aprobación.

## 2. EL OBJETO DE LA ACTUACIÓN JUDICIAL

La homologación judicial del contrato de transacción consiste en que el Juez, que hubiera tenido que decidir acerca de la controversia jurídica suscitada respecto de un derecho subjetivo existente entre las partes, confirme<sup>250</sup> el convenio celebrado por las partes que pretende poner fin

<sup>249</sup> Y ello de conformidad con el segundo inciso del artículo 1.816 in fine del Código civil.

<sup>250</sup> La homologación es el término que se refiere a la resolución judicial confirmatoria del convenio. Así se interpreta respecto del convenio regulador de los procesos matrimoniales. QUESADA, Corona: *Derecho de familia, Diccionario práctico de jurisprudencia*, Vol. I, PPU, Barcelona, 1992, pág. 235, en el apartado correspondiente a las consecuencias de la falta de homologación.

a dicha controversia para hacerlo más firme y solemne<sup>251</sup>. En otras palabras, la función del Juez consiste en contrastar que los acuerdos adoptados por las partes y que constituyen el contrato de transacción se ajusten a las normas previstas en el ordenamiento jurídico relativos al régimen de los contratos, en general, y de la transacción, en particular<sup>252</sup>. Esta homologación del acuerdo de las partes efectuado por la autoridad judicial competente supone el sancionar el convenio conforme a derecho<sup>253</sup>, otorgarle un carácter solemne y dotarle de la eficacia pertinente que se deriva de las consecuencias concretas y específicas previstas en el artículo 1.816 in fine del Código civil.

La doctrina coincide en atribuir al Juez un papel controlador de la legalidad de los acuerdos alcanzados en el convenio<sup>254</sup>. La función del

<sup>251</sup> Y ello de conformidad con la definición contenida en la voz «homologar» del Diccionario de la Lengua Española, en su acepción 5: «Confirmar el juez ciertos actos y convenios de las partes para hacerlos más firmes y solemnes». Diccionario de la Lengua Española, vigésima segunda edición, Vol. II, Madrid, 2001, pág. 1225.

<sup>252</sup> Así parece desprenderse del artículo 415, 1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Este precepto, anteriormente citado, regula el intento de conciliación o transacción y al respecto dispone que si las partes hubiesen llegado a un acuerdo y solicitasen del tribunal que homologue lo acordado, su párrafo tercero dictamina que «en este caso, el tribunal examinará previamente la concurrencia de los requisitos de capacidad jurídica y poder de disposición de las partes o de sus representantes acreditados, que asistan al acto». En relación con el texto legal que recoge los que se considerarían los tres requisitos de la transacción que el tribunal deberá examinar para homologarla, esto es, en primer lugar, la capacidad de las partes; en segundo lugar, su poder de disposición y en tercer lugar, el poder de disposición de sus representantes acreditados, debemos referirnos a la imprecisión terminológica en que incurrir el legislador cuando se refiere a la «capacidad jurídica» de las partes cuando, en puridad, debería haberse dicho «capacidad de obrar». Como es sabido, la capacidad jurídica, entendida como aptitud para ser titular de derechos y obligaciones, es reconocida a toda persona desde el momento de su nacimiento y con la concurrencia de los requisitos del artículo 30 del Código civil. Por su parte la capacidad de obrar, concebida como la aptitud de la persona para realizar actos y negocios jurídicos por sí mismo y con plena eficacia, sólo es reconocida para aquellas personas que han alcanzado la mayoría de edad y no están legalmente incapacitadas. Por consiguiente, para poder realizar el contrato de transacción, la capacidad requerida para las partes debería ser la de obrar, en cuanto equiparada a la capacidad para contratar, y no la capacidad jurídica. Tal y como está redactado el texto legal, resulta que los menores de edad, que tienen capacidad jurídica pero capacidad de obrar limitada, podrían realizar contratos de transacción que, posteriormente, el juez podría homologar.

<sup>253</sup> En este mismo sentido se predica respecto de la aprobación judicial del convenio regulador. Este carácter sancionador de la resolución judicial respecto del convenio regulador lo pone de relieve LÓPEZ BURNIOL, Juan José: «Concepto, naturaleza y contenido del convenio regulador de las relaciones conyugales, paterno-filiales y patrimoniales» en *Convenios reguladores de las relaciones conyugales paterno-filiales y patrimoniales en las crisis del matrimonio*, Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1984, pág. 61.

<sup>254</sup> Así se interpreta de la actuación del Juez en el análisis de los pactos adoptados por las partes en el convenio regulador que también deben ser sometidos al control judicial, esta vez, por imperativo legal del artículo 90 del Código civil. En cambio, en la transacción, el acto de sometimiento del contrato de transacción a la aprobación judicial es potestativo de

Juez se dirige a la apreciación de la observancia de las normas imperativas<sup>255</sup>, relativas al contrato, en general, y a la transacción, en particular, en razón de su particular objeto. El Juez no puede configurar el valor de las concesiones recíprocas de las partes, esto es, si le parecen justas o no y modificarlas<sup>256</sup>, por cuanto que dicho contenido pertenece al ámbito de la autonomía privada de las partes<sup>257</sup>, pero tiene límites. La aprobación judicial de la transacción se refiere, por tanto, a los requisitos generales de ésta y no a la manera en que las partes hayan superado la controversia jurídica<sup>258</sup> dentro de los límites de la autonomía privada. La aprobación judicial puede concederse o denegarse, en todo o en parte, tras examinar el contenido del acuerdo transaccional lo cual el Juez efectuará en resolución motivada. Esta resolución motivada podría ser susceptible del correspondiente recurso si las partes optan por no efectuar la correspondiente subsanación, en caso de que ello fuera posible. Ahora bien, en virtud del principio de rogación o de instancia de parte, a diferencia de lo que ocurre con el convenio regulador (Derecho de familia), el Juez no puede modificar el acuerdo transaccional.

La cuestión que se suscita inmediatamente a continuación es la que se refiere a los extremos concretos que el Juez contrasta para, una vez

---

las partes. Respecto de la consideración del papel controlador del juez respecto del convenio regulador, ROCA TRIAS, Encarna: Comentario al artículo 90 del Código civil en Comentarios a las reformas del derecho de familia, volumen I, Tecnos, Madrid, 1984, pág. 566.

<sup>255</sup> Esta apreciación de la observancia de las normas imperativas también es prevista para el convenio regulador, configurándose como uno de los planos en los que el Juez ejerce su control. Al respecto, LÓPEZ Y LÓPEZ, Ángel M.: Comentario al artículo 90 del Código civil, en Matrimonio y divorcio, comentarios al Título IV del Libro primero del Código civil, coordinados por José Luis Lacruz Berdejo, Segunda edición, Editorial Civitas, Madrid, 1994, pág. 986.

<sup>256</sup> En cuanto que acto procesal de aprobación, se establece un paralelismo entre el convenio regulador en los procesos matrimoniales y la transacción. Pero a diferencia de lo que ocurre en el convenio regulador, el Juez no puede modificar los acuerdos adoptados por las partes en las transacción. En cambio, en el convenio regulador de los procesos matrimoniales, el Juez podrá modificar los acuerdos que considere que vulneran los intereses de los sujetos jurídicamente protegibles. La justificación del dispar tratamiento que se refiere a la posible modificación por parte del Juez de los extremos del convenio regulador y, por contra, la no alteración de los acuerdos adoptados por las partes que transigen cabe encontrarla en el hecho de que el convenio regulador se circunscribe al ámbito del Derecho de familia y, por tanto, es de orden público mientras que el contrato de transacción queda, en líneas generales, al margen de este orden. Sin embargo, entendemos que, tal vez, el Juez podría alterar aquellos extremos que perjudicasen los intereses de sujetos jurídicamente protegidos como serían los menores.

<sup>257</sup> GULLÓN BALLESTEROS, Antonio: Comentario a los artículos 1.809 a 1.819 del Código civil, cit., pág. 1774.

<sup>258</sup> En este sentido se pronuncia OGAYAR AYLLÓN, Tomás: *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, dirigidos por Manuel ALBALADEJO, Tomo XXII, Vol. 2.º, ob. cit., página 55.

verificados, dictar el auto pertinente. De conformidad con las disposiciones legales previstas a tal efecto, el Juez constatará fundamentalmente tres extremos del contrato perfeccionado<sup>259</sup>.

a) **Que ningún pacto del contrato sea contrario al interés o al orden público o en perjuicio de terceros**

La aprobación de la transacción también está supeditada al hecho de que el Juez no aprecie circunstancia alguna que sea contraria al interés o al orden público o en perjuicio de terceros.

La aplicación de este principio rector a la transacción tiene su razón de ser en la propia configuración del contrato. Así, la voluntad de las partes de poner fin al litigio mediante la celebración del contrato de transacción supone una renuncia a los derechos, facultades o acciones que, en su caso, les pudieren corresponder. En efecto, el objetivo perseguido por las partes que consiste en la terminación de la controversia surgida entre ellas mediante la celebración de este contrato comporta el que cada una de ellas debe sacrificar en todo o en parte sus respectivas pretensiones, en cuanto contrato oneroso. Trasladando el concepto del

---

<sup>259</sup> Los requisitos que el Juez deberá examinar son, de un lado, que los acuerdos adoptados no sean contrarios respecto del objeto del juicio no estén prohibidos por ley o limitados por razones de interés general o en beneficio de tercero, de acuerdo con lo establecido en el artículo 19 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; y de otro lado, examinará también la capacidad de las partes, su poder de disposición así como el de sus representantes acreditados, de conformidad con lo que reza el artículo 415, 1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Antes de la entrada en vigor de esta Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, no existía precepto alguno que fijara los extremos que el Juez tomaba en consideración para homologar el contrato de transacción. Por ello, los requisitos que este negocio debía reunir se obtenían del estudio de la resolución judicial que los órganos judiciales dictaban en la que daban por terminado el pleito como consecuencia de que las partes habían llegado a un acuerdo. Así se desprendía del trabajo elaborado por PEÑA BERNALDO DE QUIROS, Carlos Mauro: *El arbitraje. La conciliación. Los modos anormales de terminación del pleito. (El desistimiento. La renuncia. El allanamiento. La transacción. La caducidad)*, Granada, 1991, página 148, en el cual, además que los extremos que ahora se recogen por la Ley Rituaria del año 2000, cabía encontrar el requisito de que el objeto del contrato fuese lícito, posible y susceptible de transacción. Con la finalidad de aprobar judicialmente la transacción, este autor consideraba que el Juez comprobaría que el objeto del contrato se ajustase a las normas establecidas por el ordenamiento jurídico, en concreto, en lo dispuesto en los artículos 1.271 y siguientes del Código civil, relativos a la licitud y posibilidad del objeto del contrato. Entendía, también, en este orden de cosas, que el objeto debía consistir en cosas que se hallasen dentro del comercio de los hombres, incluidas las futuras y los servicios que no sean contrarios a las leyes o a las buenas costumbres, quedando excluidos de poder ser objeto del contrato de transacción y, en general, de todo contrato, aquellas cosas o servicios imposibles. Y, finalmente, el Juez comprobaría que la materia fuese transigible, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 1.814 y 1.815 del Código civil.

mutuo sacrificio que se atribuye al carácter oneroso de la transacción al ámbito de las prestaciones que cumplen las partes, como exteriorización de dichos sacrificios, se traduce en renunciaciones a derechos reconocidos en las leyes aplicables al caso concreto.

Respecto de las renunciaciones voluntarias de los sujetos a los derechos que por ley les pudieran corresponder, el ordenamiento jurídico asienta en la norma del punto segundo del artículo 6 del Código civil un principio según el cual la validez de dichas renunciaciones queda supeditada al hecho de que no contraríen el interés, el orden público ni perjudiquen a terceros<sup>260</sup>. En esta misma línea, el artículo 19 de la Ley de Enjuiciamiento Civil reconoce a los litigantes la facultad de transigir sobre lo que sea objeto del proceso, «excepto cuando la ley lo prohíba o establezca limitaciones por razones de interés general o en beneficio de tercero».

#### b) La capacidad de los sujetos y su poder de disposición sobre el objeto

La capacidad requerida para que el consentimiento prestado por las partes sea suficiente y, por consiguiente, comporte la existencia del contrato de transacción, a los efectos previstos en el artículo 1.261 del Código civil es, en principio, la general para contratar<sup>261</sup>. Por este motivo, no pueden prestar consentimiento los menores no emancipados o los declarados incapacitados, de conformidad con la norma del artículo 1.263 del Código civil y concordantes relativos a la mayor edad (artículo 315 del Código civil); la emancipación (artículo 323 del Código civil); la incapacitación (art. 210 del Código civil); los sujetos a tutela (artículo 222 del Código civil); los sujetos a curatela (artículo 287 del Código civil), puesto que no tienen la capacidad requerida para contratar.

Pero además, dadas las características propias de este especial contrato, que comporta renunciaciones mutuas de ambas partes, a la capacidad general para contratar habría que adicionar aquella capacidad específi-

<sup>260</sup> CABANILLAS SANCHEZ, Antonio: «Comentario al artículo 6 del Código civil» en Comentarios al Código civil y Compilaciones forales, dirigidos por Manuel Albaladejo y Silvia Díaz, EDERSA, 1992.

<sup>261</sup> El artículo 415, I de la Ley de Enjuiciamiento Civil se refiere a la capacidad jurídica de las partes cuando, en realidad, debería haberse referido, en puridad terminológica, a la capacidad de obrar, puesto que, en líneas generales, se identifica con la capacidad para contratar, en los términos anteriormente señalados, mientras que la capacidad jurídica se reconoce a toda persona por el solo mero hecho haber nacido, concurriendo los requisitos previstos por el artículo 30 del Código civil.

ca que se requiere para la disposición. De este modo, la capacidad exigida para la validez del contrato de transacción es aquella que se precisa para enajenar.

Esta capacidad adquiere especial relevancia cuando el sujeto que pretende la transacción es menor de edad no emancipado o está incapacitado y sus representantes legales pretenden la celebración del contrato de transacción (artículos 1.810 y 1.811 del Código civil). Al respecto, el ordenamiento jurídico prevé que aquellos que ostentan la patria potestad o la tutela recaben la autorización judicial pertinente como requisito para la renuncia de derechos o, específicamente, para transigir, según establece la norma del artículo 166 del Código civil para los padres<sup>262</sup> y las del artículo 271, 3.º en relación con el artículo 273 del mismo cuerpo legal<sup>263</sup>, para el caso de que el representante legal sea un tutor.

Para la obtención de la autorización judicial legalmente establecida, debemos distinguir dos supuestos. El primero de ellos es aquel que se refiere a una transacción celebrada sin que exista pleito alguno al respecto. En el escrito en que se pida la autorización se expresarán el motivo y objeto de la transacción, las dudas y dificultades del negocio y las razones que la aconsejen como útil y conveniente, y se acompañará el documento en que se hubieren formulado las bases de la transacción. También se exhibirán con el escrito los documentos y antecedentes necesarios para poder formular juicio exacto sobre el negocio. Todo ello según se establece en el artículo 2.025 de la LEC de 1881<sup>264</sup>.

El segundo de los supuestos se refiere al caso en que sobre el derecho transigible hubiere pleito pendiente, en cuyo caso el escrito se presen-

<sup>262</sup> En opinión de CARRASCO PERERA, la transacción sobre bienes de menores no requerirá de la autorización judicial salvo en aquellos casos en que el contrato tenga por objeto la enajenación o gravamen de bienes inmuebles de su propiedad y/o la renuncia a derechos así como alguno de los otros actos a que se refiere el artículo 166 del Código civil. En los demás casos, si no hay enajenación ni renuncia, el autor considera que no es necesaria la autorización, por lo que el procedimiento de jurisdicción voluntaria previsto por la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 sólo tendrá lugar en los supuestos establecidos en el artículo 166 del Código civil. CARRASCO PERERA, Angel: Comentario a los artículos 1.809 a 1.819 del Código civil, ob. cit., pág. 2042.

<sup>263</sup> A diferencia de cuanto se ha dicho respecto de la transacción realizada por los padres respecto de los bienes de sus hijos, CARRASCO PERERA entiende que el tutor siempre deberá solicitar autorización judicial, con independencia del alcance y la forma en que se concrete la transacción en el patrimonio del tutelado. CARRASCO PERERA, Angel: Comentario a los artículos 1.809 a 1.819 del Código civil, cit.

<sup>264</sup> Los artículos 2025 a 2029 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, relativos a la transacción sobre bienes de menores e incapacitados son de aplicación hasta la entrada en vigor de la Ley de Jurisdicción Voluntaria, de acuerdo con lo dispuesto en la Disposición Derogatoria Única de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000.

tará en los mismos autos, de conformidad con la norma del artículo 2.026 de la LEC de 1881. En consecuencia, en el correspondiente escrito dirigido al Juez se solicita que se dé traslado de los Autos al Ministerio Fiscal para que exponga lo que estime conveniente y, en su caso, se dicte concediendo la autorización para transigir en nombre del menor o del emancipado y, por consiguiente aprobando la transacción.

En ambos casos, esto es, tanto si sobre el derecho transigible hubiere pleito pendiente como si no, en el supuesto de que para demostrar la necesidad de la transacción fuera necesaria o conveniente la justificación de algún hecho o, también, la práctica de alguna diligencia, las acordará el Juez y se llevarán a efecto con citación del Ministerio Fiscal, en los estrictos términos del artículo 2.027 de la LEC.

Además de la capacidad de los contratantes, el Juez también constatará que las partes tengan el poder de disposición sobre el bien concreto objeto del contrato.

#### c) El poder especial de los Procuradores o la ratificación de las partes respecto del contrato de transacción

La autoridad judicial apreciará también que en el caso de que las partes realicen la transacción mediante la intervención de procuradores ambos Procuradores tengan el poder especial que se requiere según los términos establecidos en el artículo 1.713, párrafo segundo del Código civil así como en los artículos 414, 2 y 415, 1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Según la norma del primer precepto, para transigir se necesita mandato expreso y en términos particulares. No basta el general para pleitos sino uno específico sobre la controversia, con posibles límites o no<sup>265</sup>. En su defecto, la subsanación será posible mediante la ratificación de los acuerdos adoptados<sup>266</sup>.

En consonancia con este precepto del Código Civil, el artículo 414, 2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por su parte, y respecto de la audiencia previa en el juicio ordinario, establece que «al efecto del intento de arreglo o transacción, cuando las partes no concurrieren personalmente

<sup>265</sup> Es preciso un poder específico en el que se determine ya sea la acción, ya sea el juzgado y el número de autos abiertos para la superación de la controversia.

<sup>266</sup> En este sentido, LUNA SERRANO, Agustín: *La transacción* en Elementos de Derecho civil, II, Derecho de obligaciones, volumen Tercero, contratos y cuasicontratos, ob. cit., página 555.

sino a través de su procurador, habrán de otorgar a éste poder para (...) transigir». Y de acuerdo con éste artículo, el siguiente, en su apartado primero, determina que el tribunal examinará el poder de disposición de sus representantes debidamente acreditados, como requisito para homologar el contrato de transacción.

En suma, pues, los extremos analizados son los requisitos que el juez deberá examinar en el contrato de transacción para proceder a su homologación judicial. La vulneración de las prescripciones legales en el contrato de transacción comportaría una resolución judicial cuyo contenido dependerá de si hay un interés jurídicamente protegible o de si se trata de personas con capacidad de obrar limitada. Cuando exista un interés jurídicamente protegible, el Juez aprobará o modificará los extremos del acuerdo presentado<sup>267</sup>. En cambio, caso de que la transacción sea presentada por sujetos con capacidad de obrar limitada, la resolución judicial consistirá en una desaprobación del convenio presentado. La denegación comporta que las partes, en desacuerdo con la resolución, interpongan el recurso correspondiente o abre paso a una nueva propuesta de convenio<sup>268</sup>, en el caso de que las partes continúen tratando de superar la controversia jurídica por la vía del convenio, bajo la forma de un contrato de transacción. Así pues, la denegación de la homologación del convenio supone la existencia de una transacción extrajudicial que no alcanzó el rango de transacción judicial, salvo subsanación o recurso.

Por contra, cuando el contrato de transacción se ajuste a las normas legales relativas a la capacidad, el objeto, la renuncia de derechos y, en su caso, el poder de los representantes legales referidas, el Juez dictará el auto por el que el contrato de transacción quedará aprobado. En el

<sup>267</sup> Así por ejemplo, para el caso de que la transacción verse sobre los bienes o derechos de un menor de edad no emancipado o de un declarado incapacitado, mediante el auto el Juez concederá o negará la autorización para la transacción según lo estime conveniente a los intereses del menor o incapacitado. Si la autorización judicial para transigir es concedida, el Juez aprobará o modificará las bases representadas, de acuerdo con lo establecido en el artículo 2.029 de la LEC. En este supuesto, no podemos pasar por alto la dicción literal del segundo párrafo de este artículo de la Ley Rituaria. Según sus palabras, este precepto establece «El Juez aprobará o modificará las bases representadas...». Según el párrafo tercero de este artículo 2.029, los autos que en él se tratan serán apelables en ambos efectos. Por todo ello, cabe entender que el Juez está habilitado para la modificación de las disposiciones adoptadas por los contratantes en una transacción cuando éstas afectan a los bienes y derechos de un menor o de un incapacitado.

<sup>268</sup> Así lo interpreta en relación con el convenio regulador CASTRO GARCÍA, Jaime: «La intervención judicial en la aprobación, modificación y cesación del convenio regulador» en *Convenios reguladores de las relaciones conyugales paterno-filiales y patrimoniales en las crisis del matrimonio*, Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1984, pág. 347.

caso de que la transacción verse sobre los bienes de un menor o de un incapacitado, el auto dispondrá a la vez la autorización y la aprobación<sup>269</sup>. En suma, el auto dispone no sólo la aprobación (y la autorización, en su caso) de la transacción sino que, además, da por terminado el juicio que se hallaba en curso.

Analizada la naturaleza jurídica contractual de la transacción así como la modalización que el auto de homologación judicial supone para este contrato, vamos a analizar los distintos elementos del contrato al objeto de mostrar aquellas particularidades que este específico negocio comporta en cada uno de sus distintos aspectos.

---

<sup>269</sup> El auto aprobando la transacción tendrá un contenido distinto según que se refiera, de un lado, a bienes y/o derechos de un menor o incapacitado, de otro lado, a bienes de un mayor y capaz. En cuanto al primer supuesto, el auto concede la autorización a los padres o tutores y aprueba la transacción. En el segundo caso, el auto dispone la aprobación de la transacción. Así, PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, Carlos Mauro: El arbitraje. (...), ob. cit., páginas 151 y 148, respectivamente.

## Los elementos estructurales, funcional y accidentales en el contrato de transacción

De conformidad con la consabida norma del artículo 1.261 del Código civil, el ordenamiento jurídico establece cuáles son los requisitos de existencia de todo contrato, esto es, el consentimiento, el objeto y la causa. El análisis de cada uno de estos elementos, respecto al contrato específico de transacción es, pues, una tarea necesaria con la finalidad de fijar cuáles son los elementos *estructurales* del acuerdo transaccional, así como la causa, como elemento *funcional* de todo contrato. Pero, además, también trataremos de la incidencia de los elementos *accidentales* que las partes, voluntariamente, hubieren podido establecer en la transacción.

Para ello, comenzaremos con el estudio de aquellas cuestiones relativas a los sujetos intervinientes, en concreto, la capacidad y el consentimiento contractual y sus vicisitudes.

### A. LOS SUJETOS

El consentimiento contractual se constituye como uno de los requisitos de existencia de todo contrato, en virtud del artículo 1.261 del Código civil citado. No obstante, en el consentimiento concurren dos aspectos fundamentales cuales son la capacidad para consentir y la efectiva prestación del consentimiento, de los cuales nos ocuparemos a continuación. El primero, en cuanto se refiere a la aptitud de la persona para poder realizar por sí misma y con plena eficacia negocios jurídicos y el segundo, puesto que el consentimiento puede ser emitido por el sujeto bajo determinadas circunstancias que podrían restar eficacia al contrato celebrado. En cualquier caso, el consentimiento en la transacción precisa de una conformidad absoluta y definitiva respecto de los acuerdos que en ella se adopten<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Al respecto se pronuncia la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de marzo de 2001 (Ar. 4735). La Sala considera que la parte actora, propietarios de un inmueble, no mostró su

## 1. LA CAPACIDAD DE LAS PARTES

Al tratar de las personas que pueden transigir, se distingue entre la capacidad de transigir por sí mismo y la capacidad de transigir por otro.

### a) La capacidad de transigir por uno mismo. El aforismo «*transigere est alienare*». Persona física y persona jurídica

Como hemos indicado, la transacción es un contrato en el que el elemento esencial consiste en las prestaciones recíprocas de ambas partes. Por consiguiente, para la válida conclusión del contrato, es preciso que las partes tengan la capacidad para contratar.

El Código civil de 1889 no dispone ninguna norma concreta mediante la cual quede establecida cuál es la regla general relativa a la capacidad de las partes para transigir, a diferencia de lo que ocurre en los textos de los Códigos civiles que influyeron su redacción<sup>2</sup>.

Esta ausencia de un precepto específico relativo a la cuestión de la capacidad de las partes en el contrato de transacción bien podría interpretarse en el sentido de que el contrato quedaría sometido a las normas generales de todo contrato, sin la existencia de ninguna especialidad al respecto. En este sentido, son capaces de contratar todas aquellas personas a quienes la ley no declare expresamente incapaces para ello, de conformidad con la interpretación del artículo 1.263 del Código civil, *a sensu contrario*<sup>3</sup>, de lo que se deriva que la capacidad para contratar

---

total y absoluta conformidad al informe técnico emitido por una entidad respecto a los defectos de proyecto y de construcción del inmueble en cuestión, sobre el cual la demandada recurrente fundamentaba la existencia de una transacción, ya que la actora manifestó que dicho informe técnico satisfacía inicialmente las pretensiones de la actora y la renuncia de ésta a discutir su suficiencia técnica, sin perjuicio de desarrollo, en su caso, en el curso de las obras. Por su parte, de la sentencia de 8 de julio de 1999 se desprende que, también, es necesario que exista una voluntad contractual de transigir y que de algún modo pueda apreciarse la voluntad transaccional. Esta sentencia se acoge al argumento esgrimido por el juzgador de instancia el cual, a su vez, considera que no ha quedado probado que los pagos realizados se correspondieran con una voluntad contractual de transigir.

<sup>2</sup> Así, el artículo 2.045 del *Code Napoléon* dispone que «*Pour transiger, il faut avoir la capacité de disposer des objets compris dans la transaction. La tuteur ne peut transiger pour le mineur ou le majeur en tutelle que conformément à l'article 467 au titre De la minorité, de la tutelle et de l'émancipation; et il ne peut transiger avec le mineur devenu majeur, sur le compte de tutelle, que conformément à l'article 472 au même titre. Les communes et établissements publics en peuvent transiger qu'avec l'autorisation expresse du Roi (du Président de la République)*».

<sup>3</sup> Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, LUIS Y GULLÓN BALLESTEROS, ANTONIO: *Sistema del derecho civil*, Volumen I, ob. cit., pág. 430 y ss.

coincide substancialmente con la capacidad de obrar. Por consiguiente, aquellos sujetos que no ostentan la capacidad de obrar plena no podrán transigir por sí solos, en cuanto que la transacción es un contrato cuya validez está subordinada a la prestación del válido consentimiento, únicamente admitido cuando es declarado por un sujeto que tienen la capacidad exigida para ello.

Sin embargo, la revisión de los precedentes histórico-legislativos de la institución nos muestra la existencia de un requisito adicional a la regla general.

Así, el Proyecto de 1836, en su artículo 1.637, disponía que: «No pueden transigir las personas que no estén autorizadas legalmente para contratar; o que aún cuando lo estén, no puedan disponer libremente de las cosas sobre que se transige»<sup>4</sup>. Por su parte, el Anteproyecto de Código civil 1882-1888 incluyó un artículo, el número 2, no previsto en el Proyecto de Código civil isabelino, que resultaba ser una copia del artículo 1.765 del *Codice civile* de 1865: «Sólo pueden celebrar el contrato de transacción las personas que tienen capacidad para disponer de las cosas que son objeto del mismo»<sup>5</sup>. Por otra parte, el comentario correspondiente al artículo 1.716 del Proyecto de Código civil del período isabelino también pone de manifiesto la enajenación como carácter de la transacción<sup>6</sup>.

Tradicionalmente, se ha entendido que el origen de la exigencia de la capacidad de disposición para la validez del contrato de transacción se encuentra en el viejo aforismo «*transigere est alienare*»<sup>7</sup>. La consideración de la transacción como una de las especies de la enajenación llevaría al requerimiento de la capacidad necesaria para la validez de esta actuación, esto es, la capacidad para disponer.

El motivo o fundamento de este aforismo y, por ende, de la institución de la transacción cabría situarlo en el concreto y específico contenido de este contrato cual es el relativo a la renuncia a la pretensión esgrimida, elemento común a todas las modalidades de este instituto.

<sup>4</sup> LASSO GAITE, Juan Francisco: *Crónica de la codificación española*, ob. cit. pág. 255.

<sup>5</sup> LASSO GAITE, Juan Francisco: *Crónica de la codificación española*, ob. cit. pág. 735.

<sup>6</sup> En este sentido, GARCÍA GOYENA, Florencio: *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, Tomo IV, ob. cit., pág. 130. Este autor, en el comentario al artículo 1.716 del Proyecto de Código civil de 1851, relativo a la transacción del marido y la mujer realiza el siguiente comentario: «*La transacción es una de las especies de enajenación*».

<sup>7</sup> MURILLO, Petrus: *Cursus juris canonici hispani, et indicii, in quo juxta ordinem titularum decretalium, Matriti, MDCCXLIII, tit. XXXVI*, ob. cit., n. 370, pág. 166: «*Cum transactio fit quaedam alienationis species L. 4 C. praedij minor. Omnes, & illi foli, qui habent potestatem alienandi, transigere possunt*».

En efecto, la renuncia tácita o expresa a la pretensión respecto de un determinado derecho subjetivo, como manifestación de la intención de las partes de evitar una resolución del órgano jurisdiccional competente favorable a los intereses del sujeto que la interpone, constituye el denominador común de todo contrato de transacción. A fin de cuentas, transigir significa disponer de cosas o derechos que son o podrían formar parte de la controversia a la cual las partes pretenden poner fin<sup>8</sup>.

De todo lo anterior se desprende, por tanto, que la capacidad de las partes contratantes en un contrato de transacción es la capacidad necesaria para contratar prevista por el ordenamiento jurídico junto con el poder de disposición sobre el objeto del contrato, en este caso, la controversia jurídica<sup>9</sup> y, eventualmente, de otros bienes y derechos que puedan constituir el objeto del contrato de transacción. En suma, es precisa la capacidad para disponer y, debería añadirse, a título oneroso de conformidad con el carácter que se predica de este contrato<sup>10</sup>.

Por lo tanto, este *plus* que los precedentes legislativos incluían en el articulado de los respectivos Proyectos y Anteproyectos del Código civil podría parecer innecesario puesto que ni quita ni añade nada distinto a la regulación que se deriva de la teoría general de los contratos respecto de la enajenación<sup>11</sup>.

<sup>8</sup> Así, DEMANTE, «*Transiger, c'est réellement disposer des choses qui étaient ou devaient être l'objet de la contestation ainsi prévenue ou terminée. Il faut donc, pour le faire valablement avoir la capacité de disposer de ces choses*». DEMANTE, Antoine Marie: *Cours analytique de Code Civil*, continué depuis l'article 980 par E. Colmet de Santerre, Tome huitième, artículo 1.832-2.091 y 2.219-2.281, E. Plon, Nourrit et Cie, imprimeurs-éditeurs, Paris, 1884, pág. 316, n. 279.

Las partes deben poder ostentar la plena y libre disposición de los bienes objeto del contrato. Así, DELSOL, Jean Jacques: *Explication élémentaire du Code Civil*, troisième édition, revue, corrigée et augmentée avec la collaboration de Ch. Lescoeur, Tome second, ob. cit., pág. 464, n. 895.

<sup>9</sup> Esta es la postura que mantiene DIEZ-PICAZO en *Sistema de Derecho Civil*, II, ob. cit., página 431. En palabras de DIEZ-PICAZO, «para transigir las partes deben tener capacidad de disposición sobre las relaciones jurídicas controvertidas. Exigencia que es lógica, toda vez que la transacción puede llevar consigo la necesidad de acomodar la situación precedente a la que resulta de ella y requerir en consecuencia la realización de actos de carácter dispositivo».

<sup>10</sup> DEMANTE, Antoine Marie: *Cours analytique de Code Civil*, ob. cit., págs. 318 y 319.

<sup>11</sup> La postura de la inclusión de un precepto específico acerca de la capacidad de los sujetos en la transacción fue adoptada por el *Codice civile* de 1865, cuyo artículo 1.765 recogía la norma relativa a la capacidad de disponer de las partes contratantes de una transacción, el cual, como ya hemos indicado, fue seguido a su vez por el artículo 2.º del capítulo correspondiente a las transacciones en el Anteproyecto de 1888-1889, y mantenida por el *Codice civile* vigente, que lo es desde 1942, concretamente en su artículo 1.966: «*Per transigere le parti devono avere la capacità di disporre dei diritti che formano oggetto della lite. La transazione è nulla se tali diritti, per loro natura o per espressa disposizione di legge, sono sottratti alla disponibilità delle parti*».

Quizá esta reiteración fuese el motivo por el cual el legislador del Código civil de 1889 optara por no incluir precepto<sup>12</sup> alguno relativo a la capacidad, al considerar que la transacción, en cuanto contrato, se halla sometida a las normas relativas a esta fuente concreta de obligaciones recogidas en el Código civil y que, por consiguiente, la inclusión de cualquier precepto relativo a la capacidad no sería más que una repetición de las normas generales o, a lo sumo, una muestra de que las obligaciones que las partes realizan con la finalidad de poner fin a una controversia pueden consistir en la entrega de un bien o derecho, para lo cual es preciso el cumplimiento de los requisitos de capacidad anteriormente mencionados.

En esta línea y para el caso del menor emancipado, éste puede regir su persona y bienes como si fuera un mayor, de conformidad con lo establecido en el artículo 323 del Código civil. Sin embargo, de este mismo artículo se desprende la capacidad de disposición limitada en relación con determinados bienes en él detallados. Trasladando este precepto al caso concreto de la transacción podría concluirse que si el menor emancipado quiere realizar una transacción que afecte a dichos bienes deberá contar con el complemento de capacidad<sup>13</sup>. En el caso de que este complemento de capacidad no concorra, la transacción será anulable<sup>14</sup>.

La capacidad para contratar y el poder de disposición de la persona sobre el bien o la cosa concreta como objeto de la obligación que una o ambas partes se comprometen a cumplir son exigibles tanto para la persona física cuanto para la persona jurídica<sup>15</sup>.

La celebración de contratos por parte de las personas jurídicas está determinada, en principio, por las normas generales de capacidad previstas en los artículos 35 a 39 del Código civil, por lo que se refiere a su consideración como tales personas jurídicas, al momento a partir del cual se considera que tienen personalidad, a la regulación de la capaci-

<sup>12</sup> En efecto, el Código civil no prevé regla general alguna sobre la capacidad requerida para la existencia del contrato de transacción. Así lo ponen de relieve DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, LUIS Y GULLÓN BALLESTEROS, ANTONIO: *Sistema de Derecho civil*, Volumen II, ob. cit., pág. 430.

<sup>13</sup> En este sentido se pronuncia GULLÓN BALLESTEROS, ANTONIO: *La transacción*, ob. cit., página 94.

<sup>14</sup> DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, LUIS Y GULLÓN BALLESTEROS, ANTONIO: *Instituciones de Derecho civil*, Volumen I, Editorial Tecnos, Madrid, 1973, pág. 254.

<sup>15</sup> Y ello de conformidad con el artículo 38 del Código civil el cual dispone, en su párrafo primero, que «Las personas jurídicas pueden adquirir y poseer bienes de todas clases, así como contraer obligaciones y ejercitar acciones civiles o criminales, conforme a las leyes y reglas de su constitución».

dad civil de los distintos tipos de personas jurídicas reconocidas por el ordenamiento jurídico y, sobre todo, a aquellos actos o negocios que pueden celebrar.

Sin embargo, cuando el contrato que se pretende celebrar es una transacción en los términos previstos en el artículo 1.809 y siguientes del Código civil, el ordenamiento jurídico parece establecer una distinción entre las personas jurídicas de interés público y las de interés particular. En este sentido, el Código civil, en el artículo 1.812, dispone una norma especial para aquellos casos en que el sujeto que pretende la celebración de un contrato de transacción es una corporación <sup>16</sup>.

El precedente legislativo inmediato de este artículo 1.812 del Código civil cabe situarlo de nuevo en el Proyecto de Código civil de 1851, concretamente, en su artículo 1.717. Según este precepto, «Los ayuntamientos y demás corporaciones públicas no pueden transigir sobre los derechos y los bienes que administran, sino observando las solemnidades prescritas en las leyes y reglamentos especiales que les conciernan». Y ello se fijó de este modo de conformidad con lo dispuesto en el inciso inicial del artículo 388 del mismo Proyecto de Código civil de 1851 según el cual «La administración y enagenación de los bienes que pertenecen al Estado, á una provincia o á un pueblo, se rigen por leyes especiales; ...» <sup>17</sup>.

La razón de ser de este precepto cabe encontrarla en la garantía de los intereses de las personas que integran la entidad correspondiente. Como toda persona jurídica, la Corporación no podía quedar al margen de las ventajas que el contrato de transacción puede comportar. Sin embargo, el carácter del interés público constituye un elemento determinante por el cual estas entidades se hallan sometidas a unas normas especiales en garantía de los intereses de las personas integrantes de dicha institución de interés público.

No obstante, la distinta redacción adoptada por el Código civil de 1889, en este artículo 1.812, en relación con la disposición prevista en el Proyecto de Código civil de 1851 suscita algunas cuestiones.

<sup>16</sup> Este artículo 1.812 reza lo siguiente: «Las corporaciones que tengan personalidad jurídica sólo podrán transigir en la forma y con los requisitos que necesiten para enajenar sus bienes».

<sup>17</sup> Así lo entiende GARCÍA GOYENA en *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, Tomo IV, ob. cit., pág. 130, por lo que se refiere al artículo 1.717 y en el volumen I, de la misma obra, en la página 350, en cuanto al comentario al artículo 388, ambos preceptos del Proyecto de Código civil de 1851.

En primer lugar, se aprecia que en el precepto del Código civil vigente, la norma se refiere únicamente a las corporaciones mientras que en el precepto del Proyecto de Código civil de 1851 se refería a «Los ayuntamientos y demás corporaciones públicas». A raíz de ello cabe cuestionarse cuáles son exactamente las corporaciones a las que hace referencia esta norma del artículo 1.812 del Código civil, en concreto, si a todas las corporaciones, sean de interés público o de privado, o solamente a algunas de éstas.

De conformidad con los precedentes inmediatos a los que acabamos de hacer mención, cabría entender que el legislador se está refiriendo a las corporaciones de interés público en atención, precisamente, a este interés público que las caracteriza y porque se rigen por normas especiales que pretenden la protección de los intereses de los particulares que las integran.

La cuestión que también se suscita es la de si las asociaciones y fundaciones de interés particular, reconocidas como personas jurídicas por el artículo 35 del Código civil deberán regirse por el artículo 1.812 del Código civil o, por el contrario, realizando una interpretación literal de este precepto quedan excluidas del mandato legal que se dispone.

De conformidad con el principio que parece ser el inspirador de este precepto cual es el de la protección de los intereses de las entidades jurídicas en atención, precisamente, a su carácter público debería entenderse que las asociaciones y fundaciones de interés público consideradas como personas jurídicas según el artículo 35 del Código civil también quedan sometidas a lo establecido en este artículo <sup>18</sup>.

Según la dicción literal de este precepto, las corporaciones sólo podrán transigir en la forma y con los requisitos que necesiten para enajenar sus bienes. Con ello, el Código civil de 1889 no transcribe de forma idéntica el espíritu de este precepto aunque sí lo hace en esencia. En efecto, el artículo 1.717 del Proyecto isabelino realizaba una remisión a «las solemnidades prescritas en las leyes y reglamentos especiales que

<sup>18</sup> Un antecedente remoto de la transacción realizada por entidades públicas cabe encontrarlo en un pasaje del Código, en concreto, C. 2, 4, 12: «*Praeses provinciae aestimabit, utrum de dubia lite transactio inter te et civitatis tuae administratores facta sit, an ambitiose id, quod indubitate deberi posset, remissum sit. nam priore casu ratam manere transactionem iubebit, posteriore nocere civitati gratiam non sinet. PP. XVI k. Mart. Aemiliano et Basso cons.*» Texto extraído de KRUEGER, Paulus: *Corpus Iuris Civilis*, ob. cit., pág. 95. Según este pasaje, a los administradores o síndicos de las ciudades les era permitido transigir, pero el presidente de la provincia tenía reservada la facultad de dejar sin efecto dicha transacción si fue hecha en daño de aquellas.

les conciernan» porque para su administración y enajenación se rigen por leyes especiales<sup>19</sup> y ésta es precisamente la fórmula que adoptó el legislador de finales del XIX al prever que «sólo podrán transigir con los requisitos que necesiten para enajenar sus bienes», lo que supone, de una lado, la remisión a las normas especiales que regulan las distintas corporaciones<sup>20</sup> y, de otro, el poner de relieve, nuevamente, la especial naturaleza del contrato de transacción cuya eficacia precisa de la capacidad de los contratantes que se exige para la enajenación.

Por su parte, la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, permite a las Administraciones Públicas demandadas la transacción en procedimiento de dicha naturaleza en primera o única instancia. Caso de transigirse, el artículo 77 de la Ley establece dos requisitos: de un lado, dispone que el contrato debe ser aprobado por el juzgador, mediante el auto correspondiente que declara terminado el proceso «siempre que lo acordado no fuera manifiestamente contrario al ordenamiento jurídico, ni lesivo del interés público o de terceros» (artículo 77)<sup>21</sup> y de otro lado, establece que para transigir, los representantes de las Administraciones Públicas precisarán de la autorización oportuna «con arreglo a las normas que regulan la disposición de la acción por parte de los mismos» (artículo 77.1).

Hay que añadir además que sólo podrán ser objeto de este contrato las cosas que no están fuera del comercio de los hombres, de conformidad con el artículo 1.271 del Código civil y, en consonancia, también, con la clasificación establecida en los artículos 338 y siguientes del Código civil. Al margen de los casos establecidos en el artículo 339 del Código civil, el Estado podrá disponer de los demás bienes de su propiedad que tienen el carácter de privado y, por tanto, podrá efectuarse la tran-

<sup>19</sup> Véase GARCÍA GOYENA, en su comentario al artículo 1.717 del Proyecto de Código civil de 1851 en *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, Tomo IV, ob. cit., pág. 130 cit.

<sup>20</sup> En este precepto, el Código civil parece tomar el término «corporaciones» como el apelativo que engloba a todas aquellas entidades o personas jurídicas, ya sean de interés público o privado, aunque en la práctica se considera como un sinónimo de entidad de interés público. En este sentido, se establece en la definición de Diccionario de la Lengua Española, vigésima segunda edición, Vol. I, Madrid, 2001, pág. 662.

<sup>21</sup> El inciso del artículo de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa que reproducimos podría considerarse superfluo en atención a que, de hecho, coincide con lo dispuesto en los artículos 19, 414 y 415, relativos a la transacción, en la Ley de Enjuiciamiento Civil. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que esta Ley fue dictada antes de la publicación de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Por consiguiente, hasta ese momento, el artículo 77 constituyó una innovación por lo que a la homologación judicial de la transacción se refiere.

sacción sobre dichos bienes como si de un particular se tratase (artículo 340 del Código Civil).

Por lo que a las personas jurídicas de interés privado se refiere, la interpretación literal de este artículo 1.812 del Código civil parece que no se refiere a ellas. Sin embargo y teniendo en cuenta la concreta y específica naturaleza que se predica del contrato de transacción, de tal modo que determina la capacidad de los sujetos contratantes, parece apropiado considerar que estas personas jurídicas de interés privado también deberán cumplir las formalidades y requisitos que se precisan para la enajenación de los bienes, en su caso, previstos en los estatutos y reglamentos de las sociedades civiles, y al Derecho mercantil, respecto de las mercantiles<sup>22</sup>.

Por consiguiente, la validez del contrato de transacción en el que una o ambas partes contratantes sean una persona jurídica quedará supeditada al cumplimiento de las formas y solemnidades previstas para la enajenación de los bienes, recogidas, generalmente, en las leyes y reglamentos especiales de las entidades jurídicas de interés público, dentro del ámbito del Derecho administrativo<sup>23</sup> y, también, en los estatutos y reglamentos de las personas jurídicas de interés privado, dentro del ámbito del Derecho civil y, en su caso, mercantil.

Por último, cabe poner de relieve el inciso relativo a la personalidad jurídica de las corporaciones previsto en este artículo 1.812 del Código civil. Esta innovación con respecto a los precedentes legislativos inmediatos del Código civil viene a significar la necesidad de que la corporación o, por extensión, toda persona jurídica esté válidamente constituida con arreglo a Derecho, de conformidad con el artículo 35 del Código civil, para que pueda considerarse que tiene la personalidad jurídica

<sup>22</sup> En este sentido, MANRESA Y NAVARRO, José María: *Comentarios al Código Civil español*, Tomo XII, ob. cit., pág. 110.

<sup>23</sup> Entre otras, véase los artículos 1.1, 23, 1, 28.1.c) y 79 del Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local, aprobado por el Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril; los artículos 109 y ss. del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales aprobado por el Real Decreto 1372/1986, de 13 de junio; el artículo 40 del Texto articulado de la Ley de Bases del Patrimonio del Estado, aprobado por el Decreto 1022/1964, de 15 de abril, y el artículo 83 del Reglamento de la Ley aprobado por Decreto 3588/1964, de 5 de noviembre; el artículo 39 del Texto Refundido de la Ley General Presupuestaria aprobado por el Real Decreto Legislativo 1091/1988, de 23 de septiembre; artículo 24 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio o, también, el artículo 60 del Reglamento General de Recaudación de los Recursos del Sistema de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto 1637/1995, de 6 de octubre.

Además, resultan de aplicación las disposiciones concordantes respecto de los bienes y derechos de las Comunidades Autónomas.

necesaria para ser titular de derechos y obligaciones, si bien, para el caso concreto de la transacción será precisa, además, la capacidad necesaria para la enajenación de bienes, según se entiende del artículo 1.812.

#### b) La capacidad para transigir por otro

Hasta el momento nos hemos ocupado de la capacidad necesaria que debe ostentar una persona que se halla inmersa en una controversia jurídica para que su consentimiento sea de tal modo que el contrato de transacción celebrado con la otra parte de la controversia sea válido, de conformidad con el apartado primero del artículo 1.261 del Código civil.

A continuación abordaremos la cuestión relativa a los requisitos previstos por la ley para aquellos casos en que la transacción es llevada a término por un sujeto distinto del que se halla inmerso en una controversia, tanto la realizada por el representante legal porque el representado tiene su capacidad de obrar limitada, o porque una sentencia judicial firme le ha declarado incapacitado, limitando, pues, su capacidad de obrar según el grado de incapacitación, cuanto la efectuada por el representante voluntario quien, por acuerdo con el representado, actúa en su nombre en los negocios que éste tuviera que llevar a cabo o, también, en un acto concreto como sería el poner término a una controversia mediante la celebración de un contrato de transacción.

#### b.1) *Los representantes legales. Supuestos específicos previstos en el Código civil*

##### b.1.1) *La transacción realizada por aquellos que ejercen la patria potestad*

El artículo 1.810 del Código civil dispone una remisión a las reglas de la enajenación «para transigir sobre los bienes y derechos de los hijos bajo la patria potestad» las cuales se encuentran contenidas, básicamente, en el artículo 166 del Código civil<sup>24</sup>. De conformidad con este pre-

<sup>24</sup> El artículo 166, párrafo primero, del Código civil dispone lo siguiente: «Los padres no podrán renunciar a los derechos de que los hijos sean titulares ni enajenar o gravar sus bienes inmuebles, establecimiento mercantiles o industriales, objetos preciosos y valores mobiliarios, salvo el derecho de suscripción preferente de acciones, sino por causas justificadas de utilidad o necesidad y previa la autorización del Juez del domicilio, con audiencia del Ministerio Fiscal. (...)».

cepto, los padres deberán solicitar la autorización del Juez del domicilio<sup>25</sup>, con audiencia del Ministerio Fiscal, alegando causa justificada de utilidad o de necesidad, para poder renunciar a los derechos de que los hijos sean titulares o enajenar sus bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales, objetos preciosos y valores mobiliarios, salvo el derecho de suscripción preferente de acciones.

Cabe preguntarse si la exigencia legal prevista en el artículo 166 del Código civil debería ser necesaria, también, en aquellos casos en que las obligaciones que vincularían a los hijos y que traerían causa del contrato de transacción consistan en alguna prestación distinta de las enunciadas en él, puesto que el artículo 1.810 debe interpretarse que se refiere a todo tipo de bien o derecho y, por tanto, con remisión a los requisitos establecidos en la norma correspondiente, en este caso, la prevista en el artículo 166 del Código civil.

Al respecto, entendemos que los padres deberán cumplir con la exigencia legal fijada en el artículo 166 del Código civil no sólo en los casos en que el objeto del contrato de transacción consista en alguno de los supuestos relacionados en dicho precepto, sino que este precepto será de aplicación en todos los contratos de transacción que los padres celebren en los que se hallen implicados los bienes o derechos de la persona respecto de la cual ostentan la patria potestad, puesto que toda transacción comporta una renuncia, como mínimo, al ejercicio de la acción del derecho controvertido y, si es el caso, a otros posibles derechos que no forman parte del objeto de la controversia jurídica o litigio.

En efecto, el contrato de transacción encierra siempre una renuncia reconocitiva de derechos a cambio de una concesión de la otra parte; una renuncia a la totalidad de la pretensión o de la oposición esgrimida por cada una de las partes de la contienda jurídica. Por consiguiente, tratándose la renuncia de un acto de riguroso dominio y no de mera administración<sup>26</sup> requiere de la autorización judicial prevista por el

<sup>25</sup> La autorización judicial podrá otorgarse siempre y cuando se cumplan los requisitos del artículo 166 del Código civil, reproducidos en los artículos 2.011 y 2.012 de la Ley de Enjuiciamiento civil de 1881 y de conformidad, además, con las reglas contenidas en los artículos 2.013 a 2.030 de esta Ley Rituaria. También deberán tenerse en cuenta los artículos 2.025 a 2.030 de este mismo cuerpo legal, los cuales establecen el procedimiento a seguir en el caso de que se haya solicitado la autorización del Juez para la realización por los padres, tutor o curador, de la transacción sobre los bienes del menor o del incapacitado. Los artículos citados corresponden a la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 ya que sus normas no han sido derogadas por la nueva Ley de 2000, según dispone la Disposición Derogatoria Única, 1, 1.<sup>ª</sup>.

<sup>26</sup> Algún autor ha considerado que el heredero beneficiario ostenta entre sus facultades de administración la transacción. Así para MARTY, Gabriel y RAYNAUD, Pierre: *Droit Civil, Les successions et les libéralités*, Sirey, Paris, 1983, pág. 172.

ordenamiento jurídico a los efectos de su disposición por parte de aquellos que ostentan la patria potestad de los menores no emancipados o sujetos a ella por las causas reguladas en derecho. Y todo ello de conformidad con el inciso inicial del artículo 166 del Código civil: «Los padres no podrán renunciar a los derechos de que los hijos sean titulares (...) sino por causas justificadas de utilidad o necesidad y previa la autorización del Juez del domicilio, con audiencia del Ministerio Fiscal. (...)». Puesto que la transacción admite un desequilibrio, no se puede dejar que la decisión la tome un representante cuando la esfera patrimonial afectada son los bienes de los menores.

Esta misma postura debería adoptarse con respecto al artículo 151<sup>27</sup> de la Ley 9/1998, de 15 de julio, del *Codi de Família*, en Catalunya. Este precepto enumera aquellos actos o negocios jurídicos relativos a los bienes o derechos respecto de los cuales, el padre y la madre que ostentan la potestad<sup>28</sup> del menor no emancipado o del mayor declarado incapacitado mediante el procedimiento legal establecido a tal efecto tienen la administración. En concreto, el apartado i) de este precepto establece que el padre y la madre o, en su caso, el administrador especial, necesitan la autorización judicial para «*Transigir en qüestions relacionades amb els béns o els drets indicats en aquest apartat ...*».

De la dicción literal de este precepto debe entenderse que el padre y la madre que pretenden la ejecución de los actos o negocios previstos en este artículo deberán solicitar con carácter previo la autorización judicial pertinente. Cabe entender, además, a *sensu contrario*, que los demás

<sup>27</sup> Artículo 151 de la Ley 9/1998, de 15 de julio, del *Codi de Família*: «*L.- El pare i la mare o, si és el cas, l'administrador especial, en relació amb els béns o els drets dels fills, necessiten autorització judicial per a: (...)*

i) *Transigir en qüestions relacionades amb els béns o els drets indicats en aquest apartat o sotmetre aquestes qüestions a arbitratge.*

2. *L'autorització judicial es concedeix en interès dels fills en cas d'utilitat o necessitat justificades degudament i amb l'audiència prèvia del ministeri fiscal.*

3. *L'autorització judicial es pot donar per a una pluralitat d'actes de la mateixa naturalesa o referents al mateix negoci o societat, encara que siguin futurs, quan sigui convenient per als interessos dels fills, ateses les característiques d'aquests actes, els quals cal especificar amb les circumstàncies fonamentals. En cap cas aquesta autorització no pot ésser genèrica.»*

Previamente a la promulgación de la Ley 9/1998, de 15 de julio, del *Codi de Família*, que ha recogido y sistematizado las distintas leyes catalanas promulgadas hasta ese entonces en materia del Derecho de Familia, la cuestión relativa a los actos de administración de aquellos que ostentan la potestad de los hijos sujetos a ella se trataba en la Ley 12/1996, de 29 de julio, de potestad del padre y de la madre, concretamente en los artículos 21 a 23.

<sup>28</sup> La legislación catalana sustituye la calificación otorgada al ejercicio de los deberes del padre y de la madre con respecto de sus hijos, denominada tradicionalmente, «patria potestad» por la de «*la potestat del pare i de la mare*».

actos o negocios jurídicos que no están comprendidos dentro de los enumerados en este precepto no están sometidos a la exigencia legal de la autorización judicial previa. Trasladando esta interpretación al ámbito concreto de la transacción puede concluirse que la autorización judicial sólo será necesaria cuando el padre y la madre transijan en cuestiones relacionadas con los bienes o los derechos que se indican en el apartado 1 de este artículo 151 del *Codi de Família*.

Al respecto, cabe destacar que el *Codi de Família* resulta menos exigente que el Código civil de 1889 por cuanto que la norma de este artículo 151, apartado 1., i) tan sólo requiere la autorización judicial para transigir en aquellas cuestiones que tengan relación con los bienes o los derechos que se establecen en este apartado, mientras que el artículo 166 del Código civil de 1889 dispone el requisito de la autorización judicial para todos los supuestos en que los padres renuncien a los derechos de los cuales sus hijos sean los titulares junto con aquellos casos en que se proceda a la enajenación o gravamen de bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales, objetos preciosos y valores mobiliarios, salvo el derecho de suscripción preferente de acciones, en los estrictos términos de este precepto.

Con ello podría entenderse que en el ámbito de aplicación de las normas del *Codi de Família*, el padre y la madre no deberán solicitar la autorización judicial en aquellos casos en que el contrato de transacción verse sobre bienes o derechos que no se encuentran enumerados en el artículo 151, 1 del *Codi de Família* mientras que en el régimen establecido por el Código civil, toda transacción precisará de la autorización judicial, habida cuenta que este contrato siempre comporta renunciaciones pero con onerosidad (contraprestación a cambio) y sobre bienes o derechos controvertidos y, por consiguiente, de conformidad con el artículo 166 «Los padres no podrán renunciar a los derechos de que los hijos sean titulares ... sino por causas justificadas de utilidad y previa la autorización del Juez del domicilio, con audiencia del Ministerio Fiscal».

En otro orden de cosas, es de destacar que la autorización judicial es en el Código civil un requisito previo (artículo 166: «... previa la autorización del Juez del domicilio...») mientras que en el *Codi de Família* podría entenderse que la autorización judicial puede ser posterior a la celebración porque el artículo 151 del *Codi de Família*, a diferencia del Código civil, no precisa cuándo debe proceder esta autorización<sup>29</sup>.

<sup>29</sup> Véase, Compilación o Fuero Nuevo de Navarra, Ley 65: «Administración. Los padres administrarán todos los bienes de los hijos sometidos a su potestad, con excepción de los

b.1.2) *La transacción efectuada por el tutor*<sup>30</sup>

Por lo que al tutor se refiere, el artículo 1.811 del Código civil también formula una remisión a las reglas prescritas en este mismo cuerpo legal<sup>31</sup>, sin indicación expresa de la materia a la que se refiere la remi-

siguientes: 1) Los bienes objeto de liberalidad cuando quien la otorgue excluya la administración de los padres. Podrá también el otorgante excluir el usufructo de los padres y establecer el régimen que estime conveniente para la administración y disposición de aquellos bienes, incluso excluir la necesidad de autorización judicial y de intervención de defensor judicial. 2) Los adquiridos «mortis causa» cuando el padre, la madre, o ambos, no pudieron adquirirlos por incapacidad a causa de indignidad. Estos bienes serán administrados por el otro progenitor y, en su defecto, por un administrador judicialmente designado. Cuando la administración de los padres ponga en peligro el patrimonio del hijo, el Juez, a petición de parte interesada o del Ministerio Fiscal, podrá exigir a aquéllos garantía adecuada o tomar otras medidas para la seguridad de los bienes, e incluso privar a los padres de la administración y nombrar un administrador. Al término de la administración, los hijos, el administrador judicial o el Ministerio Fiscal, podrán pedir a los padres rendimiento de cuentas de aquélla y exigir el resarcimiento de los daños e indemnización de los perjuicios que en su caso proceda. La acción correspondiente prescribirá a los tres años.

Disposición. Los padres no podrán renunciar a los derechos de que los hijos sean titulares, ni enajenar o gravar bienes inmuebles, establecimientos industriales o mercantiles, o sus elementos esenciales, u objetos de valor extraordinario, sin la previa autorización judicial, oído el Ministerio Fiscal. No será necesaria esta autorización para la cancelación e hipoteca u otra garantía real consecuente al cobro del crédito asegurado, para la retroventa por ejercicio de un retracto legal o voluntario, ni para cualesquiera actos de disposición que hayan de cumplirse obligatoriamente. Los padres podrán aceptar por sí mismos cualesquiera disposiciones a título lucrativo, a favor de los hijos sin necesidad de autorización judicial; ésta será necesaria, sin embargo, para la repudiación de aquéllas.

Si el menor hubiera cumplido dieciséis años y consintiera en documento público no será necesaria la autorización judicial a que se refieren los dos párrafos anteriores».

Atendiendo a la consideración de la transacción como una renuncia reconocitiva de derechos, consideramos que para la validez del contrato cuando recaiga sobre derechos de los que los hijos sean titulares, será precisa la autorización judicial. Respecto de la renuncia de los derechos de los hijos, SANCHO REBULLIDA, FRANCISCO DE ASÍS: «Comentario a la Ley 65 de la Compilación de Navarra» en Comentarios al Código civil y Compilaciones forales, dirigidos por Manuel ALBALADEJO, tomo XXXVI, vol. 1.º, Editorial Revista de Derecho Privado, pág. 296 y 297.

Respecto de la disposición de los bienes del menor en la Compilación de Aragón, véase el particular régimen establecido en su artículo 13: «1. Para la disposición de los bienes del menor de catorce años se estará a lo ordenado por la persona de quien procedan por título lucrativo. 2. En su defecto, el poder de disposición corresponde al administrador, quien, sin embargo, habrá de obtener autorización de la Junta de parientes o del Juez de Primera Instancia cuando se trate de bienes raíces, negocios mercantiles o industriales, valores mobiliarios u objetos preciosos.» Como punto de referencia, véase el comentario de MERINO HERNÁNDEZ, JOSÉ LUIS: «Comentario al artículo 13 de la Compilación de Aragón» en Comentarios al Código civil y Compilaciones forales, dirigidos por Manuel ALBALADEJO, tomo XXXIII, vol. 1.º, Editorial Revista de Derecho Privado, pág. 166 y ss.

<sup>30</sup> En el Derecho romano, BERTOLINI, Cesare: *Della transazione secondo il diritto romano*, ob. cit., págs. 129 a 135.

<sup>31</sup> El artículo 1.811 del Código civil dispone lo siguiente: «El tutor no puede transigir sobre los derechos de la persona que tiene en guarda, sino en la forma prescrita en el presente Código».

sión, a diferencia de lo establecido en el artículo anterior, esto es, el artículo 1.810, para el supuesto de la transacción de los padres sobre los bienes y derechos de los hijos bajo la patria potestad y en el que se especifica la remisión a las reglas de la enajenación de estos bienes y derechos. En el supuesto de la transacción efectuada por el tutor, la norma que resultaría de aplicación sería la contenida en el artículo 271 del Código civil. El artículo 271 del Código civil dispone que el tutor necesita, como en el supuesto en que la representación es ostentada por el padre y la madre, la autorización judicial: «3.º Para renunciar derechos, así como transigir o someter a arbitraje cuestiones en que el tutelado estuviere interesado»<sup>32</sup>.

Al respecto, es de destacar el distinto tratamiento que el ordenamiento otorga al supuesto en que los padres pretenden la transacción sobre los bienes o los derechos de sus hijos y aquél en que la transacción es efectuada por el tutor, puesto que para el primer supuesto la transacción debe someterse a las reglas de la enajenación, mientras que el segundo supuesto se podría considerar como un supuesto distinto al de la enajenación y el gravamen de unos determinados bienes de un valor, al citarse este caso de la transacción en un punto aparte, el 3.º, del artículo 271 del Código civil, distinto del que exige la autorización judicial del tutor para enajenar o gravar bienes inmuebles y otros valores descritos, recogido en el apartado 2.º.

Sin embargo, consideramos más acertada la situación de la referencia a la capacidad de transigir en este punto 3.º junto a la renuncia habida cuenta que, como ya hemos se ha indicado en repetidas ocasiones, la transacción conlleva renunciaciones a cargo de ambos sujetos contratantes y, por consiguiente, es necesaria la capacidad de obrar necesaria y suficiente para que ésta pueda tener efecto.

En este sentido, el significado oculto del contrato de transacción, esto es, la renuncia de cada una de las partes contratantes como reflejo de la voluntad de poner fin a la controversia jurídica surgida entre ambos se halla mejor significada en este apartado 3.º del artículo 271 del Código civil, junto a, precisamente, la renuncia de derechos<sup>33</sup>.

<sup>32</sup> En Derecho romano, el tutor y el curador no podían transigir sobre los bienes inmuebles de sus pupilos sin autorización. En este sentido se expresa, a título de ejemplo, CANCER, IACOBO: *Variae resolutiones iuris caesarei, pontifici & municipalis Principatus Cataloniae, pars prima*, Venetiis, MDCXLII, fol. 124, n.117: «tutores & curatores non posse transigere super re immobili pupilli sine decreto...».

<sup>33</sup> También para este caso serán de aplicación las normas de los artículos 2.011 a 2.024 y el artículo 2.030 de la Ley de Enjuiciamiento civil de 1881, todavía vigentes hasta la entrada en vigor de la Ley de Jurisdicción Voluntaria.

Por lo que a la legislación catalana se refiere, el artículo 212 del *Codi de Família*<sup>34</sup>, como también ha previsto para la administración de los bienes de los sujetos a la potestad del padre y de la madre, establece en su apartado 1. j) el requisito de una autorización judicial<sup>35</sup> o, en su caso, del consejo de tutela para aquellos supuestos en que el tutor pretenda «j) *Transigir en qüestions relacionades amb els béns o els actes indicats en aquest apartat 1 (...)*». Sabido es que la promulgación del *Codi de Família* ha comportado la sustitución de las leyes previstas en la Disposición final primera de la Ley 9/1998, entre las cuales se encontraba la Ley 39/1991, de 30 de diciembre, de la tutela e instituciones tutelares, exceptuando su disposición adicional primera. Este precepto 212 del *Codi de Família* ha sustituido y modificado en parte el, hasta entonces vigente, artículo 62, de la Ley de 1991. El artículo 62 de la Ley 39/1991, de 30 de diciembre, de la tutela e instituciones tutelares, también relacionaba aquellos actos llevados a cabo por el tutor que precisarán de la correspondiente autorización judicial, entre los cuales se hallaba el «*Renunciar, transigir, sotmetre a arbitratge i repudiar herències*», en su apartado d). Al respecto, consideramos que la sistemática adoptada en este artículo 62 de la Ley 39/1991, sustituida por la prevista en el *Codi de Família*, se ajustaba más a la naturaleza del contrato de transacción al situar este instituto junto a la renuncia, a la que venimos señalando como su contenido mínimo esencial.

<sup>34</sup> El artículo 212 del *Codi de Família* dispone: «*Autorització prèvia.*

1. *El tutor o tutora o, si és el cas, l'administrador o administradora patrimonial necessiten autorització judicial o la del consell de tutela, si n'hi ha, per a:*

(...)

j) *Transigir en qüestions relacionades amb els béns o els actes indicats en aquest apartat 1 o sotmetre-les a arbitratge.*

k) *Establir alguna obligació personal o laboral de la persona tutelada.*

2. *L'autorització es pot donar per a una pluralitat d'actes de la mateixa naturalesa, o referents al mateix negoci o societat, encara que siguin futurs, quan així sigui convenient ateses les seves característiques, especificant, però, les circumstàncies fonamentals en què ha de tenir lloc l'actuació del tutor o tutora o de l'administrador o administradora patrimonial. L'autorització es concedeix en interès de la persona tutelada, en cas d'utilitat i necessitat justificades degudament i amb audiència prèvia del ministeri fiscal. En cap cas aquesta autorització pot ésser genèrica.*

3. *No cal autorització per als actes relatius als béns adquirits per donació, herència o llegat, si el donant o causant l'ha exclòs expressament.*

<sup>35</sup> En este caso, el artículo 212 del *Codi de Família* dispone que la autorización judicial exigida para la validez de la transacción realizada por el tutor deberá ser previa, a diferencia de lo dispuesto en el artículo 151 de este mismo cuerpo legal según el cual, como ya se ha indicado, no hace referencia alguna al instante en que es precisa la autorización judicial para que la transacción celebrada por el padre y la madre de la persona que se halla bajo su potestad pueda considerarse como válida.

## b.2) *La representación voluntaria. El mandato expreso del artículo 1.713 del Código civil*

La transacción, en cuanto supone una renuncia, constituye un acto de riguroso dominio<sup>36</sup> y no de mera administración, por lo que el representante voluntario deberá estar habilitado expresamente para transigir sobre los bienes y los derechos de su representado. Así se desprende de la interpretación del párrafo segundo del artículo 1.713 del Código civil<sup>37</sup>.

En el particular contexto del artículo 1.713 del Código civil, los actos de administración lo serán todos aquellos que no quedan comprendidos en las facultades dominicales<sup>38</sup>, esto es, aquellos que son dirigidos al mantenimiento, fructificación y mejora del patrimonio sin alterar su integridad<sup>39</sup>. Frente a éstos, los de riguroso dominio son aquellos actos o negocios de disposición por los cuales se modifica o se extingue un derecho en sus elementos subjetivos<sup>40</sup>, como lo es la renuncia.

La transacción, al suponer una renuncia a la pretensión y, según los casos, a otros bienes y derechos externos al objeto de la controversia, exige que el sujeto que actúa en nombre de otro para su realización esté expresamente autorizado para ello. Este contrato es uno de los actos dispositivos que más riesgo entrañan para el patrimonio futuro de una persona<sup>41</sup>. Por consiguiente, cuando este negocio jurídico transaccional es realizado por una persona distinta a la que se halla en la controversia, el ordenamiento jurídico toma las mayores cautelas en aras de la protección del futuro patrimonio de dicha persona. Y, por ello, el ordenamiento jurídico establece la exigencia del mandato expreso.

<sup>36</sup> Que la transacción constituye un acto de riguroso dominio se aprecia en el artículo 1.605 del Proyecto de Código civil de 1851 que rezaba lo siguiente: «El mandato concebido en términos generales no comprende más que los actos de administración. Para poder transigir, enajenar, hipotecar ó hacer cualquier otro acto de riguroso dominio, debe ser expreso. La facultad de transigir no autoriza para comprometer». Así en GARCÍA GOYENA, Florencio: *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, tomo IV, ob. cit., pág. 37.

<sup>37</sup> El artículo 1.713 dispone lo siguiente: «El mandato, concebido en términos generales, no comprende más que los actos de administración. Para transigir, enajenar, hipotecar o ejecutar cualquier otro acto de riguroso dominio, se necesita mandato expreso. La facultad de transigir no autoriza para comprometer en árbitros o amigables componedores».

<sup>38</sup> LEÓN ALONSO, José R.: «Comentario al artículo 1.713 del Código civil» en *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, dirigidos por Manuel ALBALADEJO, tomo XXI, vol. 2.º, Editorial Revista de Derecho Privado, pág. 106.

<sup>39</sup> FERRARA: *L'atto di amministrazione*, Filangieri, 1903, págs. 425 y ss.

<sup>40</sup> DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis y GULLÓN BALLESTEROS, Antonio: *Sistema de Derecho civil*, Volumen I, ob. cit., pág. 464 y ss.

<sup>41</sup> Con motivo del riesgo que la transacción supone, se ha considerado que se trata de un acto de superior calibre incluso que las enajenaciones. Así LEÓN ALONSO, José R.: «Comentario al artículo 1.713 del Código civil», cit., pág. 119.

La transacción debe ser considerada como un acto de riguroso dominio en su conjunto en vez de como una suma de actos desligados entre sí y, por consiguiente, como actos de administración, independientemente considerados, habida cuenta que éstos constituyen las particulares causas del contrato para poner término a la situación jurídica controvertida<sup>42</sup>, por tanto, como un todo indisponible por el mandatario sin el mandato expreso exigido por la ley.

En líneas generales, por mandato expreso se entiende el poder especial y específico que el mandante confiere al mandatario, el cual abarca negocios concretos del mandante, mas sin que sea estrictamente necesario que el mandante esté obligado a especificar taxativamente los actos que el mandatario está autorizado a realizar ni tampoco a qué bienes podrá extender su poder de disposición<sup>43</sup>.

Sin embargo, dada la relevancia de los efectos que la transacción comporta, la importancia y trascendencia de la gestión encomendada y aunque los actos del mandatario puedan estar sujetos a la ratificación posterior del mandante, parece más apropiado que el poder especial no

<sup>42</sup> STS 28 de septiembre de 1960 (Ar. 3149). Destaca esta sentencia por la exposición de la cuestión relativa al mandato en atención a la especial configuración del contrato de transacción: «... el contrato en cuestión no es una simple renuncia ya que en él se ceden mutuamente los contratantes los derechos que tienen o pretenden tener sobre distintas partes de la finca, precisamente a cambio o trueque de otros derechos que reciben, por lo que no pueden tomarse en cuenta independientemente unos de otros desligados entre sí, pues constituyen las causas del contrato para poner término a la situación jurídica que ha sido objeto de litigio, y esto es lo que constituye la esencia del contrato de transacción, según el artículo 1.809 del Código civil y la reiterada jurisprudencia que lo aplica, y por consiguiente, como tal transacción debe ser calificado ese acto, y no basta para prestar consentimiento en él a nombre de otra persona el simple mandato de carácter general para administrar que dice el Tribunal sentenciador, sino que es indispensable el mandato que exige inexcusablemente el párrafo segundo del artículo 1.713 del mismo Código civil, para todas las transacciones máxime cuando impliquen acto de dominio, como ocurre en este caso que versa no sólo sobre derechos de arrendamiento, sino sobre usufructo y nuda propiedad de inmuebles, mandato especial que nadie afirma en el pleito que tuviera ...».

<sup>43</sup> Así se desprende de la Resolución de la Dirección General de Registros de 7 de julio de 1932 (Ar. 1163): «que si es cierto que no la índole de los bienes, sino la importancia del acto-enajenación, transacción, hipoteca, etcétera, es lo que ha servido de fundamento al principio de nuestro Derecho histórico, recogido en el Código civil vigente en su artículo 1.713, de que para ejecutar, por otro, cualesquiera de tales actos de riguroso dominio, se necesita mandato especial o expreso, y que en consecuencia no precisa que el poder especifique qué bienes han de ser enajenados, hipotecados, etc., bastando que el poder autorice al mandatario, de un modo expreso, para tales actos, no lo es menos que el mandante puede señalar qué clase o cuáles bienes son los que desea enajenar, hipotecar, etc., y que en uno o en otro caso, el mandatario ha de atenerse al texto literal - interpretación fisiológica en el tecnicismo de los autores-, del mandato, siempre de interpretación estricta, lo mismo en cuanto a la naturaleza de las facultades que confiere, que respecto de los bienes que constituyen su objeto, ...».

sólo recoja la legitimación necesaria para transigir sobre una determinada cuestión sino que, además, refleje cuáles son los bienes y derechos respecto de los cuales el mandante quedará obligado o, en su caso, los límites de los actos del mandatario aunque el mandante también puede optar por delimitar la controversia, dejando que sea el mandatario quien decida los extremos concretos del contrato según su buen hacer y entender. El mandato expreso equivale a mandato en términos específicos o particulares, expresando la controversia a la que se refiere, pudiendo además contener los límites de la transacción a que por su cuenta y encargo puede llegar. Sólo en el caso de total precisión o mandato específico y en términos particulares no será necesario la ratificación.

Por consiguiente, en el caso de mandato expreso pero general<sup>44</sup> precisa de la ratificación por parte de su mandante, mientras que el mandato expreso y en términos específicos (con indicación del derecho controvertido y los límites de las concesiones), no requiere de ulterior ratificación. Así parece interpretarlo también la jurisprudencia en reiteradas sentencias<sup>45</sup> de entre las cuales cabría destacar la de 14 de junio de 1954, en atención a las consecuencias que el incumplimiento de la regla del artículo 1.713 del Código civil comporta: «la transacción convenida por quien tiene poder general para administrar (...) carece de validez, pues para la transacción se necesita mandato expreso, sin el cual la relación transaccional creada por el mandatario general no obliga al mandante aún reconocida la buena fe de la otra parte, pues viene viciada originariamente de un defecto que opera ipso iure y, por tanto, sin necesidad de previa declaración judicial de nulidad»<sup>46</sup>.

En un cierto sentido, el artículo 1.713 del Código civil constituye una reproducción del artículo 1.605 del Proyecto de Código civil de 1.851 el cual hunde sus raíces en las disposiciones del Derecho romano<sup>47</sup>. Por lo que a la

<sup>44</sup> Por ejemplo, el poder general para pleito donde consta el término «transigir».

<sup>45</sup> A título de ejemplo, las SSTs 21 de octubre de 1915 y 20 de diciembre de 1982 (Ar. 7701).

<sup>46</sup> STS 14 de junio de 1954 (Ar. 1545).

<sup>47</sup> El artículo 1.605 del Proyecto de Código civil de 1851 rezaba lo siguiente: «El mandato concebido en términos generales no comprende mas que los actos de administración. Para poder transigir, enajenar, hipotecar ó hacer cualquier otro acto de riguroso dominio, debe ser espreso». Así en GARCÍA GOYENA, Florencio: *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, tomo IV, ob. cit., pág. 37. Este jurista pone de manifiesto el fundamento los pasajes de las disposiciones del Derecho romano, contenidas en el Digesto y en el Código de Justiniano. Así, D. 3, 3, 63: «*Procurator totorum bonorum, cui res administrandae mandatae sunt, res domini neque mobiles, vel immobiles, neque servas sine speciali domini mandato alienare potest*» y en C. 2, 13, 16: «*Procuratorem praedii si non specialiter distrahendi mandatum accepit, jus rerum domini vendendi non habere, certum ac manifestum est*». Sin embargo,

transacción se refiere, el mandato general no incluía la legitimación necesaria para formalizar la transacción, según disponía el D. 3, 3, 60<sup>48</sup>.

Es de resaltar, no obstante, la ausencia en el Código civil vigente de la disposición prevista en el artículo 1.714 del Proyecto de Código civil isabelino según la cual «No puede transigir una persona en nombre de otra, sino con su poder especial, en el que deben indicarse los derechos y bienes sobre los que ha de recaer la transacción». Esta omisión del contenido de la norma citada (1.714 del Proyecto del 51) en el Código civil vigente podría ser debida a que esta disposición se considera ya recogida en el artículo correspondiente, en sede de mandato, esto es, el artículo 1.713<sup>49</sup>.

La redacción del artículo 1.605 del Proyecto de Código civil de 1851 no presupone, en modo alguno, la inclusión del contenido de la disposición del artículo 1.714 de este mismo Proyecto. En el primero, se establece la necesidad de un mandato expreso para que el mandatario pueda transigir sobre los bienes y los derechos de su representado, mientras que, en el segundo de estos dos artículos citados, se establece un requisito en el poder especial por el cual el representante está legitimado para la transacción concreta cual es el indicar los derechos y los bienes sobre los cuales ha de recaer la transacción. En este sentido, el artículo 1.714 del Proyecto del Código civil isabelino es aún más expresivo que el artículo 1.605<sup>50</sup>.

Tal vez, el motivo de la ausencia de una disposición relativa a la necesidad de la determinación de los bienes o los derechos sobre los que la transacción recae es que el legislador del Código civil de 1889 consideró

---

también se ha interpretado por la legislación romana que el procurador podía transigir por todos los bienes con base en el pasaje del Digesto D. 2, 14, 12 y D.12, 2, 17, 3. Y en este mismo sentido, de conformidad con la Partida 3, título V, ley 19: «Cuando al procurador se hubiese otorgado libre é llenero poder para hacer cumplidamente en el pleito todas las cosas que el mismo dueño podría hacer». Así lo considera GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, Benito: *Códigos o estudios fundamentales sobre el Derecho Civil español*, Tratado de las obligaciones, Tomo cuarto, ob. cit., pág. 577.

<sup>48</sup> D. 3, 3, 60: «Mandato generali non contineri etiam transactionem decidendi causa interpositam et idea si postea is qui mandavit transactionem ratam non habuit, non posse eum repelli ab actionibus exercendis».

<sup>49</sup> En este sentido se pronuncia GARCÍA GOYENA en su comentario al artículo 1.714 del Proyecto de Código civil de 1851. En concreto, el autor señala que «Los Códigos extranjeros callan sobre esto, á no dudar, por tenerlo ya ordenado en las disposiciones generales De los Contratos, y en el Mandato: vé los citados en los artículos 980 y 1605». GARCÍA GOYENA, Florencio en *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil*, Tomo IV, ob. cit., pág. 129.

<sup>50</sup> Así lo manifiesta GARCÍA GOYENA, Florencio en *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil*, Tomo IV, ob. cit., pág. 129.

que la disposición sobre la necesidad de un mandato expreso para la transacción era suficiente, siguiendo con ello la dirección adoptada por los Códigos extranjeros.

Sin embargo, como consecuencia de esta omisión, el mandato expreso se puede considerar como una autorización general del representante a disponer sobre todos los bienes y los derechos del representado para obtener la finalidad que se pretende mediante el contrato de transacción, esto es, poner fin a la controversia, cuando creemos que los bienes y los derechos sobre los cuales puede recaer el contrato de transacción son relevantes para el representado, inmerso en la controversia.

El legislador entendió que con una única disposición por la que se imponía la necesidad de un mandato expreso para la ejecución de una transacción se permitía que el representante estuviera habilitado para transigir con cualquiera de los bienes y los derechos de su representado y no encontrarse limitado en su función por una disposición que obligara a la determinación concreta de los bienes y de los derechos sobre los cuales se podría transigir. Y, además, porque con ello, no se impide que el representado, si así lo estima oportuno, indique a su representante cuáles son los bienes y los derechos sobre los que el contrato de transacción podría incidir. En efecto, en el momento del otorgamiento del mandato expreso, el sujeto de una controversia podría establecer cuáles son los bienes y los derechos sobre los que el representante puede negociar con la contraparte para la obtención de la función que caracteriza el contrato de transacción.

En todo caso, el representante estará a lo dispuesto por las normas relativas a las obligaciones del mandatario, en especial, al contenido del artículo 1.719 del Código civil vigente<sup>51</sup> y, en su caso, a la ratificación posterior por parte de su representado<sup>52</sup>.

Añadir, para terminar, que todo cuanto hemos dicho tiene su reflejo en la Ley de Enjuiciamiento Civil vigente, en concreto, en su artículo 414, 2, inciso éste que prevé la posibilidad de que las partes no concurren personalmente a la audiencia previa en el juicio ordinario sino

---

<sup>51</sup> Artículo 1.719: «En la ejecución del mandato ha de arreglarse el mandatario a las instrucciones del mandante.

A falta de ellas, hará todo lo que, según la naturaleza del negocio, haría un buen padre de familia».

<sup>52</sup> Distintos supuestos específicos acerca de la capacidad para transigir en el derecho francés son abordados en JOURNAL DU PALAIS: *Répertoire Général contenant la jurisprudence de 1791 a 1850, l'histoire du droit, la législation et la doctrine des auteurs*, Tome douzième, ob. cit., págs. 215 y 216.

mediante su procurador, en cuyo caso, la norma establece que las partes habrán de otorgar a éste poder para transigir, entre otros actos y negocios jurídicos contemplados.

Por lo demás, cabe decir que la declaración de voluntad de las partes que consienten en realizar la transacción está sujeta a las normas generales que se predicán de todo negocio jurídico, motivo por el cual, pasamos a continuación al estudio del objeto de la transacción, elemento esencial éste que presenta una especial particularidad en atención a que las partes pueden acordar la transacción no sólo respecto del objeto de la controversia, con la finalidad de superar la incertidumbre que de ella se deriva, sino que, además, con esta misma finalidad, también pueden pactar respecto de un objeto ajeno a dicha controversia. También aquí se estudian las limitaciones que el ordenamiento jurídico impone respecto del objeto de la transacción.

## B. EL OBJETO

Otro de los requisitos previstos en el artículo 1261 del Código civil de existencia de todo contrato es el objeto, entendiendo como tal aquellos bienes y derechos que corresponden a un interés de las partes.

En el contrato de transacción, las prestaciones de las partes pueden versar no sólo sobre el objeto de la controversia<sup>53</sup> sino también sobre otras cosas, servicios, derechos subjetivos, bienes, actividades, etc.<sup>54</sup> ajenos a ella.

<sup>53</sup> La misma situación o relación jurídica discutida es el objeto propio de la transacción y puede ser de cualquier tipo, siempre y cuando sea susceptible de ser disponible por parte de los interesados de dicha situación. LUNA SERRANO, Agustín: *La transacción* en Elementos, ob. cit., pág. 546 y 549.

<sup>54</sup> El objeto del contrato constituye uno de los requisitos de existencia del contrato, previsto en el artículo 1.261 del Código civil, junto con el consentimiento y la causa. Sin embargo, el Código civil no define qué se entiende por objeto del contrato. De ahí que las teorías que tratan de conceptualizar este extremo definen el objeto del contrato de distinto modo, esto es, como cosa o servicio (de acuerdo con el artículo 1.271 del Código civil); como derecho subjetivo, como obligación, como actividad, incluso. Al respecto de las distintas posturas adoptadas por la doctrina, Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN: *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, Volumen I, ob. cit., págs. 197 a 200. Puesto que el contrato es la expresión de la autorregulación de las partes de sus propios intereses, debe entenderse por objeto la realidad sobre que el negocio versa, es decir, los bienes, utilidades, intereses o relaciones que se regulan por el negocio. Así lo entiende ALBALADEJO, Manuel: *Derecho Civil*, II, «Derecho de obligaciones», Volumen primero, «Las obligaciones y el contrato en general», ob. cit., pág. 249.

De hecho esta imprecisión terminológica supone que al hablar del objeto del contrato de transacción debemos distinguir el objeto del contrato propiamente dicho cual es el derecho

Por consiguiente, respecto del objeto de la transacción podría hablarse de dos tipos de objetos: de un lado, un objeto interno, coincidente con el de la controversia y, de otro lado, un posible objeto externo, concebido como aquel distinto del que constituye el litigio.

### 1. EL OBJETO INTERNO Y EL OBJETO EXTERNO DE LA CONTROVERSIASIA

El objeto interno es un elemento indispensable del contrato de transacción por cuanto que sobre él se ha suscitado la controversia y, precisamente, mediante la celebración de dicho acuerdo los litigantes pretenden finalizarla. En cambio, que el objeto del contrato de transacción conste también de un objeto externo es contingente y dependerá de la voluntad de los contratantes. Así pues, las concesiones correspondientes respecto de las pretensiones que las partes sostienen en la discusión pueden consistir directamente en la situación o relación jurídica discutida o en alguna contraprestación al margen de las pretensiones sostenidas, si bien siempre teniendo en cuenta la concesión hecha sobre la pretensión esgrimida en la discusión<sup>55</sup>.

El hecho de que el objeto de la transacción pueda constar no sólo del objeto interno de la controversia sino también de objetos externos a ella determina la distinción entre la transacción calificada como pura y simple de la denominada como compleja. La transacción pura y simple es aquella transacción en la cual las prestaciones de las partes inciden única y exclusivamente sobre el objeto interno de la controversia mientras que la transacción se califica como compleja cuando su objeto incluye otros ajenos al de la controversia<sup>56</sup>.

En ambos casos, el objeto del contrato deberá reunir los requisitos legales previstos en las normas de los artículos 1.271 a 1.273 del Código civil, que se agrupan en tres categorías: posibilidad, licitud y determinación.

controvertido y, por consiguiente, dudoso. Por su parte, el objeto de las obligaciones consiste en el sacrificio que corresponde a cada una de las partes contratantes. Este sacrificio puede consistir tanto en el abandono de la pretensión, así como una cosa que se entrega o que se compromete a dar, como también un «hacer» o un «no hacer». Así lo entiende MOURLON, Frédéric: *Répétitions écrites sur le Code Civil*, Tome troisième, onzième édition, Garnier Frères, Libraires-Éditeurs, Paris, 1883, pág. 537, n. 1173.

<sup>55</sup> LUNA SERRANO, Agustín: *La transacción* en Elementos, ob. cit., pág. 546.

<sup>56</sup> ALBALADEJO, Manuel: *Derecho civil II*, ob. cit., pág. 383; PELÁEZ SANZ, Francisco J.: *La transacción. Su eficacia procesal*, ob. cit., pág. 59 y LUNA SERRANO, Agustín: *La transacción* en Elementos, ob. cit., pág. 549.

De entre estas tres categorías, debe destacarse aquella que hace referencia a la licitud, en atención al particular tratamiento que el ordenamiento jurídico le otorga en materia de transacción. Este requisito exigible viene referido a que el objeto del contrato sean cosas que no estén fuera del comercio de los hombres y los servicios que no sean contrarios a las leyes o a las buenas costumbres, en los términos del artículo 1.271 del Código civil.

En relación con la transacción, el ordenamiento jurídico establece de forma expresa disposiciones legales que determinan la ilicitud de la transacción que versa sobre las cuestiones concretas que sus respectivas normas encierran. Son las prohibiciones legales para transigir.

## 2. LAS EXCLUSIONES LEGALES DE TRANSACCIÓN EN EL CÓDIGO CIVIL

Todo litigio surgido como consecuencia de una colisión de intereses relevante para el Derecho no puede ser siempre susceptible de superación mediante la celebración de un contrato de transacción. El ordenamiento jurídico prohíbe de forma expresa la transacción sobre determinadas cuestiones como son el estado civil de las personas, las cuestiones matrimoniales y los alimentos futuros, de conformidad con la norma establecida en el artículo 1.814 del Código civil. Por otra parte, la norma del artículo 1.813 del Código civil permite la transacción sobre la acción civil derivada de un delito, si bien ello no comportará el que la acción pública continúe para la imposición de la pena legal.

El denominador común de los supuestos que acabamos de enunciar es la ausencia de la libre disposición de los particulares respecto al objeto que cada uno de ellos encierra. Se trata de extremos que están sustraídos de la libre disponibilidad de las personas, cuyas particularidades se señalan a continuación.

### a) La transacción sobre el estado civil

El artículo 1.814 del Código civil dispone de forma expresa que no se puede transigir sobre el estado civil.

La prohibición legal de transigir sobre el estado civil de las personas se justifica en el hecho de que el estado civil se concibe como un derecho subjetivo privado de la personalidad. Toda persona tiene un estado civil como bien propio de su persona protegido por el ordenamiento jurídico.

Es, en este sentido, personalísimo en cuanto que no es susceptible ni tan siquiera de transmisión hereditaria. Se trata, por ende, de una cuestión de orden público. Al respecto, el estado civil es una noción relevante a la sociedad en cuanto determina la situación de la persona en ésta. No se trata de un bien de propiedad de la persona que ostenta un determinado estado civil y, por consiguiente, el estado civil se halla excluido de las reglas de la autonomía de la voluntad por lo que su titular no puede disponer de él libremente. Por este motivo, cualquier litigio que pudiera surgir que traiga causa de una cuestión relativa al estado civil de la persona precisa de un procedimiento establecido, sin que exista posibilidad alguna de negociación y, por consiguiente, de transacción<sup>57</sup>. Como consecuencia de este carácter que se predica del estado civil, la normativa legal que lo regula tiene un carácter manifiestamente imperativo de tal modo que únicamente el legislador está legitimado para establecer las causas por las que se adquiere, se pierde o modifica un estado civil al igual que sus efectos.

En este sentido ya se expresaba el artículo 1.720 del Proyecto de Código civil de 1851 cuyo comentario pone de relieve el hecho de que la justificación de la exclusión de las cuestiones relativas al estado civil del ámbito del contrato de transacción se deba a que se refieren a cuestiones de orden público<sup>58</sup>.

Sin embargo, y aunque el artículo 1.814 del Código civil establece que no se puede transigir sobre el estado civil, la jurisprudencia ha considerado que el ámbito de aplicación del precepto no se extiende a las consecuencias de naturaleza puramente patrimonial que de tal estado puedan derivarse, que revisten carácter privado y no afectan al orden ni al interés público. Así lo dispone, a título de ejemplo, la STS 13 de octubre de 1966<sup>59</sup>. Sin embargo, como matización a esta postura jurisprudencial podría alegarse la dificultad en desligar el estado civil y sus consecuencias económicas<sup>60</sup>.

<sup>57</sup> Antes de la derogación del artículo 1.252 del Código civil por la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000, se consideraba que el estado civil tenía, además, eficacia «*erga omnes*», según podía entenderse de lo establecido en el párrafo 2.º de dicho artículo, al extender la autoridad de la cosa juzgada de las sentencias sobre el estado civil a todos los terceros, aunque no hayan litigado.

<sup>58</sup> GARCÍA GOYENA, Florencio: *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, Tomo IV, ob. cit., pág. 132.

<sup>59</sup> STS 13 de octubre de 1966 (Ar. 4404).

<sup>60</sup> GULLÓN BALLESTEROS, Antonio: *La transacción*, ob. cit., pág. 111 y 112. En este mismo sentido LUNA SERRANO, Agustín: *La transacción en Elementos*, ob. cit., pág. 550.

## b) La transacción sobre las cuestiones matrimoniales

Cuanto hemos dicho del estado civil podría ser de aplicación al supuesto de las cuestiones matrimoniales previsto en este mismo artículo 1.814 del Código civil, al entender por tal concepto aquellas cuestiones derivadas del estado civil por razón del matrimonio. En este caso, también se está haciendo referencia a cuestiones relativas a un estado civil y, por consiguiente, son materia de orden público, excluidas, por ello, de la autonomía de la voluntad de las partes<sup>61</sup>.

La expresión relativa a las cuestiones matrimoniales se circunscribiría, pues, al ámbito del estado civil de la persona por razón del matrimonio y como tal estado civil quedaría excluido del marco delimitado para los supuestos en que la autonomía privada de las partes tiene cabida y, por ende, de la transacción. Sin embargo, esta prohibición relativa a la posibilidad de transigir sobre cuestiones matrimoniales no afectaría, en cambio, a aquellos supuestos derivados, por ejemplo, del régimen económico matrimonial, o la pensión compensatoria, habida cuenta que las controversias jurídicas que pudiesen suscitarse sobre esta concreta materia no son de riguroso orden público, aunque traigan causa del estado civil por razón de matrimonio. En estos casos, el litigio se refiere a

<sup>61</sup> Así se desprende del comentario de GARCÍA GOYENA al artículo 77 del Proyecto isabelino al cual se remite este jurista en su comentario al artículo 1.720 del Proyecto, en el que se establece la prohibición de las transacción respecto de cuestiones matrimoniales. Según reza este artículo 77, «El mutuo consentimiento de los cónyuges no es causa de divorcio ni autoriza su voluntaria separación». En su comentario, GARCÍA GOYENA justifica este precepto sobre la base de lo dispuesto en la Partida 4, título 10, ley 2 según la cual «*Deve ser fecho por mandado del Obispo*» y añade que la ley 8 prohíbe «meterlo en manos de árbitros» y da para ello —añade GARCÍA GOYENA— «dos razones de poco o ningún peso hoy día: todo lo que era conforme al Derecho canónico». De todos modos, el autor añade que «El matrimonio es de orden y derecho público: es la fuente y base, el primero y mas sagrado interes de la sociedad; no puede, pues, quedar al arbitrio de los particulares destruir por su simple consentimiento tan altos fines é intereses. El fundamento de este razonamiento cabe encontrarlo en la Partida 4, título 10, Ley 1: «*Se yendo departidos por derecho, no entiendo que los departe el ome*». Véase el artículo 77 en GARCÍA GOYENA, Florencio: *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, Tomo I, ob. cit., pág. 93.

Es de destacar, no obstante lo anterior, el comentario de GARCÍA GOYENA al artículo 1.720 del Proyecto por lo que se refiere a las cuestiones matrimoniales, por cuanto que, si bien fundamenta la prohibición legal de la transacción en la Partida 4, título 4, ley 24 «*Contienda ó pleyto que naciesse sobre casamiento de algunos, non se podria meter en manos de avenidores*», reconoce posteriormente que «Se puede transigir sobre las causas matrimoniales en favor, no en contra, del matrimonio, de modo que este se impida ó resuelva. Ni está prohibido por derecho, y es frecuente entre nosotros que se transija en casos dudosos sobre la esperanza incierta de futuro matrimonio adquirida á virtud de esponsales». GARCÍA GOYENA, Florencio: *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, Tomo IV, ob. cit., pág. 132.

cuestiones que son estrictamente patrimoniales y, por consiguiente, constituyen materia que puede ser objeto de la libre disposición de las partes y, por ello, susceptibles de ser superadas por cualquier acto o negocio jurídico realizado por las partes en ejercicio de su autonomía de la voluntad con tal finalidad<sup>62</sup>.

Cabría preguntarse, no obstante, si el contrato de transacción es válido para la superación de las cuestiones litigiosas que podrían surgir como consecuencia de la celebración del matrimonio y que no son estrictamente patrimoniales (por ejemplo, la fijación del domicilio conyugal, artículo 70 del Código civil). La transacción sería posible porque no guarda relación con el vínculo matrimonial. En este sentido, la sentencia del Tribunal Supremo de 31 de enero de 1985<sup>63</sup> consideró que el otorgamiento de capitulaciones matrimoniales y de un documento privado relativo a la separación de hecho de los cónyuges y a la atribución de los hijos no es un supuesto que deba ser incluido en la prohibición del artículo 1.814 del Código civil, puesto que estos documentos únicamente hacen referencia a la situación económica derivada de la separación fáctica de los cónyuges, sin que se haga mención alguna al vínculo matrimonial<sup>64</sup>, cuestión, de hecho, protegida por la prohibición del artículo 1.814 del Código civil.

En suma, la prohibición de transigir sobre las cuestiones matrimoniales se limitaría a los ámbitos de existencia del vínculo matrimonial y de los efectos personales que de él se derivan.

En relación con las cuestiones matrimoniales cabría preguntarse acerca de la posible naturaleza transaccional del convenio regulador, concertado por las partes en los procesos matrimoniales.

De hecho se trata de un convenio en el cual los cónyuges establecen los pactos relativos a los extremos exigidos en el artículo 90 del Código

<sup>62</sup> Así lo entendió la sentencia de 20 de noviembre de 1973 (Ar.). Esta sentencia falló a favor de considerar la posibilidad de someter a arbitraje la cuestión litigiosa surgida respecto de un aspecto del régimen económico matrimonial. Entendemos que si esta cuestión puede ser resuelta por la decisión de un tercero, el árbitro, nombrado a tal efecto, es porque no se trata de una cuestión estrictamente de orden público y, por consiguiente, susceptible de ser superada por cualquier otro medio análogo: el contrato de arbitraje, objeto de la sentencia, y la transacción. Así lo prevé MUÑOZ SABATE, Luis: *Jurisprudencia arbitral comentada (sentencias del Tribunal Supremo, 1891-1991)*, J.M. Bosch editor, S.A., Barcelona, 1992, páginas 135 y 136.

<sup>63</sup> 31 de enero de 1985 (Ar. 210).

<sup>64</sup> En este sentido se pronuncia RUIZ DE GORDEJUELA LÓPEZ, Lourdes: «La transacción», en Cuadernos de Derecho Judicial, Arbitraje, mediación y conciliación, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1995, pág. 186.

civil y que, caso de que no exista acuerdo entre ellas, será tarea del Juez el determinar sobre las cuestiones legales.

Además, salvo los extremos relativos a los hijos, se trata de cuestiones que, aunque traen causa del matrimonio, y como tal, de un estado civil, son relativas a cuestiones esencialmente patrimoniales de los cónyuges. Y las cuestiones patrimoniales quedan al margen de la prohibición de transigir sobre el estado civil o sobre otras cuestiones. Por tanto, podría entenderse que se trata de bienes que no están excluidos fuera del comercio de los hombres y, por consiguiente, son susceptibles de transacción.

En su sentido amplio, el convenio regulador es una transacción, entendida como acuerdo por el que se fijan los pactos de las partes de conformidad con sus respectivos intereses, como sucede en todo contrato, con la diferencia que la ley establece un contenido mínimo que el convenio debe reunir. Cuestión más dudosa es considerar el convenio regulador como un supuesto de transacción coincidente con el previsto en el artículo 1.809 del Código civil, porque resulta dificultoso el determinar la existencia de una controversia jurídica en los términos señalados.

En realidad, las partes que realizan el convenio regulador lo que persiguen es la autorregulación de sus relaciones futuras y no solucionar una controversia concreta para, con ello, evitar o poner fin a un pleito. Los extremos del convenio regulador son el reflejo del acuerdo alcanzado por los cónyuges, como podría predicarse de los pactos de todo contrato.

Los cónyuges no pueden disolver (divorcio) o anular (nulidad) el matrimonio por sí mismos sino en virtud de sentencia judicial, y la propuesta de convenio regulador, en los procesos de separación o divorcio de mutuo acuerdo o solicitado por uno de los cónyuges con el consentimiento del otro, necesita de aprobación judicial. Así lo establece el artículo 777, 6 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, según el cual cumplido lo dispuesto en los apartados anteriores, el tribunal dictará sentencia concediendo o denegando la separación o el divorcio y pronunciándose, en su caso, sobre el convenio regulador. En el apartado siguiente de este mismo artículo 777, la Ley establece que, en el caso de que la separación o el divorcio se concedan, pero la sentencia no aprobase en todo o en parte el convenio regulador propuesto, se concederá un nuevo plazo de diez días para la proposición de un nuevo convenio. El auto que acuerde alguna medida que se aparte de los términos del convenio propuesto

podrá ser recurrido en apelación, de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 8 de este artículo 777 de la Ley de Enjuiciamiento Civil<sup>65</sup>.

El convenio regulador y la transacción no son iguales porque el convenio regulador se refiere a cuestiones de orden público. Sin embargo, hay una cierta analogía entre ambos en atención a su forma de articulación.

En conclusión, la transacción no puede versar sobre el vínculo matrimonial en sí mismo considerado ni sobre los efectos puramente personales derivados del mismo porque se trata de cuestiones relativas al orden público. En cambio, aquellas cuestiones de orden patrimonial que de las cuestiones matrimoniales se pudiesen derivar podrían considerarse que pueden ser objeto de transacción.

### c) La transacción sobre los alimentos futuros

Otra de las cuestiones sobre la que el ordenamiento jurídico veta la posibilidad de transigir es aquella que hace referencia a los alimentos futuros, cuestión prevista también en este mismo artículo 1.814 del Código civil. La justificación de esta prohibición cabe encontrarla en sus antecedentes históricos, en concreto, en el artículo 1.721<sup>66</sup> del Proyecto de Código civil de 1851, el cual, a su vez, trae causa<sup>67</sup> de la ley del Digesto D. 2, 15, 8, 2<sup>68</sup>.

Según reza el pasaje del Digesto D. 2, 15, 8<sup>69</sup>, por una disposición del

<sup>65</sup> La Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000 deroga de forma expresa las disposiciones adicionales primera a novena de la Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modificaba la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio, según reza la Disposición derogatoria Única, apartado 2, punto 10.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Antes de su derogación, esta cuestión era tratada en la Disposición Adicional 6.ª, punto 7, en la que se señalaba que cuando existía mutuo acuerdo, el juez los divorciará. Respecto del convenio regulador, este punto 7 de la Disposición Adicional 6.ª señalaba que la propuesta de modificación podía ser recurrida por las partes.

<sup>66</sup> Artículo 1.721 del Proyecto de Código civil de 1851: «La transacción sobre alimentos futuros no surtirá efecto, sino después de ser aprobada judicialmente».

<sup>67</sup> Así lo indica GARCÍA GOYENA en su comentario a este precepto. GARCÍA GOYENA, Florencio: Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español, tomo IV, ob. cit., página 132.

<sup>68</sup> La cuestión de los alimentos es tratada con detalle por POTHIER, Robert Josef: *Le Pandette di Giustiniano*, Volume I, ob. cit., 1833, pág. 233. Principalmente, el autor se ocupa del estudio de los objetos sobre los que no se puede pactar, las personas a las que se refiere este pasaje y la transacción efectuada con la autoridad del pretor.

<sup>69</sup> D. 2, 15, 8: «*Cum hi, quibus alimenta relicta erant, facile transigerent contenti modico praesent: divus Marcus oratione in senatu recitata effecit, ne aliter alimentorum transactio rata*

Emperador Marco, se propuso y aprobó en el Senado que se controlasen las transacciones que los alimentistas podrían efectuar sobre los alimentos futuros<sup>70</sup>. Este emperador puso de manifiesto el inconveniente que pudiese resultar de que los alimentistas transigiesen los alimentos futuros por una corta cantidad que recibían de presente, porque consumida ésta carecían después de lo preciso para su sustento<sup>71</sup>. Además, de este modo, quedaban también sin efecto las disposiciones de última voluntad de los difuntos, en las cuales se dejaban estos alimentos. Por ello, se determinó por esta ley que la transacción no fuese válida sin que interviniese la autoridad pertinente, ya que se consideró que era propio de los Tribunales moderar los abusos que pudiesen resultar en algunos casos, de las libertades absolutas que permiten el derecho y las leyes<sup>72</sup>.

Así, el pasaje del Digesto D. 2, 15, 8, 2<sup>73</sup> sólo trató de prohibir la transacción de los alimentos futuros, dejados en testamento u otra última voluntad<sup>74</sup>.

---

*esset, quam si auctore praetore facta. solet igitur praetor intervenire et inter consentientes arbitrari, an transactio vel quae admitti debeat*. Más adelante, D. 2, 15, 8, 2 disponía: «*Haec oratio pertinet ad alimenta, quae testamento vel codicillis fuerint relicta sive ad testamentum factis sive ab intestato. idem erit dicendum et si mortis causa donata fuerint relicta vel ab eo, cui mortis causa donata sunt, relicta. sed et si conditionis implendae gratia relicta sunt, adhuc idem dicemus. plane de alimentis, quae non mortis causa donata sunt, licebit et sine praetore auctore transigi.*» Al respecto, CORPUS IURIS CIVILIS, Volumen Primum, Digesta, recognovit Theodor Mommsen, retractavit Paulus Krueger, Wiedmann, 1988, pág. 62.

<sup>70</sup> Esta disposición sólo se refería a las calificadas como pensiones en concepto de alimentos y no a los demás prestaciones anuales. Si las pensiones anuales se realizaban en concepto de usufructo, podía transigirse sin la intervención del pretor.

La prohibición de transigir sobre los alimentos futuros es tratada por ALBERICUS DE ROSATE: *In primam Codicis partem commentarii*, ob. cit., lex VIII, fol. 82v.

<sup>71</sup> Sobre la cuestión de los alimentos pasados y futuros, FONTANELLA, Ioannem Petrum: *De pactis nuptialibus sive capitulis matrimonialibus tractatus*, 1622, pág. 397, n. 39.

<sup>72</sup> Sobre los alimentos en general y la transacción, QUESADA, Antonius: *Diversarum quaestionum iuris liber*, Salmanticae, MDLXXIII, cap. 20, fol. 77v.

<sup>73</sup> Este discurso se refiere a los alimentos futuros porque si se trataba de alimentos pasados, se podía transigir. No importaba la clase de alimentos fijada o por cuánto tiempo; ni tampoco si se quiere transigir de todo o de una parte o que se haya transigido sobre los alimentos propiamente o sobre una controversia relativa a ellos. En todos estos casos es necesaria la autorización del pretor. Respecto del D. 2, 15, 8, 2, entre otros, ACCURSIO: *Corpus Iuris Civilis Iustinianei*, Digestum vetus, Tomus primus, ob. cit., n. 278. De entre los comentaristas, también BARTOLUS A SAXOFERRATO: *In primam Digesti veteris partem*, ob. cit., fol. 95v y BALDUS DE UBALDIS: *In primam Digesti veteris partem commentaria*, ob. cit., fol. 155v. Posteriormente, también cabría destacar CONNANI, Francisci: *Commentariorum Iuris civilis*, ob. cit., fol. 354, I y fol. 355, B en relación con la Oración del Emperador Marco recitada en el Senado para que no fuese válida la transacción de alimentos sino cuando hubiese sido hecha con la autoridad del Pretor.

<sup>74</sup> Sin embargo, en la segunda mitad del siglo XIX y antes de la promulgación del Código civil, no era admitido por la jurisprudencia de los Tribunales que las transacciones, compensaciones y renunciaciones de alimentos futuros debidos por la ley fuesen esencialmente nulas,

La transacción respecto de los alimentos vencidos y no cobrados no estaría supeditada a esta prescripción legal por cuanto que no supondría para el alimentista un detrimento de la cantidad necesaria para su manutención, y no es menester que se haga con autoridad judicial, porque, se entiende, que los alimentos pretéritos no son alimentos<sup>75</sup>.

El Código civil de 1889, si bien siguió el espíritu de la norma transcrita por el Digesto sobre esta cuestión, abandona el criterio seguido por el Derecho romano y contemplado en el Proyecto de Código civil de 1851<sup>76</sup>, según los cuales la transacción sobre alimentos futuros no surtía efectos hasta su aprobación judicial y, en cambio, instaura la prohibición general de la transacción sobre los alimentos futuros. Al respecto, cabría entender que el legislador ha interpretado que la transacción sobre alimentos futuros comportaría un perjuicio en todos los casos por cuanto que afectaría a las necesidades básicas del beneficiado con el derecho de alimentos, tanto si este derecho proviene de un testamento como de un contrato y, por consiguiente, no considera ni tan siquiera que el contrato de transacción sobre alimentos futuros pueda ser válido aún sometido a la aprobación judicial para que surta efectos. Sin embargo, en consonancia con el artículo 151 del Código civil que establece el principio de no renunciabilidad o disponibilidad de los alimentos debidos legalmente entre parientes, cabría interpretar que la prohibición del artículo 1.814 del Código civil se refiere únicamente a los alimentos entre parientes.

En esta línea, la jurisprudencia adopta una postura restrictiva<sup>77</sup> por lo que a la aplicación de la prohibición del artículo 1.814 del Código civil

---

porque dicho principio se entendía basado en la opinión de los autores. De hecho, la transacción se concretaba a los alimentos dejados en testamento o en última voluntad, esto es, los no estrictamente necesarios para la vida. Así, SÁNCHEZ DE MOLINA BLANCO, José: *El Derecho Civil español (en forma de Código)*, Imprenta de D. J.L. Vizcaino y de D. Manuel Minuesa, Madrid, 1871, pág. 56. La transacción se permitía, pues, respecto a los alimentos pactados por testamento o contrato, excluyéndose respecto de la obligación legal de alimentos.

<sup>75</sup> Así lo interpretan GARCÍA GOYENA, Florencio: *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, tomo IV, ob. cit., pág. 133 y RODRÍGUEZ DE FONSECA, Bartolomé Agustín: *Digesto teórico-práctico o recopilación de los derechos común, real y canónico por los libros y títulos del Digesto*, Tomo primero, Joachin de Ibarra, Impresor de Cámara de S.M., Madrid, MDCCCLXXV, pág. 344.

<sup>76</sup> Este extremo se confirma con la lectura del comentario al artículo 1.721 del proyecto isabelino efectuado por GARCÍA GOYENA, Florencio: *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, Tomo IV, ob. cit., pág. 132.

<sup>77</sup> En palabras de LUNA SERRANO, la jurisprudencia realiza una interpretación correctora del tenor literal del artículo 1.814 del Código civil. LUNA SERRANO, Agustín: *La transacción en Alimentos*, ob. cit., pág. 550.

se refiere. Así, las sentencias del Tribunal Supremo de 10 de noviembre de 1948 y de 3 de marzo de 1967<sup>78</sup> declaran que la prohibición contenida en el artículo 1.814 del Código civil de transigir sobre alimentos futuros no tiene carácter absoluto porque no rige cuando tienen su origen en una fuente distinta de la ley, esto es, los que nacen voluntariamente de testamento o de pacto de donación o de pensión, postura que suscribimos. Así, según la jurisprudencia podría entenderse que la prohibición legal del artículo 1.814 rige para aquellos casos en que los alimentos tienen su fundamento en los deberes de familia, mientras que no se aplicaría de igual modo cuando nacen voluntariamente de testamento, pacto de donación o de pensión.

Por lo que se refiere a los alimentos ya vencidos y devengados, las partes que así lo estimen conveniente podrán transigir sobre ellos, habida cuenta desde el momento de su vencimiento o de su devengo ya entran en el patrimonio del alimentista.

#### d) La transacción sobre la acción penal

En la misma línea a la que hemos hecho referencia relativa a materias de libre disposición, la norma del artículo 1.813 del Código civil permite la transacción sobre la acción civil proveniente de un delito, si bien ello no comporta la extinción de la acción pública para la imposición de la pena legal. Todo ello en consonancia con la independencia entre acción civil y acción pública derivada de delito<sup>79</sup>. La posibilidad de transigir sobre la acción civil se justifica en que el objeto de dicha acción es la reparación del daño causado por el autor del delito así como por otros que, según el Código penal, son responsables civilmente y habida cuenta que el daño atañe únicamente a los particulares, éstos pueden transigir sobre su resarcimiento del mismo modo que pueden hacerlo respecto de sus bienes y sus derechos. Esta es la interpretación que se desprende del antecedente inmediato de esta norma y que se encuentra en el artículo 1.719 del Proyecto de Código civil de 1.851<sup>80</sup>.

Distinta es la naturaleza de la acción pública prevista para la imposición de la pena legal. El delito ofende a la sociedad y por consiguiente a

<sup>78</sup> STS 10 de noviembre de 1948 (Ar. 1412) y STS 3 de marzo de 1967 (Ar. 1239).

<sup>79</sup> CARRASCO PERERA, Ángel: Comentario a los artículos 1.809 a 1.819 del Código civil, ob. cit., pág. 2043.

<sup>80</sup> LASSO GAITE, Juan Francisco: *Crónica de la codificación española*, 4, ob. cit., pág. 255.

ésta corresponde el ejercitar la acción pública, pese a la transacción acordada respecto de la acción civil<sup>81</sup>. La imposición de la pena responde a una cuestión de orden público y como tal se halla excluida de la autonomía de la voluntad de las partes implicadas<sup>82</sup> en el proceso y sujeta, por contra, a las normas imperativas que rigen el procedimiento penal<sup>83</sup>.

La redacción del texto del artículo 1.813 del Código civil, tomado del artículo 1.719 del Proyecto isabelino, supone una ruptura con la línea iniciada en el Derecho romano<sup>84</sup> y continuada, con ligeras alteraciones, por el Derecho patrio recogido en la Ley de Partidas, según los cuales la transacción sobre delitos era admisible.

La legislación romana distinguió entre los delitos privados y los crímenes públicos. Respecto de los primeros, como el hurto y la injuria<sup>85</sup>, las ofensas se podían perdonar por la vía de un convenio transaccional, sin formalidades. La transacción también era posible respecto de los delitos públicos castigados con pena capital cuyo fundamento se hallaba en que no se podía prohibir a nadie los medios de salvar la vida, excepción hecha del adulterio. Por su parte, los crímenes públicos que no

<sup>81</sup> Así lo interpretó GARCÍA GOYENA en su comentario al artículo 1.719 del Proyecto de Código civil de 1851, antecedente inmediato del artículo 1.813 del Código civil vigente. GARCÍA GOYENA, Florencio: *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, Tomo IV, ob. cit., pág. 131.

<sup>82</sup> Sin embargo, de un tiempo a esta parte y como consecuencia de la progresiva implantación de los medios de resolución de conflictos alternativos al proceso judicial, las partes alcanzan acuerdos con base en su autonomía privada.

<sup>83</sup> En estos términos se expresa el jurista francés respecto del artículo 2.046 del *Code Napoléon*, homólogo del artículo 1.813 del Código civil, VUILLAUME, F.: *Commentaire analytique de Code Napoléon*, Cotillon, Libraire, Paris, 1855, pág. 674. «*Tout délit blesse plus ou moins l'ordre social et sa poursuite en doit pas dépendre de la volonté de simples citoyens; elle est réservée au ministère public; quel qu'accord qui puisse intervenir entre les parties sur leur intérêt civil*». El perdón de la parte ofendida sólo extinguiría la acción penal respecto de los delitos que no puedan ser perseguidos con previa denuncia o consentimiento del agraviado. En este mismo sentido lo relata GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, Benito: *Códigos o estudios fundamentales sobre el Derecho Civil español*, ob. cit., pág. 580.

<sup>84</sup> HOSTIENSIS (Henrici de Segufio, Cardenal): *In primum Decretalium librum commentaria, doctissimorum virorum quampluribus adnotationibus illustrata*, Venetiis, MDLXXXI (edición anastática, Bottega d'Erasmio, Torino, 1965), pág. 181, n. 5. y 6.

«*Sanguinis et capitis metuens de crimine poenam transige si placeat, non transiget ullus adulter.*

*Sin capitis poenam metuas sine sanguine frustra*

*Transiget, interdum de crimine, transige falsi*».

<sup>85</sup> Así es relatado en el apartado correspondiente a los contratos extintivos simples por JÖRS, Paul y KUNKEL, Wolfgang: *Derecho privado romano*, edición totalmente refundida por Wolfgang Kunkel, traducción de la segunda edición alemana por L. PRIETO CASTRO, ed. Labor, reimpresión, 1965, pág. 282.

tenían asignada ninguna pena capital no eran susceptibles de transacción porque al no existir acusador público, los particulares estaban obligados a perseguirlos<sup>86</sup>. En el Derecho primitivo, esta composición tenía prevista el pago de una multa que cancelaba el derecho de venganza privada<sup>87</sup>. Más adelante, si el perjudicado quería renunciar a la acción penal que le correspondía por ministerio de la ley, lo hacía por el *pactum*<sup>88</sup>. Por su parte, la Ley de partida 6, título 1, ley 22 admitió con ligeras modificaciones la legislación romana<sup>89</sup>.

En suma, el artículo 1.813 del Código civil permite la transacción sobre la acción civil proveniente de un delito, si bien, a continuación, establece que la acción pública para la imposición de la pena legal no se extinguirá, puesto que el particular no puede frenar el curso de las acciones penales, salvo que se trate de delitos perseguibles a instancia de parte<sup>90</sup>. Por su parte, la jurisprudencia ha llegado a considerar la

<sup>86</sup> En este mismo sentido lo describe GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, Benito: *Códigos o estudios fundamentales sobre el Derecho Civil español*, Tratado de las obligaciones, ob. cit., página 579.

<sup>87</sup> El pasaje del Código C. 2, 4, 18 establecía que la transacción o el pacto no estaban prohibidos respecto de un delito capital, excepto el adulterio. Respecto de los demás crímenes públicos que no entraban en pena capital, no era lícito transigir, excepción hecha de la acusación de falsedad. Este pasaje del Código C. 2, 4, 18 rezaba lo siguiente: «*Transigere vel pacisci de crimine capitali excepto adulterio non prohibetur est in aliis autem publicis criminibus quae sanguinis poenam non ingerunt, transigere non licet citra falsi accusationem. S. III k. Sept. AA. cons.*». Este texto ha sido obtenido de la obra de KRUEGER, Paulus: *Corpus Iuris Civilis*, ob. cit., pág. 96. En Derecho romano, aquel que transigía sobre un delito no capital se le tenía por confeso, esto es, *pro victo habetur*, de acuerdo con lo que se establecía en D. 47, 15, 7. En cambio, en los delitos capitales o de sangre, la transacción no comportaba esta misma consecuencia en consonancia con esta misma ley del Digesto. A título de ejemplo, los comentaristas del Código de Justiniano aluden a esta cuestión en CYNUS: *In Codicem*, ob. cit., fol. 63 a 64v y BARTOLUS A SAXOFERRATO: *Prima Super Codice*, ob. cit., fol. 63v. Es de destacar también por su minuciosidad el trabajo elaborado por CURTIUS, Franciscus: *In rubrica C. de transactio*, ob. cit., fol. 236v a 238v.

Cabe señalar, asimismo, el estudio detallado de esta cuestión realizado por FACHINEUS, Andrea: *Controversiarum Iuris Civilis libri novem, pars prima*, ob. cit., pág. 18, A, B, C y D (*Transigere an liceat: et quare de criminibus capitalibus*); pág. 20, D (*Transigere an liceat de privatis criminibus, quae poenam sanguinis non ingerunt*) y pág. 21, B (*Transigere in privatis criminibus, ubi civiliter agitur: sectus si criminaliter*).

Por su parte, FRANCHIS, Vicentio de: *Decisiones sacri regii consilii neapolitani*, Venetiis, MDCXXVI, decisión 713, n. 12: «*transigi non potest de criminalibus sanguinis poenam inferentibus*».

Por último, cabe mencionar la consideración de GOMEZIUS, Antonius: *Opera omnia*, tomo 3, cap. 3, Lugduni, MDCCLXI, núm. 54. «*Transactio de crimine capitali an fieri possit*».

<sup>88</sup> Así, JÖRS, Paul y KUNKEL, Wolfgang: *Derecho privado romano*, ob. cit., pág. 282.

<sup>89</sup> GARCÍA GOYENA, Florencio: *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, Tomo IV, ob. cit., pág. 131.

<sup>90</sup> En este sentido, LUNA SERRANO, Agustín: *La transacción* en Elementos, ob. cit., página 549.

transacción por precio sobre el ejercicio de una acción criminal como inmoral<sup>91</sup>.

Hasta aquí, la investigación se ha dirigido al estudio de los casos legalmente establecidos en el orden civil que limitan el ámbito de aplicación de la transacción. Al respecto, el análisis de los correspondientes preceptos del Código civil revela un elemento común en todos ellos cual es el supuesto de hecho que cada uno encierra constituye una cuestión de orden público y, por tanto, excluida del ámbito de la autonomía de la voluntad de los particulares quienes, por el contrario, deberán someterse a las disposiciones imperativas previstas por el ordenamiento jurídico cuya eficacia se iniciará con el proceso judicial pertinente.

Por consiguiente, una vez desarrollados los supuestos legales previstos en los artículos 1.813 y 1.814 del Código civil relativos al objeto de la transacción, podría concluirse que este contrato no puede tener por objeto aquellos derechos sustraídos a la libre disponibilidad de las partes. De conformidad con lo establecido en la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de diciembre de 1988 (Ar. 9442), no puede atribuirse validez a aquel acto dispositivo que contraría las normas imperativas y prohibitivas según lo dispuesto en el artículo 6,3 del Código civil. Por ello, no cabría atribuir valor jurídico alguno a las transacciones que rebasen los límites legales fijados al recaer sobre derechos respecto de los cuales la autonomía de la voluntad de las partes no tiene cabida.

La consecuencia jurídica que se deriva de que las partes celebren un contrato de transacción cuyo objeto consista en alguno de los recogidos en los preceptos citados es la nulidad de este contrato. La prohibición de transigir sobre estas cuestiones determina que los contratos celebrados con la finalidad prevista para dicho instituto son nulos de pleno derecho por cuanto son ilícitos. La transgresión de los preceptos legalmente establecidos provoca la invalidez plena de los acuerdos que tengan por obje-

<sup>91</sup> La sentencia del Tribunal Supremo de 17 de enero de 1927 consideró la nulidad por causa ilícita del contrato de transacción celebrado por la persona procesada por causa de estafa, ya que «ese móvil determinante de la convención forzosamente ha de estimarse inmoral por serlo toda transacción por precio sobre el ejercicio de una acción criminal y siendo esto así claro y evidente resulta ser ilícita la causa del contrato cuya nulidad se pide». Sin embargo, en una sentencia del Tribunal Supremo de 21 de junio de 1963 (Ar. 3645) se prevé la posibilidad de que el objeto de transacción sea la misma acción para perseguir el delito por medio de querrela individual. De ahí puede extraerse que la transacción tendría cabida en aquellos delitos que no sean perseguibles de oficio. En este sentido, CARRASCO PERERA, Ángel: Comentario a los artículos 1.809 a 1.819 del Código civil, ob. cit., pág. 2043.

to aquellos supuestos de hecho específicamente excluidos del ámbito de aplicación de la institución. En este caso, el objeto del contrato existe pero se trata de un objeto prohibido de forma expresa por el ordenamiento jurídico y, por consiguiente, sancionado con la nulidad del negocio jurídico.

Así pues, el litigio transigible que se genera como consecuencia del conflicto de intereses cualificado de las partes se refiere a derechos disponibles, esto es, aquellos derechos respecto de los cuales las partes pueden disponer, en ejercicio de la autonomía de la voluntad que el ordenamiento les reconoce.

En líneas generales, pues, la transacción versará sobre derechos que sean susceptibles de disposición y renuncia por los particulares, por cuanto son de interés privado y están dentro del comercio de los hombres<sup>92</sup>, quedando excluidos aquellos que corresponden al orden público<sup>93</sup>.

#### e) La transacción sobre la legítima futura

La transacción sobre la legítima futura entre el que la debe y sus herederos forzosos es nula, de conformidad con lo establecido en el artículo 816 del Código civil. El fundamento de dicho precepto se encuentra, como en los casos anteriores, en que se trata de un objeto que queda fuera del ámbito de la disponibilidad, en atención al interés o al orden público<sup>94</sup>.

Este precepto es una transcripción casi literal del artículo 646 del Proyecto de Código civil de 1851, establecido como especificidad del artículo 994, párrafo segundo<sup>95</sup>, de ese mismo proyecto, relativo a la nuli-

<sup>92</sup> Así lo interpreta, entre otros, CASTÁN, José: *Derecho civil español, común y foral*, Tomo IV, Derecho de obligación, 12.ª edición, revisada y puesta al día por José FERRÁNDIZ VILELLA, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1978, pág. 744.

<sup>93</sup> En el Derecho francés, la susceptibilidad de formar parte del objeto del contrato de transacción respecto de distintos supuestos es abordada en el *JOURNAL DU PALAIS*, Tome douzième, cit., págs. 216 a 218.

<sup>94</sup> LUNA SERRANO, Agustín: *La transacción* en *Elementos*, ob. cit., pág. 549.

<sup>95</sup> Artículo 994 del Proyecto de Código civil de 1851: «Pueden ser objeto de los contratos todas las cosas que no están fuera del comercio de los hombres aunque sean futuras. Se exceptúa la herencia futura, acerca de la cual será nulo cualquier pacto, aunque se celebre con el consentimiento de la persona de cuya sucesión se trate. Pueden ser igualmente objeto de los contratos todos los servicios que no sean contrarios á las leyes ó á las buenas costumbres». GARCÍA GOYENA, Florencio: *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, III, ob. cit., pág. 27.

dad de pacto en el que el objeto del contrato sea la herencia futura<sup>96</sup>, precepto equivalente al artículo 1.271 del Código civil vigente.

Por lo que a la transacción concierne, el artículo 816 del Código civil se refiere a aquella transacción que puede darse entre el que debe la legítima y sus herederos forzosos, ya que sólo cabe la transacción acerca de la legítima futura entre aquellos que están interesados en dar o recibir, en su día, la legítima<sup>97</sup>. Según el tenor del precepto, la prohibición sólo afecta a los negocios sobre legítima futura, puesto que una vez la herencia haya sido abierta, el legitimario puede pactar lo que estime pertinente a sus intereses y, por consiguiente, transigir sobre el contenido económico de la legítima<sup>98</sup>.

La transacción sobre la legítima futura está viciada de nulidad absoluta o radical, apreciable de oficio o a instancia de parte y, es, imprescriptible<sup>99</sup>. Puesto que la nulidad absoluta comporta que la ley considere que la transacción no ha existido, los herederos forzosos podrán reclamar la legítima, pese al negocio realizado<sup>100</sup>.

Como consecuencia de la ineficacia total del negocio realizado sobre la legítima futura, el artículo 816 del Código civil establece que «deberán

<sup>96</sup> Es la interpretación de GARCÍA GOYENA al artículo 646 del Proyecto de Código civil isabelino: «Toda renuncia ó transacción sobre la legítima futura entre aquellos que la deben y sus herederos forzosos, es nula; y los segundos podrán reclamarla cuando mueran los primeros; pero deberán traer á colación lo que hubieren recibido por la renuncia ó transacción». GARCÍA GOYENA, Florencio: *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, II, ob. cit., pág. 96.

<sup>97</sup> VALLET DE GOYTISOLO, Juan: *Comentario al artículo 806 del Código civil en Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, dirigidos por Manuel ALBALADEJO, Tomo IX, EDESA, Madrid, 1982, pág. 226. Corresponde a este autor la interpretación de que el inciso «entre el que la deba y sus herederos forzosos» deba atribuirse a la transacción y no a la renuncia al entender que este supuesto ya queda englobado en el adjetivo «toda» referido directamente al término «renuncia».

<sup>98</sup> Así lo estima CASTRO GARCÍA, Jaime de: *Comentario al artículo 816 del Código civil en Código civil, Doctrina y jurisprudencia*, dirigidos y coordinados por José Luis Albácar López, Tomo III, Trivium editorial, Madrid, 1991, pág. 720.

<sup>99</sup> Al respecto coinciden, VALLET DE GOYTISOLO, Juan: *Comentario al artículo 816 del Código civil en Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, dirigidos por Manuel ALBALADEJO, Tomo IX, ob. cit., pág. 227 y CASTRO GARCÍA, Jaime de: *Comentario al artículo 816 del Código civil en Código civil, Doctrina y jurisprudencia*, dirigidos y coordinados por José Luis Albácar López, Tomo III, ob. cit., pág. 719.

<sup>100</sup> MANRESA NAVARRO, José María: *Comentarios al Código Civil español*, ob. cit., página 364: «La palabra podrán se refiere al derecho de los herederos forzosos para pedir, no la nulidad de la renuncia o transacción, sino, a pesar de estos actos, su legítima. La renuncia o transacción son nulas: la ley las considera como no existentes y, por tanto, el mismo heredero renunciante puede reclamar la legítima, como si no la hubiese renunciado, al tiempo de morir el testador».

traer a colación lo que hubiesen recibido por la renuncia o transacción», es decir, que aquello que ha sido recibido deberá regresar al caudal del que procede. Al respecto, se ha interpretado que la expresión traer a colación no debe interpretarse en su sentido técnico, jurídicamente restringido, sino que significa «imputar a la legítima»<sup>101</sup>.

En suma, la transacción sobre legítima futura en el Código civil es nula en atención al aspecto de contrato sucesorio del negocio y no por la expectativa futura del derecho porque, abierta la sucesión, son válidos los pactos sobre la legítima, siendo los más frecuentes en la práctica los de renuncia, en términos transaccionales, entre legitimarios y herederos, a las acciones derivadas de la infracción de la legítima<sup>102</sup>.

### 3. LOS LÍMITES DEL OBJETO DE LA TRANSACCIÓN

La extensión de la transacción se encuentra determinada en el párrafo primero del artículo 1.815 del Código civil. El fundamento de los límites del objeto de la transacción previstos en este precepto estriba en que, fijada la controversia, la transacción debe versar sobre ella, puesto que la transacción surte el efecto como si de una sentencia se tratara y toda sentencia para ser congruente y válida, necesita resolver todos los puntos que fueron objeto de discusión en la contienda<sup>103</sup>.

<sup>101</sup> VALLET DE GOYTISOLO, Juan: Comentario al artículo 816 del Código civil en Comentarios al Código civil y compilaciones forales, dirigidos por Manuel ALBALADEJO, Tomo IX, ob. cit., pág. 228.

<sup>102</sup> En el Codi de Successions per causa de mort en el Dret civil de Catalunya, Ley 40/1991, de 30 de diciembre, el artículo 377 dispone que: «Són nuls tota renúncia de llegítima no deferida i tot pacte o contracte de transacció o d'una altra índole sobre ella. No obstant això, són lícits:

1r. El pacte de supervivència efectuat entre consorts en capítols matrimonials pel qual el qui resulti sobrevivent renúncia la llegítima que li podria correspondre en la successió intestada de llur fill impuber.

2n. El pacte entre ascendents i descendents en escriptura pública de capítols matrimonials, de constitució doial o de donació pel qual el descendent que rep del seu ascendent béns o diners en pagament de llegítima futura renúncia el possible suplement. No obstant això, aquesta renúncia és rescindible per lesió en més de la meitat del seu just valor, a partir del seu atorgament, atès l'import a què ascendiria la llegítima del renunciant en la data expressada».

El artículo 377 del Codi de Successions declara la nulidad de la renuncia a la legítima no deferida, así como la de todo pacto o transacción sobre la legítima futura, en aplicación de la regla general sobre la nulidad de pactos y contratos sobre sucesión no abierta, establecida en el artículo 7 de este mismo cuerpo legal. «La renúncia realitzada abans que sorgeixi el dret del legitimari és nül·la, tant si ha tingut lloc com a conseqüència d'una donació, com si és totalment gratuïta». Así lo interpreta ROCA I TRIAS, Encarna en PUIG I FERRIOL, Lluís i ROCA I TRIAS, Encarna: *Institucions del Dret Civil de Catalunya*, Dret de Successions, Volum III, Tirant lo Blanch, València, 1992, págs. 426 y 427.

<sup>103</sup> MANRESA Y NAVARRO, José María: *Comentarios al Código Civil español*, Tomo XII, ob. cit., pág. 120.

Los objetos que comprende la transacción son habitualmente<sup>104</sup> considerados de conformidad en la sentencia de 11 de noviembre de 1904, según la cual «en todo contrato de transacción deben entenderse resueltas y terminadas cuantas cuestiones tengan relación directa con el objeto transigido, en tanto no exista excepción expresa». Por tanto, según dicha sentencia, la transacción por la que se dio terminación a un pleito sobre nulidad de la cesión de las rentas de una casa, hecha por el padre del contrayente durante la menor edad del mismo, dándose por cancelado y extinguido dicho contrato, y por renunciados los derechos y acciones que mutuamente pudieran asistir a ambas partes, dejó implícitamente resuelta toda cuestión sobre las rentas recibidas anteriormente, por lo que la acción dirigida a la devolución de las mismas es impertinente por cuanto que iría en contra del tenor y alcance del acuerdo transaccional.

Este primer párrafo del artículo 1.815 se considera<sup>105</sup> como una concreción del artículo 1.283 del Código civil el cual previene que no deberán entenderse comprendidos en el contrato cosas distintas y casos diferentes de aquellos sobre los que los contratantes se propusieron contratar. Se trata, pues, de una norma específica de interpretación, aquí del contrato de transacción en especial, compatible con las generales de la contratación. Así lo establece a título de ejemplo la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de junio de 1946<sup>106</sup>. Esta resolución judicial señala que el artículo 1.815 del Código civil no prohíbe que lo acordado en un contrato transaccional pueda interpretarse por las normas generales de la hermenéutica contenidas en el Código civil, estando reducida la limitación que este precepto contiene relativa a la determinación del objeto de la transacción, que debe hacerse de un modo expreso o en todo caso inducirse de los términos empleados en el contrato, pero sin que éste alcance a las demás estipulaciones que fijen las respectivas obligaciones que contraen los que celebren la transacción<sup>107</sup>.

Por su naturaleza, la transacción es objeto de interpretación restrictiva. Por consiguiente, su eficacia no puede alcanzar a otros objetos que los expresados determinadamente en ella, o que, por una inducción ne-

<sup>104</sup> OGÁYAR AYLLÓN, Tomás: Comentarios al Código civil y compilaciones forales, dirigidos por Manuel ALBALADEJO, Tomo XXII, Vol. 2.º, ob. cit., 1979.

<sup>105</sup> VÁZQUEZ GUNDIN, Eugenio: *Código Civil de Quintus Mucius Scaevola*, ob. cit., páginas 354 y 355; OGÁYAR AYLLÓN, Tomás: Comentarios, ob. cit., pág. 49 y GULLÓN BALLESTEROS, Antonio: Comentario a los artículos 1.809 a 1.819 del Código civil, cit., pág. 1773.

<sup>106</sup> STS 26 de junio de 1946 (Ar. 841).

<sup>107</sup> En Derecho francés, TROPLONG: *Le Droit Civil* ..., Tome dix-septième, ob. cit., páginas 632 y ss., a propósito de los artículos 2.048 y 2.049 del Code.

cesaria de sus palabras, deban reputarse comprendidas en la misma, de acuerdo con el tenor literal del artículo 1.815 del Código civil. No obstante, cuando la redacción no es suficientemente clara, de tal modo que se originan dudas que pueden suponer la formación de criterios distintos, la transacción debe interpretarse en relación con los artículos 1.281 y siguientes del Código civil, porque el artículo 1.815 es una norma complementaria de interpretación <sup>108</sup>.

Por su parte, el párrafo segundo del artículo 1.815 del Código civil establece como presupuesto la cláusula general de renuncia a las acciones o pretensiones o derechos que uno de los transigentes tenga contra el otro, y prescribe que ésta se entienda limitada a los relacionados con la controversia transigida <sup>109</sup>. Así las cosas, la renuncia de derechos tiene que seguir la naturaleza de la transacción y de ahí que deba entenderse limitada a los mismos objetos, es decir, las diferencias puestas de relieve por las partes en la controversia sostenida por las mismas, sobre las que la transacción ha de versar <sup>110</sup>. Por todo ello, si nada se dice en contrario, se estima la eficacia y validez de los pactos anteriores siempre que no aparezcan modificados por la transacción y que la renuncia de acciones se refiere a las que pudiesen ejercitarse y no a las anteriormente utilizadas.

En el caso de que la renuncia sea general, es decir, que las partes estipulen que después de la transacción no queda cuestión alguna pendiente entre ellas, debe considerarse que en aquélla se comprenden todas las cuestiones que hubiera entre los contratantes. Igualmente, deben considerarse comprendidas en la transacción aquellas cuestiones que, por inducción necesaria de sus palabras, deban reputarse incluidas en ella.

<sup>108</sup> STS 15 de marzo de 1949: «porque calificado el convenio, por el actor, de transacción, para que el objeto del mismo lo fuera la pretendida obligación sería preciso que se hubiera determinado, clara y concretamente, en sus artículos, conforme estatuye el artículo 1.815 del Código civil —que es en este caso norma complementaria de interpretación— en vez de consignarse en las palabras preliminares del documento, con tal falta de claridad e imprecisión que fuese imposible inducir de ellas, como acertadamente afirma la Sala sentenciadora, la existencia del vínculo contractual, ...».

<sup>109</sup> GULLÓN BALLESTEROS, Antonio: Comentario a los artículos 1.809 a 1.819 del Código civil, ob. cit., pág. 1773.

<sup>110</sup> Respecto de la renuncia expresa en la transacción, cabe destacar una reciente sentencia del Tribunal Supremo en la cual la Sala desestima el recurso interpuesto por la parte demandada que pretendía que se revocara la sentencia en la cual se le condenaba al pago de las cantidades correspondientes al lucro cesante, por cuanto que esta parte entendía que, con base en los documentos transaccionales aportados a la demanda, debía ser absuelto de los daños y perjuicios que en ejecución de sentencia se pudiesen determinar. La sentencia de 1 de febrero de 2001 (Ar. 1159) interpretó que del examen del contrato nada se pactó de forma expresa en relación con el lucro cesante.

Por este motivo se interpreta que cualquier deducción no basta sino sólo la que necesariamente derive de sus términos <sup>111</sup>.

De los elementos esenciales de todo negocio jurídico, nos resta tan sólo tratar el elemento causal que, en la transacción, también adquiere una especial significación, sobre todo, desde la perspectiva de la función económico-social que ésta desempeña. En este apartado, analizaremos la causa de la transacción desde su doble perspectiva, objetiva y subjetiva, así como su causa onerosa, el *timor litis* como uno de los motivos que pueden dar lugar a la celebración de una transacción, para terminar con el estudio de los supuestos de ausencia de causa en la transacción, previstos por el ordenamiento jurídico.

### C. EL ELEMENTO FUNCIONAL: LA CAUSA

La determinación de la causa en la transacción tiene por objeto primordial el concretar cuál es el sentido que este elemento esencial del contrato adopta en este preciso negocio jurídico. Para ello, abordaremos el estudio de esta exigencia legal teniendo en cuenta la función que ésta desempeña <sup>112</sup>, desde su doble perspectiva objetiva y subjetiva <sup>113</sup>.

<sup>111</sup> OGÁYAR AYLLÓN, Tomás: Comentarios al Código civil y compilaciones forales, dirigidos por Manuel ALBALADEJO, Tomo XXII, Vol. 2.º, ob. cit., pág. 49.

<sup>112</sup> La causa desempeña, en primer lugar, una función caracterizadora del negocio jurídico. Cuando el negocio esté tipificado, la causa se define, en una primera aproximación, como la función o la finalidad socioeconómica legalmente tipificada. En este sentido, es «la razón que justifica el que un determinado negocio jurídico reciba la tutela y la protección del ordenamiento jurídico». Los diversos negocios jurídicos responden a una función económica típica y es, precisamente, el cumplimiento de dicha función típica la que constituye la razón de su reconocimiento legislativo y de su eficacia. Es, justamente, esta función la que individualiza los distintos negocios jurídicos, la que ofrece los criterios para su distinción y que es la base de su disciplina legislativa. Aquí nos referimos, por tanto, al aspecto objetivo de la causa en cuanto se trata de un fin típico y constante del negocio jurídico de que se trate o, también, un fin socialmente útil, al margen de los motivos que pudiesen inducir a las partes a la celebración del negocio en cuestión. Como consecuencia de esta distinción entre la finalidad propia del contrato y los motivos que impulsan a las partes a celebrarlo, también se ha considerado que este significado objetivo de la causa bien pudiera calificarse como abstracto. En esta misma línea, el concepto de causa en todo contrato responde también a la clase de causa que se ha calificado como final. En este sentido y de conformidad con una de las clasificaciones escolásticas, la causa final es aquella para lo que se realiza alguna cosa o, lo que es lo mismo, aquella que se desprende de la cuestión relativa a la finalidad de un determinado acto. Frente a la causa final se sitúa la causa eficiente entendida como aquella por la que se hace algo o, dicho de otro modo, aquella que resulta de preguntarnos de qué deriva un determinado acto o efecto. Al respecto y puesto que es irrelevante para el ordenamiento jurídico lo ocurrido con anterioridad al contrato (causa eficiente), la causa del contrato, en general, y de la transacción, en particular, es una causa final. Como tal causa final se entiende, pues, el objetivo que un sujeto pretende alcanzar como efecto inmediato

## 1. LA CAUSA DEL CONTRATO DE TRANSACCIÓN

Corresponde, en primer lugar, la fijación del aspecto objetivo de la causa de la transacción o, dicho de otro modo, la especificación de la función socioeconómica de dicho contrato. La finalidad concreta de este negocio jurídico se deriva del fundamento propio del instituto previsto en

---

de la atribución negocial realizada. O dicho de otro modo, el sujeto pretende alcanzar un determinado resultado el cual considera, correcta o incorrectamente, que se producirá como consecuencia de la atribución patrimonial que realiza. En este sentido, la causa se configura como la intención del sujeto.

No obstante, se ha entendido que puede existir un motivo determinante o incorporado a la causa que pudiese conllevar la tacha de ilicitud causal del negocio, por lo que se ha considerado precisa la fiscalización de la voluntad de los particulares. En este sentido, se trata del aspecto subjetivo de la causa, que se analiza desde la perspectiva de la causa concreta. Este aspecto viene referido al propósito concreto de las partes que pretenden alcanzar un resultado específico con el negocio. Este aspecto subjetivo de la causa adquiere especial relevancia cuando el negocio realizado no encaja en ninguno de los tipos negociales legalmente previstos, esto es, cuando el negocio no es típico. En este caso la finalidad real de las partes contratantes, esto es, la causa concreta, será tenida en cuenta para tratar de acomodar el negocio en alguna de las causas genéricas previstas en el artículo 1.274 del Código civil.

La invocación de la causa en el negocio jurídico sirve de justificación a la nulidad de un negocio simulado o para el descubrimiento de la realidad negocial que se esconde bajo una causa falsa. La causa también se exige para explicar que un negocio válidamente celebrado deje de surtir efectos por los siguientes motivos: bien porque no se alcanza el resultado previsto, como en el caso de la resolución de contratos bilaterales por incumplimiento de las obligaciones de uno de los contratantes o, también, porque el resultado no es equitativo o se persigue una finalidad que podría calificarse como fraudulenta, como son los casos en que se solicita la rescisión del contrato celebrado en fraude de acreedores.

<sup>113</sup> En relación con la causa, la doctrina se ha dividido mayoritariamente en dos corrientes principales, la subjetiva y la objetiva. Sin entrar en los pormenores de cada una de estas posturas doctrinales, cabe destacar que los defensores de la concepción subjetivista de la causa abogan, en líneas generales, por que ésta es el motivo o la razón jurídica que determina que las partes celebren el contrato en cuestión de que se trate. En primer término se sitúa, por tanto, la voluntad y las motivaciones de la actuación de las partes. Algunas matizaciones con respecto a esta teoría general han dado lugar a otras subcorrientes en las que, sin abandonar el cauce mayor de la subjetividad de la causa, destacan otros rasgos como son, a título de ejemplo, el poder de la voluntad de las partes de crear aquellas relaciones que estimen convenientes y la valoración de los motivos individuales, entendido como el fin concreto que las partes pretenden conseguir.

Frente a ellas, las teorías objetivas se agrupan en torno a dos consideraciones concretas de la causa cuales son, de un lado, la justificación de la atribución patrimonial y, de otro lado, como tipificación legal del negocio en concreto. En ellas, la voluntad y la motivación que lleva a las partes a contratar es relegado a un segundo plano y adquieren plena relevancia la consideración de la causa como la justificación de la atribución patrimonial y como el elemento de tipificación de los negocios.

Tanto las teorías subjetivas cuanto las objetivas han recibido las respectivas críticas. De las primeras se ha objetado que ignoran la función del Derecho y que no atienden a la ordenación legal puesto que al ser considerada la causa solamente como motivación psicológica no habrá la posibilidad de la existencia de un contrato sin causa porque incluso un demente actúa impulsado por motivos determinados. En cuanto a las segundas, se ha argumentado

el artículo 1.809 del Código civil. La expresión «por el que las partes (...) evitan la provocación de un pleito o ponen término al que había terminado» contenida en este precepto alberga la finalidad que los contratantes pretenden al celebrar este negocio jurídico.

### a) El aspecto objetivo

Una interpretación literal de la expresión citada nos conduciría a la afirmación que la función primordial del contrato de transacción es la evitación de la celebración de un juicio, haya sido presentada o todavía no la correspondiente demanda. Sin embargo, consideramos que esta expresión, en realidad, encierra la finalidad ulterior que persiguen los contratantes cuando consienten en la celebración de este específico contrato cual es la superación de la controversia o, lo que es lo mismo, la situación litigiosa <sup>114</sup>.

En este sentido, el hecho de que la celebración del contrato de transacción, con la finalidad de dar por terminada la cuestión litigiosa en la que las partes se hallaban inmersas, comporte la evitación o la terminación de un pleito ya comenzado no es más que una consecuencia, precisamente, del propósito que ellas persiguen. En efecto, que los contratantes persigan la evitación o terminación de un pleito no es más que uno de los posibles motivos que podrían mover a las partes a la celebración de este contrato.

La causa entendida como la función socioeconómica del instituto de la transacción es la superación de la controversia. El ordenamiento jurídico reconoce e individualiza un contrato específico cuya finalidad está

---

que la causa como elemento que tipifica el contrato no es suficiente puesto que la causa tiene que ser lícita y no contraria a la ley o a la moral, según establece el artículo 1.275 del Código civil, calificación ésta que viene determinada por la conducta de cada una de las partes contratantes. De todo ello se deriva el que parezca conveniente entender que la causa como elemento esencial del negocio tiene, al mismo tiempo, un aspecto objetivo y un aspecto subjetivo. La combinación de esta doble perspectiva se comprende al tenerse en cuenta las funciones que la causa está llamada a cumplir.

<sup>114</sup> La causa del contrato no debería asimilarse al objeto del contrato. En su sentido objetivo, la causa de la transacción consiste en la superación de la controversia mientras que objeto del contrato lo son las materias que configuran las obligaciones de las partes o, en atención a que la causa es la terminación de la controversia, el objeto también sería la controversia, por sí sola, sin ningún matiz de pretender superarla. Es la superación de la controversia, la causa del contrato de transacción. Al respecto de la identificación entre la causa y el objeto del contrato de transacción se pronuncia MOURLON, Frédéric: *Répétitions écrites sur le Code Civil*, Tome troisième, ob. cit., pág. 538, 1174.

en la superación de las posibles controversias, las situaciones litigiosas que surjan entre las partes <sup>115</sup>.

El contrato de transacción comporta la finalización de la incertidumbre que provoca la controversia. El conflicto de intereses cualificado respecto de un derecho patrimonial provoca que surja la incerteza acerca de a cuál de las partes corresponde la titularidad de este derecho y, por consiguiente, su ejercicio. Mediante la transacción, las partes alcanzan un acuerdo por el cual la incerteza generada por dicha controversia es eliminada. La incertidumbre que caracteriza una relación jurídica sobre la cual ha surgido la controversia entre las partes queda suprimida por la certeza que proporciona, en principio <sup>116</sup>, la nueva relación jurídica establecida en el contrato de transacción. Así lo entendió, por ejemplo, la sentencia del Tribunal Supremo del 20 de octubre de 1954 <sup>117</sup>.

Una vez vencida la controversia y fijada la relación jurídica cierta que se establecerá desde el momento de la celebración del contrato entre las partes, el hecho de tener que acudir al auxilio de los Tribunales para la solución de una situación litigiosa carece de todo sentido. Por tanto, la evitación del pleito o la terminación del que ya había comenzado no es más que una consecuencia de la superación de la controversia de las partes. En este sentido, la transacción es un medio de autocomposición de controversias, en cuanto son las partes por sí solas las que configuran la relación jurídica por la que se regirán, eliminando la incertidumbre que la controversia conllevaba y sin necesidad de la intervención de un tercero extraño a la relación.

<sup>115</sup> En esta misma línea, podría entenderse que la transacción es un modo de terminar las diferencias que dividen a las partes. En este sentido lo entiende Carlos MAYNZ al tratar de los medios de extinción de las acciones en MAYNZ, Carlos: *Curso de Derecho romano*, ob. cit., pág. 578.

<sup>116</sup> Decimos en principio porque podría darse el caso de que la relación jurídica que se deriva del contrato de transacción también genere sus propias controversias por lo que también conllevará el nacimiento de la incertidumbre correspondiente. Sin embargo, esta situación descrita es una patología que, pudiendo ocurrir, consideramos que se encuentra restringida a aquellos contratos de transacción complejos en los cuales las prestaciones de las partes no consisten sencillamente en la renuncia a una parte o al todo de las respectivas pretensiones sino en el establecimiento de obligaciones o, también, constitución de otras relaciones jurídicas que, por su propia configuración o, también, por los acuerdos específicos tomados por las partes, favorecen el nacimiento de incertidumbres acerca de los derechos que corresponden a cada una de ellas.

<sup>117</sup> STS 20 de octubre de 1954 («... la causa de los contratos de transacción radica en lo que constituye su finalidad de dar certeza a las relaciones jurídicas que median entre los contratantes para evitar que se promueva un litigio o para dar fin al ya iniciado - es suficiente para que la causa exista una incertidumbre puramente subjetiva, motivada por la mera discusión y desacuerdo consiguiente entre las partes y capaz de provocar el que sigan un pleito, ...»).

A pesar de todo lo anterior, la expresión recogida en el artículo 1.809, *in fine*, del Código civil también podría considerarse como el motivo que mueve a las partes a celebrar este específico contrato y elevarlo a causa del contrato. En este sentido y atendiendo a la literalidad del precepto la función socioeconómica del contrato de transacción resultaría ser la evitación o la terminación de pleitos. Según esta postura, el instituto de la transacción se configuraría como una figura prevista en un ordenamiento jurídico que centra el punto de mira de su justificación en los pleitos. Al respecto, la transacción se constituiría en un medio de eludir los pleitos.

En relación con esta consideración de la evitación o terminación del pleito como causa de la transacción hay que decir lo siguiente. En primer lugar, los motivos que pueden llevar a las partes a realizar un contrato de transacción no tienen por qué consistir únicamente en el temor de un pleito con base en las razones que sean (las molestias, los gastos o la aleatoriedad de un juicio). El propósito de las partes a la hora de celebrar un contrato de transacción puede responder a otros móviles distintos. Así, por ejemplo, y entre muchos otros, se puede obrar por razones de paz familiar, de comodidad, o de condescendencia, si se quiere. Por consiguiente, si bien es cierto que la idea del pleito acostumbra a ser un pensamiento habitual en la mente de los sujetos inmersos en una controversia o situación litigiosa, lo cierto es que no necesariamente éste sea el motivo que induzca a las partes a celebrar un contrato de transacción. Antes bien, se trata sólo de una referencia para fundamentar y comprobar la seriedad de la controversia en cuanto que susceptible de un tratamiento procesal. Entendemos que la causa del contrato de transacción debe consistir, como decíamos, en una constante de todo negocio realizado en los términos previstos en el artículo 1.809 y siguientes del Código civil, con independencia del motivo que ha propiciado su celebración. En este orden de cosas, por tanto, la causa de este contrato no puede consistir en este único y concreto motivo que habría sido elevado a la categoría de causa del contrato de transacción <sup>118</sup> habida cuenta que, con ello, se desvirtuaría el instituto convirtiéndolo en un mero instrumento de utilización poniéndolo siempre en relación con un proceso judicial. Por el contrario, y de forma paralela a esta concepción eminentemente procesal de la figura de la transacción, la consideración de la causa de la transacción como el medio para conseguir la superación de controver-

<sup>118</sup> Así lo interpretó el Tribu Gillet en la discusión del *Code Napoléon*. En concreto, entendió que «*Toute convention a une cause; celle de la transaction est la crainte des procès, propter timorem litis.*» FENET, Pierre Antoine: *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, ob. cit., pág. 127.

sias jurídicas se ajusta más a una noción global del instituto sin estar tan polarizada por el efecto procesal que de ella se deriva. Con ello, quedan recogidos cualquiera de los móviles que impulsan a las partes el inclinar la balanza del lado de la transacción frente al de otros tipos de superación de controversias.

En segundo lugar, la consideración de la evitación o la terminación de un pleito como causa del contrato supone que el pleito constituye el centro y el modo por excelencia de solución de conflictos, de tal manera que la transacción se configura como el medio alternativo a la vía judicial. En cierto sentido, con ello le es otorgado al proceso judicial una preeminencia respecto de otras formas de resolución de controversias cuando, de hecho, esta preponderancia no tiene razón de ser. Al respecto, consideramos que cualquiera de los modos de superación de controversias reconocidos por el ordenamiento jurídico podrían situarse, desde esta perspectiva, en un mismo plano de igualdad. Así, en un mismo nivel se situarían el proceso judicial, el contrato de transacción, el arbitraje, la mediación, y cualquiera otra de las formas que pudieran surgir. Todos ellos tienen como denominador común la finalidad que persiguen cual es la resolución de situaciones litigiosas y como elementos diferenciados entre unos y otros los distintos modos de alcanzar esta finalidad, ya sea en atención al sujeto o sujetos que intervienen en la resolución o, también, en función de los elementos concretos del instituto de que se trate. Por contra, la preeminencia como modo de resolución de conflictos debería reconocerse al contrato de transacción, donde las propias partes libremente arreglan y componen sus intereses.

La asimilación de la transacción al pleito se demuestra por cuanto el efecto primordial y característico que se predica de la transacción es el de la autoridad de la cosa juzgada. Este efecto tiene la virtualidad de significar que respecto de la controversia que haya sido decidida mediante un contrato de transacción no puede volver a incidirse sobre ella en modo alguno, contractual, arbitral o judicialmente. Sin embargo, este efecto puede interpretarse como un plus que el ordenamiento jurídico concede a este contrato específico por la concreta función que desempeña. Precisamente, la tipicidad del contrato de transacción denota el reconocimiento del ordenamiento jurídico respecto de un contrato con la configuración concreta que le caracteriza, no como un modo alternativo a la resolución judicial de las controversias, sino con entidad propia, si bien, por la incidencia de dicho instituto en el proceso judicial y en cuanto se constituye como uno de los motivos habituales, por razón del cual las partes consienten en la celebración de este contrato, se trata de figuras afines.

Otra razón que justificaría la postura de que la causa de la transacción es la superación de controversias y no, únicamente, la evitación o la terminación de un pleito reside en el hecho de que también un proceso arbitral puede terminar o evitarse mediante la celebración de las partes en la controversia de un contrato de transacción. La naturaleza jurídica de este instituto no queda alterada por el hecho de que con él se ponga fin a un proceso arbitral en lugar de uno jurisdiccional puesto que la evitación o terminación del pleito no constituye la causa de este contrato. En todo caso, esta pretensión podría constituir uno de los motivos por los cuales una o ambas partes consienten en la celebración de este singular contrato o, también, será una de las consecuencias que se deriven de la superación de la controversia, lo hayan pensado o no las partes. En efecto, dejando de lado el hecho de que éste pueda ser uno de tantos motivos que inducen a las partes a la celebración de este negocio, una de las consecuencias que se desprenden de este instituto es que con ello ponen término o evitan la resolución judicial. Siendo cierto lo anterior, de conformidad con la literalidad de la norma del precepto 1.809 del Código civil y con el especial efecto que este contrato supone de acuerdo con la disposición legal prevista en el artículo 1.816 del Código civil relativo a la autoridad de la cosa juzgada, se podría considerar que la transacción también supone el cierre de cualquier otra vía de solución de controversias como podría ser el arbitraje.

El arbitraje se configura como otro medio de composición de controversias. Por consiguiente, una vez superada una controversia concreta y delimitada por la vía del contrato de transacción, la figura del arbitraje pierde toda su virtualidad en el supuesto en que una de las partes pretendiera una nueva composición de esa misma situación litigiosa.

Con todo ello queremos decir que habida cuenta que la transacción no tiene como finalidad esencial la evitación o terminación de un pleito porque también puede concebirse para la evitación o terminación de un procedimiento arbitral, la causa final debe consistir en algo distinto y de ahí que se deba entender por tal concepto la superación de una controversia.

En suma, la causa de la transacción, en su aspecto objetivo, es decir, respecto de la función socioeconómica que desempeña se corresponde con la idea de la superación de las controversias surgidas entre las partes<sup>119</sup>.

<sup>119</sup> Así, LUNA SERRANO señala que «... el significado de la causa transaccional supone en los contratantes la decisión de liquidar definitivamente la cuestión existente entre ellos...». LUNA SERRANO, Agustín: *La transacción* en Elementos, ob. cit., pág. 546.

## b) El aspecto subjetivo

Por lo que al aspecto subjetivo de la causa en la transacción se refiere, hay que señalar dos cuestiones. En primer lugar, debemos decir que pese a que la transacción es un contrato típico, el estudio del aspecto subjetivo de la causa no pierde ni un ápice de virtualidad. En efecto, pese a la tipicidad del contrato de transacción lo que comporta un menor nivel de exigencia en el momento de la prueba de la causa de este negocio<sup>120</sup>, cada contrato de transacción responde a una causa concreta que no es otra que el propósito real por el cual las partes se comprometen a realizar el contrato y como tal bien pudiera ser que la finalidad concreta que pretenden las partes fuese contraria a las leyes o a la moral<sup>121</sup> por lo que la causa del contrato en concreto podría ser tachada de ilícita, en los términos establecidos en el artículo 1.275 del Código civil. En este sentido, las partes podrían pretender la resolución de situaciones no queridas por el ordenamiento jurídico.

El ordenamiento jurídico ha procurado<sup>122</sup> la evitación de aquellas conductas que comporten una vulneración de las normas que lo configuran o, también, de las buenas costumbres, como concepto idéntico al de la moral. En esta línea, se considera a los negocios jurídicos cuya cau-

<sup>120</sup> Al respecto de la relación entre la tipicidad y la causalidad adquiere aquí pleno significado la regla según la cual la tipicidad y la causalidad son inversamente proporcionales ya que, a mayor tipicidad de un contrato, menor causalidad y a la inversa, esto es, a menor tipicidad, mayor causalidad. Esta regla pretende poner de relieve que cuanto más típico es un contrato menores serán las averiguaciones que deban realizarse en aras de comprobar la causa del contrato, en aras de su reconocimiento como negocio jurídico y como tal susceptible de amparo y tutela por el ordenamiento jurídico. Al respecto, cuanto más típico sea un contrato, menor será la posibilidad de que se trate de un contrato con causa ilícita, habida cuenta que se considera causa ilícita aquella que se opone a las leyes y a la moral, en los términos del artículo 1.275 del Código civil. Al respecto, teniendo en cuenta que los contratos típicos son aquellos regulados por ley, difícilmente, podrán ser tachados de causa ilícita (cuanto menos, por lo que se refiere a la causa en su aspecto objetivo, esto es, como la función socioeconómica que se predica de él). En cambio, cuanto más atípico es un contrato, el grado de las averiguaciones que deban realizarse para comprobar la licitud de su causa será mayor que en los típicos. En ellos, la falta de regulación concreta, que deriva, precisamente, en la calificación de atípicos, comporta un mayor control y fiscalización de la causa por la cual las partes han celebrado el negocio en concreto.

<sup>121</sup> Viene siendo admitida por la doctrina jurisprudencial la teoría subjetiva de la causa individual que eleva el móvil a la categoría de verdadera causa en sentido jurídico, sobre todo cuando imprime a la voluntad la dirección finalista e ilícita del negocio. Así lo entiende PENA BERNALDO DE QUIRÓS: «Causa ilícita y fraude de acreedores» en *Anuario de Derecho civil*, 1962, págs. 1086 a 1090.

<sup>122</sup> Así, SÁNCHEZ ROMÁN enuncia los pactos con causa ilícita mencionados por las Leyes de Castilla en SÁNCHEZ ROMÁN, Felipe: *Estudios de Derecho Civil*, Tomo cuarto, ob. cit., páginas 205 a 208.

sa es contraria a la Ley<sup>123</sup> o a la moral como ilícitos, sancionándolos con la nulidad de los mismos. La justificación de esta consideración de la ilicitud de la causa viene caracterizada fundamentalmente por la lesión de un interés general, de orden jurídico o moral<sup>124</sup>, de tal modo que cuando no se produce esta lesión, no hay razón para que entre en juego el mecanismo de la ilicitud causal<sup>125</sup>.

En cuanto al negocio con causa ilícita, deben distinguirse dos aspectos: de un lado, el aspecto objetivo, relativo a la ilicitud de la causa del negocio por ser ésta contraria a las leyes o las buenas costumbres; determinante de la nulidad sancionada en el artículo 1.275 del Código civil, junto con las consecuencias previstas en el artículo 1.305 del Código civil<sup>126</sup>, si es el caso y, de otro lado, el aspecto subjetivo, relativo a la culpabilidad o torpeza de la conducta de los contratantes en el momento de la celebración de dicho contrato, en cuyo caso se deberá estar a lo dispuesto a la norma prevista en el artículo 1.306 del Código civil<sup>127</sup>. Como

<sup>123</sup> Al respecto, es de destacar la sentencia del Tribunal Supremo 3 de junio de 1902 en cuanto que se refiere a un pacto recogido en un contrato de transacción que vulnera una ley propia de Cataluña y lo establece en los siguientes términos «Considerando que el convenio celebrado entre dos interesados en la herencia X y contenido en los cuatro pactos del supuesto 12.º de la escritura particional, constituyó una verdadera transacción como expresaron los contrayentes, quienes en evitación de ulteriores litigios cedieron en parte sus derechos; y si bien fue por lo mismo lícito su objeto, no así el que dio origen al pacto 4.º, por versar sobre herencia futura de persona viva, pacto prohibido, según queda expuestos, por la ley romana aplicable en Cataluña, y contraria a lo establecido en la Constitución 1.ª, tít. 2.º, libro 6.º, volumen 1.º de las de aquella región».

<sup>124</sup> Así se pronuncia la STS de 14 de diciembre de 1940 y, también, la de 29 de octubre de 1960.

<sup>125</sup> TORRALBA, Vicente: «Causa ilícita: exposición sistemática de la jurisprudencia del Tribunal Supremo», en *Anuario de Derecho civil*, 1966, pág. 690.

<sup>126</sup> Como es sabido, el artículo 1.305 del Código civil dispone las consecuencias que se derivan cuando el hecho que ha provocado la nulidad por la ilicitud de la causa (o del objeto) del contrato celebrado constituye delito o falta común a ambos contratantes en los siguientes términos. Artículo 1.305 del Código civil: «Cuando la nulidad provenga de ser ilícita la causa u objeto del contrato, si el hecho constituye un delito o falta común a ambos contratantes, carecerán de toda acción entre sí, y procederá contra ellos, dándose, además, a las cosas o precio que hubiesen sido materia del contrato, la aplicación prevenida en el Código penal respecto a los efectos o instrumentos del delito o falta».

<sup>127</sup> El artículo 1.306 del Código civil, como es conocido, reza lo siguiente: «Si el hecho en que consiste la causa torpe no constituye delito ni falta se observarán las reglas siguientes:

1.º Cuando la culpa esté de parte de ambos contratantes, ninguno de ellos podrá repetir lo que hubiera dado a virtud del contrato, ni reclamar el cumplimiento de lo que el otro hubiese ofrecido.

2.º Cuando esté de parte de un solo contratante, no podrá éste repetir lo que hubiese dado a virtud del contrato, ni pedir el cumplimiento de lo que se le hubiera ofrecido. El otro, que fuera extraño a la causa torpe, podrá reclamar lo que hubiera dado, sin obligación de cumplir lo que hubiera ofrecido.»

en todo contrato, también en la transacción, la determinación de las reglas del artículo 1.306 del Código civil, aplicable al caso concreto, estará supeditada a una delicada valoración ética de la actuación de los contratantes<sup>128</sup>. Una vez fijada la conducta de cada una de las partes podrá determinarse la existencia de culpa en una o en ambas y, en consecuencia, la aplicación de la segunda o de la primera de las reglas, respectivamente, establecidas en este precepto<sup>129</sup>.

Así, ha sido considerado<sup>130</sup> que la causa del contrato de transacción celebrado sobre cuestiones que afectan al estado civil de las personas, sobre alimentos futuros o cuestiones matrimoniales de orden distinto a las patrimoniales que de ellas pudieran derivarse podría ser tachada de ilícita en cuanto contraviene la disposición legal contenida en el artículo 1.814 del Código civil y sancionada con la nulidad prevista en el artículo 1.305 o en el artículo 1.306 de este mismo cuerpo legal, según sea el supuesto de hecho producido. Pese a esta interpretación, cabría entender que estos supuestos afectan al objeto, aquí, ilícito, y no a la causa del contrato.

Por consiguiente, inicialmente, la concurrencia de las concesiones mutuas de las partes, incluso sin un equilibrio objetivo, basadas en una causa contractual de transacción, en cuanto contrato oneroso, será suficiente, en principio, para la consideración de la validez del contrato. Sin

---

Este artículo 1.306, como el que le precede, es una concreción de la regla jurídica «*Nemo suam turpitudinem alegant auditur*» elaborada en el Derecho común a partir de los textos provenientes del Derecho romano, plasmados, fundamentalmente, en D. 12, 5 «*De conditiones ob turpem vel iniustam causam*» y previstos también en nuestra legislación patria Partida 5, título 14, ley 47 y siguientes. La aplicación de esta regla supone que el derecho de repetición que se prevé será de aplicación para uno de los contratantes o para ninguno de ellos en función de que sea uno o ambos contrayentes los que incurrir en culpa.

La primera regla de este artículo 1.306 ha sido objeto de crítica por cuanto que establece una sanción extra de privación de acción que, en según qué casos, favorece a la parte contratante que recibe algo y no entrega nada. Así se manifiesta MORALES MORENO, Antonio Manuel: «Intimidación, ausencia de causa, causa ilícita y culpabilidad de los contratantes» en *Anuario de Derecho civil*, 1988, págs. 614 y 615.

<sup>128</sup> En este sentido, MORALES MORENO, Antonio Manuel: «Intimidación, ausencia de causa, causa ilícita y culpabilidad de los contratantes», cit., pág. 617.

<sup>129</sup> Este es el criterio adoptado por la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de diciembre de 1986.

<sup>130</sup> En este sentido lo proclama QUINTUS MUCIUS SCAEVOLA quien, en sede de causa, considera que ilícita es aquella causa que corresponde a un negocio en el cual las prestaciones recaen sobre el estado civil de las personas, el pacto por el que un hijo natural transigiere sobre su filiación o, también, entre otros, señala el caso en que se transige sobre alimentos entre personas obligadas a prestárselos en razón a su próximo parentesco. Al respecto, véase, QUINTUS MUCIUS SCAEVOLA, Tomo XX, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1953, páginas 774 a 778. Esta consideración es ratificada, entre otros, por ATTARD ALONSO, Emilio: «La causa ilícita», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, enero-febrero 1957, pág. 648.

embargo, cuando la prueba de la motivación intencional de una o de ambas partes revele que la causa determinante de la transacción es un medio para alcanzar un fin ilícito, prohibido por la ley o contrario a las buenas costumbres, entonces, este aspecto subjetivo se superpone al concepto de causa objetiva previsto por el Código civil y por ministerio del artículo 1.275 del Código civil comporta la nulidad del contrato<sup>131</sup>.

La segunda de las cuestiones relativas al aspecto subjetivo de la causa de los contratos en general trasladado al instituto de la transacción es la que hace referencia, nuevamente, a los motivos. Al respecto, entendemos que la causa concreta por lo que las partes celebran un contrato de transacción se corresponde con los motivos. En este caso, y dejando al margen la cuestión dogmática de la vertiente objetiva de la causa, los móviles subjetivos que llevan a las partes a pretender celebrar este contrato coinciden con sus motivos. Independientemente de cuál sea la función o la constante que se predica de todo contrato de transacción, la finalidad concreta que las partes persiguen con su celebración tiene su razón de ser en los motivos que les han inducido a ello.

En suma y tras una primera aproximación, cabría afirmar que la causa de la transacción, entendida desde la perspectiva de la función socio-económica que el ordenamiento jurídico atribuye a dicho contrato, es la superación de controversias<sup>132</sup> jurídicas o situaciones litigiosas.

Esta causa específica de la transacción consistente en la superación de controversias origina por sí misma una fuerza contractual específica que supera a la de los demás contratos. Al poner fin a una controversia a través de la celebración de un contrato de transacción, las partes se comprometen a no hacerla renacer. En caso contrario, es decir, en el supuesto en que alguna de las partes quisiera renovar la situación litigiosa, la otra parte podría oponer la excepción correspondiente de cosa juzgada<sup>133</sup>.

En suma, la causa de la transacción cabe encontrarla en la controversia, situación antecedente, que las partes tratan de superar a través de la

---

<sup>131</sup> En este sentido y aplicado a todo tipo de contrato, lo establece ATTARD ALONSO, Emilio: «La causa ilícita», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, enero-febrero 1957, cit., pág. 654.

<sup>132</sup> ACCURSIO señaló que «*Transactio est pactio qua lis vel controversia et res aliqua dubia (...)*» y más adelante, «*Controversia est litis causa*» en ACCURSIO: *Codicis Dn. Iustiniani repetitae praelectionis*, libri duodecim, Lugduni, MDCXXVII, n. 349.

<sup>133</sup> Así lo entendió, a título de ejemplo, SANAHUJA, J. M.ª: «Consideraciones sobre la naturaleza del contrato de transacción y principales cuestiones que plantea», en *Revista de Derecho Privado*, enero-diciembre de 1945, cit., pág. 238.

celebración, precisamente, de este negocio jurídico. Este propósito común del resultado empírico del negocio jurídico de la transacción incide en el presupuesto básico, puesto que las dos persiguen el mismo propósito<sup>134</sup>.

## 2. LA CAUSA ONEROSA EN LA TRANSACCIÓN

El estudio del artículo 1.809 del Código civil revela el carácter oneroso del contrato de transacción, en los términos a los que hemos aludido anteriormente. Esta consideración de la transacción como contrato oneroso nos remite, en sede de causa, al artículo 1.274 del Código civil. Según el tenor literal de este precepto, en su primer inciso: «En los contratos onerosos se entiende por causa, para cada parte contratante, la prestación o promesa de una cosa o servicio por la otra parte; (...)».

De acuerdo con la interpretación literal de la norma de este precepto, para cada parte contratante, la causa es la prestación o promesa de una cosa o servicio por la otra. Trasladando este concepto genérico al caso concreto resulta que, en la transacción, la causa de la renuncia total o parcial a la pretensión de una parte es la renuncia de la otra parte. En el supuesto en que, además de la renuncia parcial mínima a las respectivas pretensiones, las partes hayan acordado el cumplimiento de alguna prestación complementaria, la causa de ellas se corresponderá bien sea, únicamente, con la renuncia a la pretensión de la otra parte o, en su caso, a esta renuncia conjuntamente con otra prestación que hubiesen podido acordar, y viceversa para la otra parte.

Sin embargo, en puridad, la causa no se predica de las respectivas concesiones sino de la consideración de algún fin referente a cada una de ellas. De hecho, es la consideración o representación de un fin relativo a cada una de las concesiones de las partes la causa final que pretenden y no las concesiones en sí mismas<sup>135</sup>.

<sup>134</sup> Así lo expresa DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis: «El concepto de causa en el negocio jurídico», en *Anuario de Derecho civil*, 1963, cit., pág. 32.

<sup>135</sup> Para el jurista SÁNCHEZ-BLANCO el fin relativo a la prestación o promesa de la parte contraria responde al proceso psicológico que, a su juicio, las partes siguen para la obtención ese concreto fin. En su opinión, una de las partes quiere obtener de la otra una prestación determinada y para ello es necesario que la parte contraria quiera realizarla para lo que como medio de obtención de dicha prestación, le ofrece alguna prestación que «colme un interés vital del mismo» con la finalidad de que le proporcione el bien o servicio que desea. SÁNCHEZ-BLANCO y SÁNCHEZ BLANCO, Jaime: «Onerosidad, gratuidad y causa», en *Revista de Derecho Privado*, enero-diciembre de 1952, cit., pág. 485.

Por consiguiente, en la transacción, en cuanto contrato oneroso, la causa del contrato se caracteriza, en los términos empleados por el Tribunal Supremo, por la utilidad recíproca<sup>136</sup>, la mutua conveniencia<sup>137</sup> o el valor análogo de las mutuas prestaciones<sup>138</sup>.

La onerosidad de la transacción, concebida como las concesiones mutuas a las que las partes se comprometen en aras a superar la controversia surgida entre ellos, constituye un elemento determinante y diferenciador de este instituto en relación con otros negocios jurídicos que, también, podrían dar lugar a la finalización de una situación litigiosa. Por este motivo, cabría preguntarse si el carácter esencial que se predica de la onerosidad del contrato de transacción debe configurar el requisito esencial de la causa de dicho contrato. La cuestión se suscita, sobre todo, si tenemos en cuenta que la causa, en su aspecto objetivo, comporta una función caracterizadora del negocio jurídico. En general, la causa de un determinado negocio jurídico en abstracto es una constante que se materializa en los negocios jurídicos en concreto que pudieran realizarse y siempre que se ajusten a los parámetros legales que los configuran. En este sentido, las mutuas concesiones de los contratantes se constituyen en elemento imprescindible y, por consiguiente, constante en el contrato de transacción, a diferencia de otros negocios que alcanzan la misma finalidad resolutoria de situaciones litigiosas pero que lo realizan mediante el sacrificio de una sola de las partes.

Por todo ello, cabría entender que la onerosidad que caracteriza el contrato puede circunscribirse en la causa, precisamente, por su constancia y esencialidad<sup>139</sup>.

Bien es cierto, sin embargo, que la onerosidad es un carácter contractual que responde a la estructura concreta del contenido del negocio, en este caso, transaccional, por lo que, en puridad, podría considerarse que no es un elemento trasladable a su causa. Sin embargo y en la línea anteriormente expuesta, el efecto característico de la transacción

<sup>136</sup> Recientemente, STS 16 de octubre de 1995 (Ar. 7539), STS 7 de marzo de 1996 (Ar. 1942), STS 30 de julio de 1996 (Ar. 6079), STS 13 de octubre de 1997 (Ar. 7073), STS 29 de julio de 1998 (Ar. 6452), entre otras.

<sup>137</sup> Se expresa en estos términos la sentencia del Tribunal Supremo 30 de marzo de 1908, a título de ejemplo.

<sup>138</sup> Así lo establece la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de marzo de 1924.

<sup>139</sup> PESCATORE, G. y RUPERTO, C: *Codice civile* annotato con la giurisprudenza della Corte Costituzionale, della Corte di Cassazione e delle giurisdizioni amministrative superiori, tomo II, ob. cit., pág. 2580: «La causa del contratto di transazione è costituita dallo scopo di por fine ad una controversia fra le parti e dall'esigenza di dirimerla mediante reciproche concessioni».

no está solamente en la superación de la controversia sino también en el medio a través del cual se alcanza dicho objetivo o en el modo en que se consigue dicha finalidad: mediante las renunciaciones mutuas de las respectivas pretensiones, en los términos a los que antes hemos hecho referencia<sup>140</sup>. Por consiguiente, el modo en que las partes alcanzan la finalidad que persiguen es también un carácter asiduo en el perfil del negocio jurídico transaccional y, por ello, podría entenderse incluido en el elemento causal<sup>141</sup> del contrato de transacción<sup>142</sup>.

De hecho, la jurisprudencia del Tribunal Supremo reconoce la cualidad onerosa a la causa de este contrato de transacción en contraposición con la de mera liberalidad que se aplica, en esencia, a la donación<sup>143</sup>.

<sup>140</sup> El precursor de esta postura que considera que la causa está configurada por la finalidad que las partes pretenden alcanzar y por el elemento de las concesiones recíprocas es el jurista italiano CARNELUTTI, Francesco: «Sulla causa della transazione» en *Rivista del Diritto commerciale*, cit., pág. 575: «*Corretamente pertanto la causa della transazione può definirsi come la composizione della lite mediante una parziale rinuncia alle reciproche pretese. Se nella frase "composizione della lite" si ritenesse già implicito il concetto di rinuncia reciproca alle pretese, potrebbe anche omettersi l'ultimo inciso della definizione, in quanto la composizione della lite si distinguirebbe già, per sé, dalla rinuncia (unilaterale alla lite), che non dà luogo a transazione; credo però opportuno che, per maggior chiarezza, quell'inciso sia aggiunto perché effettivamente l'effetto caratteristico della transazione sta non solo nella estinzione o nella prevenzione della lite, ma altresì nel mezzo, per cui a tale risultato si giunge, o nel modo, con cui si raggiunge: aliquo dato aliquo reitente*» y FLUMENE, Francesco: Causa e dissoluzione del negozio transattivo civile, Sassari, Stamperia della Libreria Italiana e Straniera, 1928, pág. 5. Coinciden con CARNELUTTI, GULLÓN BALLESTEROS, Antonio: La transacción, ob. cit., páginas 34 a 37 y PELÁEZ SANZ, Francisco J.: La transacción. Su eficacia procesal, ob. cit., páginas 35 a 38. PELÁEZ considera que además de la superación de la controversia y las recíprocas concesiones existe otro elemento más que configura la causa del contrato de transacción y es el relativo al «*animus transigendi*». Con ello, PELÁEZ se adhiere de forma expresa a la posición manifestada por LUNA SERRANO Agustín: «La ineficacia de la transacción», en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, cit., págs. 115 y 118.

<sup>141</sup> En este sentido, MOXÓ RUANO, Antonio: «Notas sobre la naturaleza de la transacción», en *Revista de Derecho Privado*, septiembre de 1950, cit., pág. 682, la causa objetiva final y constante es la voluntad que decide al contrato y a la asunción de su obligación que consiste en la renuncia de su propia pretensión y la liberación del derecho opuesto para obtener la renuncia de la pretensión contraria y, en consecuencia, la liberación del propio derecho, la determinación de su situación jurídica. En palabras de este autor, esta es la misma causa que la composición de la litis.

<sup>142</sup> La esencialidad de los sacrificios mutuos en la transacción ha sido puesta de manifiesto por la mayor parte de los juristas estudiosos de este instituto. Así, lo expresa, a título de ejemplo VÁZQUEZ GUNDÍN, Eugenio: Código Civil de Quintus Mucius Scaevola, ob. cit., págs. 270 y 271: «Por lo demás (esto no lo expresa con claridad el Código civil) la verdadera característica, la esencia de la transacción estriba en abandonar las dudas o controversias con sacrificios mutuos... Es que los contratantes no quieren disputar más, digámoslo así; eliminan la discusión creando un estado de derecho entorno a sus discusiones anteriores».

<sup>143</sup> Así lo determina la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de marzo de 1948, «... encaminada la transacción a sustituir una relación jurídica incierta y puesta en litigio, o susceptible de serlo, por otra relación no dudosa, y caracterizado el contrato de autos por la concesión

Esta causa de superación de controversias, identificada con las mutuas renunciaciones a las pretensiones respectivas, descende sobre los actos de cumplimiento y las atribuciones patrimoniales que, en su caso, se hubiesen pactado<sup>144</sup>. En otras palabras, las mutuas renunciaciones a las pretensiones de las partes contratantes podrían ir acompañadas de atribuciones patrimoniales o de cualquier tipo de obligación, todas ellas incluidas también como contravalor de la renuncia de la otra, prestación esencial, propia y característica de la transacción.

Con ello se pone de manifiesto el hecho de que la transacción no encaja perfectamente dentro de los confines fijados por el ordenamiento jurídico según el cual la causa, en los contratos onerosos, se concreta en el intercambio de prestaciones, de acuerdo con la norma del artículo 1.274 del Código civil. En la transacción, la obligación de cada uno de los contratantes se corresponde, bajo el perfil causal, con la promesa que el otro debe cumplir o la renuncia que consiente. Sin embargo, en este contrato debe considerarse un elemento característico, como es la identidad del fin perseguido por cada una de las partes que se concreta en el poner término a una controversia, evitando con ello un proceso o finalizando el que ya ha sido iniciado. Precisamente, esta finalidad es la que induce a cada una de las partes contratantes a hacer un sacrificio, de tal modo que interviniendo como factor decisivo sobre su consentimiento constituye igualmente la causa del compromiso (obligación) asumido<sup>145</sup>.

Desde el plano obligacional, la onerosidad se traduce en las prestaciones que cada una de las partes se comprometen a cumplir de tal modo que la una es la causa de la otra. En este sentido, el contenido obligacional de la estructura negocial coincide con el objeto del contrato. Habida cuenta que la transacción se encuadra dentro del marco de los contratos sinalagmáticos, la causa de la obligación se confunde con el objeto en el sentido de que la causa de la obligación de una

recíproca consistente en que uno de los contratantes desiste de las pretensiones formuladas en los pleitos que había promovido para obtener como prestación equivalente el reconocimiento o cesión de derecho que a su favor hace el otro contratante, puede recaer esta última prestación sobre los mismos bienes que estaban en litigio o sobre bienes diferentes, y esa concesión recíproca y determinante de un contrato con causa onerosa excluye en absoluto la posibilidad de confusión con otras relaciones jurídicas de prestación unilateral y de causa lucrativa o de mera liberalidad, como la de donación».

<sup>144</sup> Así lo expresa MOXÓ RUANO, Antonio: «Notas sobre la naturaleza de la transacción», en *Revista de Derecho Privado*, cit.

<sup>145</sup> En este sentido se pronuncia FLUMENE: Causa e dissoluzione del negozio transattivo civile, ob. cit., 1928, págs. 6 y 7.

de las partes es precisamente el objeto de la obligación en cuanto a la otra <sup>146</sup>.

Por consiguiente, parece que la causa del contrato de transacción adopta dos formas distintas: de un lado, aquella causa relacionada con las prestaciones recíprocas del contrato y, de otro, la causa común a las dos partes, relativa a la terminación de la controversia. Sin embargo, pese a esta aparente dualidad, la causa de la transacción es única, si bien compleja. Con la finalidad, precisamente, de terminar la controversia, las partes se realizan mutuas concesiones. El elemento causal, inherente al objetivo de alcanzar la concordia entre las partes, se comprende en armonía con el dato que se desprende de las mutuas concesiones. De este modo, las dos vertientes de la causa convergen en una sola corriente volitiva unitaria. De hecho, si pese al objetivo de la composición de la controversia en aras de su superación, las partes no se realizaran concesiones mutuas, el contrato de transacción no habría nacido. Así pues, en el supuesto de que las partes terminasen con la situación litigiosa en la que se hallan inmersos mediante un negocio que consista en el sacrificio de una sola de las partes involucradas, el negocio concluido quedaría encuadrado dentro de la categoría de los unilaterales y, por consiguiente, incompatible con la transacción que es un negocio de naturaleza bilateral.

En suma, la transacción responde a una causa única pero cuya configuración externa se manifiesta compleja. En efecto, las partes, mediante las concesiones mutuas, tienen como objetivo el dirimir la situación litigiosa que ha surgido entre ellas <sup>147</sup>.

<sup>146</sup> PONT, Paul: *Explication théorique et pratique du Code Napoléon contenant l'analyse critique des auteurs et de la Jurisprudence*, Tome neuvième, commentaire-traité des petits contrats, Tome second, cautionnement, transactions, contrainte par corps, nantissement, ob. cit., pág. 229, n.º 469.

<sup>147</sup> La doctrina italiana, casi de forma unánime, considera que la controversia y las recíprocas concesiones integran el esquema causal de la transacción, así como concurren a formar los extremos del acuerdo transaccional. Los juristas italianos como los españoles, también, conciben la causa desde la perspectiva de la función socioeconómica del negocio, representada por la síntesis de sus elementos esenciales, esto es, la composición de la controversia mediante las recíprocas concesiones.

Al respecto véase, a título de ejemplo, VISALLI, Nicolò: *La transazione*, Parte quinta, en *Sequestro convenzionale, fideiussione, mandato di credito, anticresi, transazione, cessione dei beni ai creditori*, Giurisprudenza sistematica civile commerciale, Seconda edizione, UTET, 1980, págs. 376 y 377; VALSECCHI, Emilio: «Ancora sulla natura della transazione», en *Scritti Giuridici in onore di A. Scialoja*, III, Bologna, 1953, págs. 608 y ss. y en *Il gioco e la scommessa: la transazione*, Volumen XXXVII, Tomo II del Trattato di Diritto civile e commerciale Cicu-Messineo, Milano, 1986, pág. 190.

Únicamente discrepa de esta línea doctrinal mayoritaria FURNO para quien la controversia no integra el esquema causal, representando la primera un resultado en congruencia

Por tanto, la entidad de la causa en el contrato de transacción es la resultante de la concurrencia de estos dos elementos, la finalidad de superación de la controversia, de un lado, y las mutuas concesiones de las partes, por otro; la cual representa, de forma sintética, la función y los efectos <sup>148</sup> que son propios de este particular contrato. El consentimiento de los contratantes deberá recaer sobre esta causa y sobre la situación o relación jurídica controvertida <sup>149</sup>.

En otro orden de cosas, hay que señalar que la transacción también podrá ser anulada cuando el contrato haya sido celebrado con causa falsa, de conformidad con lo establecido en el artículo 1.276 del Código civil. Como sucede con la noción de causa en general, el Código civil tampoco define que debe entenderse o no por tal concepto por lo que han sido la doctrina y la jurisprudencia las que han considerado que la causa es falsa si el resultado a que corresponde la declaración de conformidad con el contenido no es el que el declarante se ha propuesto conseguir <sup>150</sup> y también si el resultado perseguido es distinto del declarado pero sin que la eficacia jurídica de la declaración se excluya totalmente <sup>151</sup>.

### 3. LA DISTINCIÓN ENTRE LA CAUSA TRANSIGENDI Y LOS MOTIVOS. EL TIMOR LITIS

Como acabamos de poner de relieve y según, también, la doctrina mayoritaria, la causa de un contrato específico se justifica en función de la razón económica-jurídica del propio negocio, en virtud de la cual la ley le otorga su tutela.

con la finalidad pretendida. FURNO, Carlo: «In torno alla natura della transazione», en *Rivista del diritto commerciale*, 1950, parte prima, pág. 451 a 468.

<sup>148</sup> En este sentido, FLUMENE: *Causa e dissoluzione del negozio transattivo civile*, ob. cit., 1928, pág. 8.

<sup>149</sup> LUNA SERRANO otorga a la causa una configuración compleja por la concurrencia de tres elementos: superación de la controversia, asunción de su solución por los propios interesados y realización de la misma mediante recíprocas concesiones. LUNA SERRANO, Agustín: *La transacción* en *Elementos*, ob. cit., pág. 551. El autor concibe la causa de la transacción como «la composición de la controversia jurídica que existe entre las partes, cuya solución o liquidación asumen los propios interesados, evitando provocar un pleito o acabando el ya iniciado, y se realiza mediante recíprocas concesiones».

<sup>150</sup> Al respecto, véase CÁMARA, DE LA: «Meditaciones sobre la causa», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, cit., pág. 665.

<sup>151</sup> Igualmente, véase CÁMARA, DE LA: «Meditaciones sobre la causa», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, cit., pág. 667.

Este fundamento de un determinado y específico contrato no debería confundirse, pues, con los motivos individuales por los cuales las partes pueden llegar a su celebración.

Por lo que al contrato de transacción se refiere, el hecho de que las partes lleguen al acuerdo de formalización de un contrato de transacción para superar la controversia que se les plantea, como consecuencia de la colisión de pretensiones, puede derivar de múltiples motivos, de orden económico, probatorio, o psicológico, entre otros.

Así, atendiendo a motivos económicos, las partes podrían considerar pertinente la celebración de un contrato de transacción por el temor de que una de ellas devenga insolvente durante el período de desarrollo del proceso que pudiere llevarse a término. O, también, para evitar el coste que resultaría de dilucidar la solución merced a un proceso judicial. Dentro del ámbito económico, cabría considerar un subgrupo de motivos que se encuadraría bajo la denominación de motivos fiscales. En este subgrupo quedarían ubicados todos aquellos motivos de tipo fiscal que mueven a las partes a la consecución de un contrato de transacción.

Desde la perspectiva del ámbito probatorio, las partes pueden optar por la formalización del contrato de transacción cuando éstas no están convencidas de que las pruebas que poseen respecto del derecho que ostentan y que pretenderían vencer en el juicio pertinente sean suficientes, y ello, pese al convencimiento de su legitimidad. En este sentido, la inseguridad de las partes respecto del éxito de las pruebas que servirían como fundamento de su pretensión bien podrían conducir a la celebración de un contrato de transacción con la finalidad de llegar a un acuerdo satisfactorio, en principio, para ambas partes y a evitar un juicio con escasas probabilidades de éxito, debido a la inconsistencia de las pruebas pertinentes.

Por su parte, la transacción también podría celebrarse para evitar un juicio que pudiera comportar el dar una mala imagen de la parte implicada, motivo éste que quedaría encuadrado dentro del orden psicológico. Dentro de este mismo ámbito, el contrato de transacción podría tener lugar como consecuencia de la creencia de que los hechos que han provocado la controversia son oscuros o, también, que los extremos relativos a los derechos alegados son considerados de difícil solución.

Estos motivos citados que conducen a las partes a la celebración del acuerdo transaccional tienen como denominador común la pretensión de evitar un pleito porque las consecuencias negativas que se derivarían de éste no son favorables para las partes, desde su perspectiva subjetiva.

A todo estos motivos enunciados podrían añadirse, además, otras consideraciones como son los gastos, de la excesiva duración, de los daños en general derivados del sostenimiento de un juicio, con el peligro, además, de que la consecución de la pretensión en el campo jurídico no corresponda con un reintegro en el campo económico, motivo por el cual una o ambas partes podrían optar por la terminación de la controversia mediante la cesión de parte de sus pretensiones a la parte contraria, merced al contrato de transacción. Estos motivos últimos que terminamos de citar no son cuestión baladí puesto que constituyen el fundamento sobre el cual se asienta uno de los aforismos que parecen justificar la razón de ser del contrato de transacción, esto es, que «más vale un mal arreglo que un buen pleito»<sup>152</sup>.

En suma, de todo lo dicho hasta este momento se desprende que, los motivos por los cuales las partes pretenden la formalización de un contrato de transacción responden a un único fundamento cual es el que tradicionalmente se ha venido denominando *timor litis*<sup>153</sup>. Ya desde los tiempos del Derecho romano el temor de un juicio era recogido como un

<sup>152</sup> El conocido aforismo, referido a la transacción, según el cual «más vale un mal arreglo que un buen pleito», debería someterse a una revisión, puesto que carece del rigor científico que sería deseable. En efecto, el significado que se desprende de la literalidad de este aforismo conduce a la consideración de que esta aseveración no puede creerse como cierta a pies juntillas pues en absoluto puede entenderse que un victoria a medias, que es lo que se obtiene mediante un mal arreglo, es preferible a un buen pleito. De hecho, esta aseveración únicamente sería cierta cuando las características o las consecuencias que pudiesen derivarse de dicho pleito, como por ejemplo la excesiva duración del proceso o unos gastos enormes, hiciesen preferible el renunciar parcialmente a la pretensión alegada mediante la realización de un acuerdo transaccional, bajo la forma del contrato de transacción sí, con ello, se evita un proceso judicial largo y, quizá, también, costoso. En este caso, el aforismo adquiere plena significación puesto que, efectivamente, un mal arreglo podría valer más que un buen pleito en estas condiciones descritas. Por consiguiente, en puridad, habría sido preferible el completar el viejo aforismo de manera que se hiciese constar la característica del pleito que se constituye como el motivo que provoca el que se opte por la celebración de un acuerdo en vez de la de un juicio. Así, debería decirse que «más vale un mal arreglo que un buen pleito largo, o costoso, o...».

La crítica al aforismo que tradicionalmente ha servido de justificación del contrato de transacción fue puesta de relieve por COLOMBO, Carlos J.: *La transacción (Un contrato civil con proyecciones procesales)*, ob. cit., pág. 11 y seguida por PELÁEZ SANZ, Francisco J.: *La transacción. Su eficacia procesal*, ob. cit., pág. 43, nota 42.

<sup>153</sup> Coinciden en la manifestación de que el *timor litis* es el motivo principal por el que una persona formaliza un contrato de transacción, GARCÍA GOYENA, Florencio: *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, Tomo IV, ob. cit., pág. 138: «Toda transacción ha de recaer sobre un derecho dudoso ó litigioso, como que se hace propter timorem litis»; MOXÓ RUANO, Antonio: «Notas sobre la naturaleza de la transacción», en *Revista de Derecho Privado*, Año XXXIV, núm. 402, septiembre 1950, cit., pág. 682; GULLÓN BALLESTEROS, Antonio: *La transacción*, ob. cit., pág. 14 y OGAYAR AYLLÓN, Tomás: *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, ob. cit., págs. 16 y 17.

motivo por el que las partes podían considerar oportuno formalizar una transacción, como se desprende del pasaje del Código C. 2, 4, 2<sup>154</sup>.

Todos y cada uno de los motivos que instigan a las partes a la realización de un contrato de transacción se configuran en el fuero interno de cada uno de los sujetos implicados en una controversia y, por tanto, irrelevantes para el derecho<sup>155</sup>. Estos motivos no deben, pues, identificarse con el fundamento o la función económica-jurídica que el ordenamiento otorga a un negocio jurídico que, en la transacción, es la voluntad de las partes de poner fin a una controversia mediante concesiones recíprocas, puesto que se trata de cuestiones distintas.

En este sentido, los motivos individuales son, en principio, irrelevantes para el Derecho. El ordenamiento jurídico no atiende a las razones personales por las cuales los sujetos realizan un determinado contrato. Por el contrario, la causa constituye un elemento contemplado y previsto por el ordenamiento que se manifiesta con la consideración de ésta como uno de los requisitos de validez y existencia de todo contrato. Esta distinción, aplicable a todos los contratos en general, debe aplicarse, obviamente, a la transacción, como contrato que es.

El temor al pleito o, en realidad, a la sentencia sólo es indicativo del presupuesto de partida necesario para que exista transacción, esto es, que se trate de una controversia seria, susceptible de llegar a juicio.

#### 4. LOS SUPUESTOS DE AUSENCIA DE CAUSA Y EL CONTRATO DE TRANSACCIÓN. EL ARTÍCULO 1.819 DEL CÓDIGO CIVIL

Entendida la causa del contrato de transacción, desde una perspectiva socioeconómica, como la superación de una controversia mediante las concesiones recíprocas de las partes en conflicto, cualquier supuesto que impida el desarrollo del fundamento de este contrato comportará la inexistencia de la causa de éste y, por consiguiente, no existirá dicho contrato de transacción, en los estrictos términos legales previstos en el artículo 1.261 del Código civil.

En consonancia con esta concepción de la causa del contrato de tran-

<sup>154</sup> C. 2, 4, 2: «*Quum te proponas cum sorore tua de hereditate transegisse, et ideo certam pecuniam ei te debere cavisse, etsi nulla fuisset quaestio hereditatis, tamen propter timorem litis transactione interposita, pecunia recte cauta intelligitur; (...)*».

<sup>155</sup> Al respecto, véase PELÁEZ SANZ, FRANCISCO J.: *La transacción. Su eficacia procesal*, ob. cit., pág. 45.

sacción y haciendo hincapié en su función superadora del conflicto generado entre partes, los acuerdos denominados como transaccionales no deberán ser considerados como tales si, previamente, no existe una relación controvertida a la que las partes pretenden dar solución.

En este sentido, el presupuesto fáctico necesario, previo a la celebración del contrato de transacción, se constituye como un elemento sin cuya existencia el incorrectamente denominado contrato de transacción no debería ser considerado como tal. En efecto, cualquier contrato formalizado bajo la forma de un contrato de transacción cuando, en realidad, no existe ninguna situación litigiosa previa sobre la cual dicho contrato incide, en puridad, no existe como tal contrato puesto que al no existir este presupuesto necesario, la función económico-jurídica que se predica del contrato de transacción, esto es, la superación de una controversia, no tiene razón de ser.

Este es el supuesto previsto en el artículo 1.819, párrafo primero del Código civil. En este caso, la controversia no existe puesto que ésta ya ha sido solucionada mediante otra vía de composición de la litis, como es el proceso, que ha terminado en una sentencia judicial, que ha devenido firme<sup>156</sup>. Una vez la sentencia es considerada como firme, la controversia está terminada y, por consiguiente, la transacción, como vehículo de superación de litigios, carece de toda virtualidad<sup>157</sup>.

<sup>156</sup> «*Mais où il n'y a pas lieu à procès, il n'y a pas lieu à transaction. Ce pour cela que Paul dit: "Nous pouvons faire des conventions et des transactions sur les choses litigieuses; mais il en faut pas faire observer les conventions sur les choses jugées, à moins qu'elles en contiennent donation ou remise des condamnations"*.

*C'est aussi pourquoi Dioclétien et Maximien disent: "il est certain que suivant l'usage du droit, on ne peut pas transiger après un jugement, à moins qu'il ne soit suspendu par un appel ou une demande en restitution; ainsi à moins que vous ayez renoncé à votre action, par la stipulation aquilienne, suivie d'une acceptation, le président de la province, doit, suivant l'usage des lois, donner effet à la chose jugée". Mais "une transaction faite après il jugement, est valide quand il y a on peut y avoir appel de ce jugement"*.

*On peut aussi transiger après un jugement dont on n'a point interjeté appel, si on nie que ce jugement ait été rendu, ou si on peut l'ignorer (3), parce qu'alors le procès est censé subsister encore.*

(3) *C'est-à-dire, qu'il ait force de chose jugée*». Así lo establece POTHIER, Robert Josef: *Pandectae Justinianae in novum ordine Digestae*, Tomus secundus, ob. cit., pág. 720.

<sup>157</sup> La transacción podrá ser impugnada si falta el presupuesto fáctico necesario. WINDSCHEID, Bernardo: *Diritto delle Pandette*, Volume secondo, ob. cit., 1930, págs. 608 y ss.

En esta misma línea, se afirma que la transacción procede sobre las cosas litigiosas, pero no se puede transigir después de la sentencia, a menos que no esté pendiente de apelación. Así, la transacción no puede tener lugar tras la sentencia salvo en el caso de que pueda apelarse. Si la sentencia es firme y, por tanto, produce el efecto de cosa juzgada, las personas respecto de las cuales la sentencia tiene la fuerza de cosa juzgada no pueden transigir. Al respecto, MOREAU DE MONTALIN: *Analisi delle Pandette di Pothier*, Giuseppe Antonelli, Venezia, 1833, págs. 907 y 908.

Puesto que la controversia jurídica ha sido superada por una sentencia firme a la que se le otorga el efecto de la cosa juzgada, la transacción ya no puede tener lugar porque la duda ya no existe. Caso de celebrarse el contrato, la transacción no tiene causa <sup>158</sup>.

El texto de la norma del artículo 1.819 del Código civil <sup>159</sup> prevé dos supuestos distintos con, correlativamente, dos resultados diferentes en cuanto a la validez de la transacción.

Así, en primer lugar, la norma del artículo 1.819 del Código civil, en su párrafo primero, dispone la consecuencia para el caso de que se haya celebrado una transacción con posterioridad a la sentencia firme (sentencia que trataba poner fin a la controversia por la que las partes han celebrado dicho contrato de transacción). En segundo lugar, la norma, en su párrafo segundo, se ocupa de aquellos casos en que la transacción se celebra cuando la sentencia no es firme todavía.

Respecto del primer caso, la ley prevé la posibilidad de que la parte interesada con la resolución judicial adoptada en la sentencia firme pueda solicitar la rescisión de la transacción, si ésta ignoraba su existencia. Mientras que, en el segundo caso, la norma del precepto dispone que «la ignorancia de una sentencia que pueda revocarse, no es causa para atacar la transacción».

Dos son las cuestiones primordiales que emergen de los dos supuestos descritos, respecto del primer párrafo del artículo 1.819 del Código civil. La primera de ellas es la que hace referencia a la determinación de la razón por la cual la norma del artículo 1.819 del Código civil conside-

<sup>158</sup> BOILEUX, J.M.: *Commentaire sur le Code Civil*, tome troisième, ob. cit., pág. 584.

Por otra parte, cabría pensar en admitir la transacción celebrada con posterioridad a una resolución judicial firme si se considerase como una novación de la obligación judicialmente establecida. Este sería el supuesto que se produce, a nuestro modo de ver, en los hechos que dieron lugar a la sentencia de 8 de noviembre de 1999, cuando un auto, en ejecución, determina la cuantía de la indemnización que la compañía de seguros del camión que causó el siniestro debe abonar a los padres de las niñas que circulaban en ciclomotor y que fallecieron a consecuencia del atropello del camión y, posteriormente, dicha cuantía se rebaja en un millón de pesetas. La resolución judicial ha fijado la cuantía, por lo que el acreedor de la obligación puede exigir la totalidad de la prestación establecida. Sin embargo, aunque fuera poco comprensible, este mismo acreedor podría acordar con el deudor que la cuantía que debe abonar sea inferior a la judicialmente establecida.

<sup>159</sup> Como se recordará, el artículo 1.819 del Código civil dispone lo siguiente: «Si estando decidido un pleito por sentencia firme, se celebrare transacción sobre él por ignorar la existencia de la sentencia firme alguna de las partes interesadas, podrá ésta pedir que se rescinda la transacción».

La ignorancia de una sentencia que pueda revocarse, no es causa para atacar la transacción».

ra que la existencia de una sentencia firme que se ignoraba puede comportar la rescisión de la transacción celebrada y, en relación con este mismo supuesto, se cuestiona también el por qué el Código civil emplea el término rescisión para casos muy concretos de este mismo cuerpo legal.

La segunda de las cuestiones es la relativa a la admisión o no del contrato de transacción celebrado por las partes aún teniendo éstas conocimiento de la existencia de una sentencia judicial firme.

Para la resolución de estas cuestiones debemos acudir a la tradición histórico-legislativa de este precepto. Al respecto, el artículo 1.819 del Código civil resulta ser una transcripción casi literal del artículo correspondiente en el Anteproyecto de Código civil 1882-1888 <sup>160</sup>, el cual, a su vez, se enraza en el texto de la norma del artículo 1.729 del Proyecto de Código civil de 1851 <sup>161</sup>, si bien el fundamento de la norma que se contiene en estos artículos debe situarse en las normas del Derecho romano, en concreto, en dos Leyes del Digesto, D. 2, 15, 7 <sup>162</sup> y D. 12, 6, 23, 1 <sup>163</sup>, leyes éstas que nos facilitan la justificación de su norma, y también, la del artículo 1.819 del Código civil.

<sup>160</sup> Artículo 15 del Título ... De las transacciones y compromisos en el Anteproyecto de Código civil 1882-1888: «Si estando decidido un pleito por sentencia firme, se celebrare transacción sobre él por ignorar la existencia de la ejecutoria alguna de las partes interesadas, podrá ésta pedir que se rescinda la transacción».

La ignorancia de una sentencia que admita revocación, no es causa para atacar la transacción. (1.729 Proy.). Véase en LASSO GAITE, Juan Francisco: *Crónica de la codificación española*, 4, ob. cit., pág. 736.

<sup>161</sup> Artículo 1.729 del Proyecto de Código civil de 1851: «La transacción sobre un pleito que estuviere decidido por sentencia ejecutoriada è irrevocable, se rescindirá en el único caso de que la parte que pida la rescisión ignore la existencia de la ejecutoria. La ignorancia de una sentencia que admita revocación no es causa para atacar la transacción». Al respecto, véase GARCÍA GOYENA, Florencio: *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, Tomo IV, ob. cit., pág. 138.

De la lectura de los tres preceptos, el del Código civil vigente, el del Anteproyecto de 1882-1888 y el del Proyecto isabelino, se comprueba la casi plena identidad en la redacción de los tres artículos. Entre otras cuestiones de redacción de estos tres artículos, la distinción más destacable que se desprende de los respectivos textos legales citados es la sustitución del término «ejecutoria» por el de la definitiva y vigente expresión «sentencia firme», prevista en el artículo 1.819 del Código civil de 1889. Esta modificación del término «ejecutoria» por la expresión «sentencia firme», contenida en el Código civil vigente, podría encontrar su razón de ser en el ajuste de la terminología empleada por el Código civil a la de la Ley de Enjuiciamiento civil que fue promulgada en el año 1881 (R.D. 3 de febrero de 1881).

<sup>162</sup> D. 2, 15, 7: «*Et post rem iudicatam transactio valet, si vel appellatio intercesserit, vel appellare potueris*».

<sup>163</sup> D. 12, 6, 23, 1: «*Si post rem iudicatam quis transegerit et solvit, repetere poterit idcirco, quia placuit transactionem nullius esse momenti: hoc enim imperator Antoninus cum divo patre suo rescripsit*».

En este sentido, en el Derecho romano justiniano, la Ley otorgaba a la *res iudicata* la presunción absoluta de verdad en el sentido de que la decisión del Juez era una verdad inmutable y, por tanto, la transacción celebrada con posterioridad a la decisión judicial firme era considerada como nula<sup>164</sup>.

Esta postura procedente de la compilación justiniana<sup>165</sup> fue adoptada por los Códigos del siglo XIX, recogiendo en su articulado una dualidad de supuestos. Así, se establece, de un lado, la consecuencia que se produce cuando se celebra una transacción con posterioridad a una sentencia judicial firme<sup>166</sup> y siendo ésta desconocida por las partes y, de otro lado, qué sucede cuando la transacción se formaliza cuando la sentencia es susceptible de apelación<sup>167</sup>.

<sup>164</sup> Respecto de la evolución en el Derecho romano de la validez o no de la transacción realizada una vez ya se ha dictado la sentencia por el Juez competente, véase, entre otros, PETERLONGO, María Emilia: *La transazione nel diritto romano*, ob. cit., págs. 31 y ss. En estas páginas, la autora efectúa el análisis de los fragmentos 7 y 11 del D. 2, 15, relativos a la transacción *post rem iudicatam*. De la interpretación de estos fragmentos junto con el que se considera primordial en esta materia, esto es, el pasaje del Digesto en D. 12, 6, 23, 1, se puede apreciar cuál fue la evolución y ulterior situación de este aspecto que analizamos como es el contrato de transacción celebrado tras la decisión del Juez competente de una determinada controversia. Así, por ejemplo, y según esta autora, en el Derecho romano clásico, la transacción realizada con posterioridad al *iudicatum* del Juez, fuese éste apelable o no, era nula. En cambio, en un estadio posterior, los textos de la compilación justiniana se refieren únicamente a la transacción efectuada tras la decisión judicial no siendo ésta apelable.

<sup>165</sup> Este pasaje del Digesto citado tiene su correspondencia con el del Código C. 2, 4, 32. Este pasaje dispone que si la sentencia dictada, según es de derecho después de conocido el asunto, no ha quedado en suspenso por la solemnidad de la apelación o de la restitución por entero, en vano se transige por lo juzgado. Así se desprende de la traducción del texto latino efectuada por GARCÍA DEL CORRAL, Ildefonso L.: *Cuerpo del Derecho Civil romano*, ob. cit., página 235.

De interpretación de los autores del llamado Derecho intermedio, por todos, AZO PONTIUS: *Ad singulas Leges XII Librorum Codicis Iustiniani*, Commentarius, Parisiis, MDLXXVII en *Lectura Super Codicem, Augustae Taurinorum*, edición anastática, ob. cit., fol. 86. Los postglosadores también tratan esta cuestión al interpretar este pasaje del Código, a título de ejemplo, CYNUS: In *Codicem*, et aliquot titulos primi Pandectorum tomi, (reimpresión anastática, 1964), ob. cit., fol. 68 y BARTOLUS A SAXOFERRATO: *Prima Super Codice*, Inest huic volumini, ob. cit., fol. 69.

Y también, BUTRIGARIUS, Jacobus: *Lectura Super Codice*, Parisiis, 1516 (edición anastática, 1973), ob. cit., fol. 59; BRUNNEMANNIUS: *Comentarius in Codicem Iustinianum*, tomus primus, ob. cit., fol. 100; PETRUS DE BELLAPERTHICA (Jacobus de Ravanis): *Super prima parte Codicis*, (edición anastática, *Lectura Super Codice*, 1967), ob. cit., fol. 71; ALEXANDER DE IMOLA: *Prima et secunda Super Codice*, ob. cit., fol. 31v; CASTRO, Paulus de: *In primam Codicis partem*, ob. cit., fol. 67v; ALBERICUS DE ROSATE: *In primam Codicis partem commentarii*, ob. cit., fol. 87 y ODOFREDUS DE DENARIS: *Iuris utriusque peritissimi dicaerchi*, ob. cit., fol. 7v.

<sup>166</sup> La transacción *post rem iudicata* ha sido una cuestión debatida ampliamente por la doctrina. Al respecto, es de destacar, por su minuciosidad, el estudio realizado por VALERON, Emanuel Roman: *Tractatus de transactionibus*, ob. cit., págs. 72 a 111.

<sup>167</sup> Artículo 2.056 del *Code Napoléon* y artículo 1.776 del *Codice civile* de 1865.

El artículo 1.819 del Código civil de 1889 regula también los dos supuestos que acabamos de enunciar pero parece prever una consecuencia distinta a la nulidad establecida tanto en el Derecho romano justiniano como en el artículo 2.056 del *Code Napoléon*, al disponer este precepto que la parte que ignoraba la sentencia judicial firme «podrá pedir que se rescinda la transacción».

La justificación de este aparente cambio de orientación respecto de la tradición histórico-legislativa citada debe situarse en el artículo 1.729 del Proyecto de Código civil del período isabelino. Este artículo, en su párrafo primero, preveía la rescisión como el modo de impugnación de una transacción que era posterior a una sentencia ejecutoriable e irrevocable en un único supuesto, esto es, cuando una de las partes ignoraba la existencia de dicha sentencia.

En este caso, el régimen previsto era la rescisión de la transacción por cuanto que se consideraba la ignorancia de la sentencia ejecutoriable e irrevocable, o lo que es lo mismo, la sentencia firme, por una sola de las partes como que se circunscribía al ámbito de los vicios del consentimiento por dos motivos distintos: de un lado, porque se consideraba que en este caso no hay duda ni litigio sino que existe error de las partes sobre el objeto mismo de la transacción<sup>168</sup>, si ambas partes ignoraban la existencia de la sentencia; y, de otro lado, porque existe dolo, si una de las partes conocía de la existencia de dicha sentencia, mientras que la otra la ignoraba<sup>169</sup>.

Por consiguiente, en uno y en otro supuesto, el artículo 1.729 del Proyecto de Código civil de 1851 se remite a las normas relativas a la anulabilidad de los contratos por las causas generales relativas a los vicios del consentimiento, aunque no lo menciona expresamente sino que se refiere a la rescisión, con lo que se pone de manifiesto, como en otras ocasiones, la imprecisión terminológica en la que incurre el codificador, tanto el del Proyecto de 1851 como el del definitivo y vigente Código civil de 1889, pues, copiando al primero citado, se refiere, también, a la rescisión, cuando, en puridad, habría sido más apropiado hablar de anulabilidad, en los estrictos términos legales antes referidos<sup>170</sup>.

<sup>168</sup> GARCÍA GOYENA, Florencio: *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, Tomo IV, ob. cit., pág. 138: «y en el primer caso de este artículo no hay duda ni litigio: hay error de las partes sobre el objeto mismo de la transacción».

<sup>169</sup> GARCÍA GOYENA, Florencio: *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, Tomo IV, ob. cit., pág. 138: «Cuando la parte que pide la rescisión lo ignoraba, y la otra no, hay dolo de parte de esta y una causa de nulidad, según los artículos 988 y 1727».

<sup>170</sup> Así lo expresa, también, GULLÓN BALLESTEROS, Antonio: *La transacción*, ob. cit., página 38.

Sin embargo, aún siendo cierto lo anterior y, por tanto, trasladable la interpretación del artículo 1.729 del Proyecto isabelino al artículo 1.819 del Código civil vigente, podría considerarse también que la transacción bien podría impugnarse en estos casos por falta de causa.

En efecto, y en consonancia con la función económica-jurídica que se predica de este contrato, la inexistencia de la controversia, como sucede cuando ya se ha dictado una sentencia que ya es firme, significa la pérdida de la virtualidad que se predica del contrato de transacción. Así, si no existe controversia alguna porque ésta ha sido resuelta mediante una sentencia firme<sup>171</sup>, la transacción no tiene sentido alguno porque, precisamente, su función y su fundamento es la superación de controversias y ello hace referencia a la causa de este contrato. Por consiguiente, el contrato de transacción podría ser impugnado por falta de causa<sup>172</sup>, pues, la controversia, presupuesto necesario para que la transacción despliegue su virtualidad no existe<sup>173</sup>.

Cabe añadir que en el supuesto de que la parte favorecida por el resultado de la sentencia ignore su existencia, la transacción podrá ser impugnada por dolo omisivo imputable a la otra parte habida cuenta que, conociendo el fallo de la resolución judicial, no rechazó el contrato de transacción<sup>174</sup>.

Y ello vendría confirmado por el segundo párrafo del artículo 1.819 del Código civil, segundo de los supuestos previstos en este precepto. Según este párrafo, recordemos, «La ignorancia de una sentencia que puede revocarse, no es causa para atacar la transacción». Aquí, la interpretación literal del precepto viene a decir que la transacción celebrada

<sup>171</sup> CUIACIUS, Iacobus: *Opera ad parisiensem Fabrotionam editionem diligentissime exacta*, pars prima, tomus primus, Venetiis, MDCCLVIII, pág. 826. «De re iudicata pacisce donationis causa possumus, transactionis causa non possumus; iudicio namque res finita est. Transactio autem non fit, nisi de re nondum finita. (...) De rebus, inquit litigiosis et convenire et transigere possumus, post rem iudicatam pactum nisi donationis causa sumus, post rem iudicatam pactum, nisi donationis causa interponatur servari non oportet. Sed si adhuc post rem iudicatam lis subesse potest, transactio valet (C. 2, 4, 32). Quod si cum jam lis nulla subesset de re iudicata transactum fit, ex ea causa soluta debet conditione repetuntur».

<sup>172</sup> Así lo entienden, DURANTON, Alexandre: *Curso di diritto civile secondo il Codice francese*, quarta edizione napoletana, Volume IX, ob. cit., pág. 494 y LAURENT, François: *Principes de droit civil*, volume XXVIII, ob. cit., pág. 411.

<sup>173</sup> Así, a título de ejemplo véase GUILLOUARD, L.: *Traité du cautionnement et des transactions*, ob. cit., pág. 478, n. 166. Sin embargo, este mismo autor, en páginas anteriores, había defendido la postura de que este supuesto respondía a un caso de error, más que a la ausencia de causa. Al respecto véanse las páginas 466 y 467.

<sup>174</sup> BOILEUX, J.M.: *Commentaire sur le Code Civil*, tome troisième, ob. cit., pág. 584: «Si le jugement n'était ignoré que du gagnant, il existerait une deuxième cause de rescision; savoir: celle résultant du dol de la partie qui savait qu'elle était irrévocablement condamnée».

no puede ser atacada por causa de una sentencia cuando ésta no es firme todavía, por cuanto que la decisión judicial todavía puede ser susceptible de una ulterior modificación<sup>175</sup>. Pero el fundamento de esta disposición legal sería que la controversia aún no ha sido resuelta, todavía sigue vigente y, por tanto, ésta es susceptible de ser superada mediante un contrato de transacción, lo que supone la prevalencia o la validez, en principio, de los acuerdos de las partes, manifestados mediante un contrato de transacción frente a la decisión adoptada por el Juez, en aras, precisamente, de la autonomía de la voluntad de las partes en la composición de sus propias controversias.

En otras palabras, al no ser firme la sentencia<sup>176</sup>, la controversia no puede considerarse que ha sido solucionada puesto que la decisión judicial todavía podría ser modificada por el Tribunal de una instancia superior y, por consiguiente, es todavía susceptible de composición por las propias partes en conflicto<sup>177</sup>, solución a la que pueden llegar mediante el contrato de transacción del artículo 1.809 del Código civil.

Por todo ello, la transacción celebrada con posterioridad a una sentencia, no siendo ésta firme todavía, será, en principio, plenamente válida.

<sup>175</sup> La transacción celebrada una vez la sentencia ya es inapelable no es válida. DUARENUS, Franciscus: *Opera omnia*, ob. cit., págs. 113 y 114.

<sup>176</sup> Si la sentencia ya es firme, en vano se transige sobre los juzgado. Así lo entendió ALCIATUS, Andrea: *Opera omnia* in quator tomos legitime Digesta, tomo III, ob. cit., páginas 304 a 307, lex XXXII.

<sup>177</sup> Esta misma idea se desprendía de la interpretación efectuada por Bigot-Préameneu en su discurso relativo al artículo 2.056 del *Code*, el homónimo al 1.819 del Código civil: «... mais il suffit que le jugement rendu fût alors susceptible d'appel pour qu'il y eût encore doute; et lorsque la base principale de la transaction reste, ...», en FENET, Pierre Antoine: *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, Tome quinzième, ob. cit., pág. 111.

Artículo 2.056 *Code*: «La transaction sur un procès terminé par un jugement passé en force de chose jugée, dont les parties ou l'une d'elles n'avaient point connaissance, est nulle».

Si le jugement ignoré des parties était susceptible d'appel, la transaction serait valable».

Nótese que la redacción del artículo del *Code* difiere en parte de la que se recoge en el artículo 1.819 del Código civil. Sin embargo, todos los intérpretes de la norma del precepto del Código de los franceses han coincidido en reconducir su interpretación en el sentido que se señala en el 1.819. Así, por todos, véase PONT, Paul: *Explication théorique et pratique du Code Napoléon contenant l'analyse critique des auteurs et de la Jurisprudence*, Tome neuvième, commentaire-traité des petits contrats, Tome second, cautionnement, transactions, contrainte par corps, nantissement, ob. cit., n. IX - 720. 3.º, págs. 376 a 379. La explicación de este autor destaca de entre los demás en cuanto que proporciona la justificación del texto del artículo 2.056 del Código de los franceses. PONT señala que el texto legal recoge la idea de BERLIER quien opinaba que «la transaction sur un procès terminé par un jugement passé en force de chose jugée, dont les parties ou l'une d'elles n'avaient point connaissance, est nulle. Si le jugement ignoré des parties était susceptible d'appel, la transaction serait valable». Así, véase FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, Tome quinzième, ob. cit., páginas 92 a 95.

No obstante todo lo anterior, cabría considerar que, tal vez, en lugar de entender que este supuesto se refiere a un ejemplo de ausencia de causa nos hallamos más ante uno en el que lo que se aprecia es un error<sup>178</sup>. Para facilitarnos la explicación pondremos un ejemplo: supongamos que una vez vencido el litigio en un determinado proceso judicial, el sujeto fallece y su heredero, ignorando la sentencia judicial obtenida, transige con el contrario. En este caso, si el heredero hubiere conocido que existía una sentencia que le era favorable a sus intereses, no hubiera transigido. Por ello, podría considerarse que el consentimiento de una de las partes se ha formado con base en una concepción errónea, puesto que como decíamos, el sujeto, de haber conocido la existencia de la sentencia que le resultaba favorable a sus intereses, casi con toda seguridad, no habría celebrado el contrato. Por consiguiente, debería entenderse que se trata de un supuesto de error y, por tanto, podría ser impugnado por aquel que lo ha padecido.

Podría decirse, por tanto, que la ignorancia de la existencia de una sentencia firme determina la posibilidad de la anulabilidad del contrato por error<sup>179</sup>, en vez de por ausencia de causa. Al contrario, la causa de la

<sup>178</sup> En este sentido se pronunciaba GARCÍA GOYENA en su comentario al artículo 1.729 del Proyecto de Código civil de 1851. Así, este jurista entendió que «Toda transacción ha de recaer sobre un hecho dudoso ó litigioso, como que se hace propter timorem litis; y en el primer caso de este artículo no hay duda ni litigio: hay error de las partes sobre el objeto mismo de la transacción». véase en GARCÍA GOYENA, Florencio: *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, Tomo IV, ob. cit., pág. 138.

<sup>179</sup> Esta es la interpretación que defienden de forma vehemente BAUDRY-LACANTINERIE et WAHL en los siguientes términos: «L'ignorance d'un jugement, qui n'était plus susceptible d'être attaqué par une voie ordinaire de recours, autorise la partie gagnante à faire rescinder la transaction relative au litige que ce jugement a tranché. Nous aurions préféré cette rédaction à celle de l'article 2056. La nullité est fondée sur l'erreur et non pas, comme on l'a prétendu, sur le défaut de cause, puisqu'elle suppose essentiellement l'erreur, ni sur la fausse cause». BAUDRY-LACANTINERIE, G. y WAHL, Albert: *Traité théorique et pratique de Droit Civil*, ob. cit., pág. 669. En la doctrina francesa, también propugnan la teoría de que la transacción podrá ser impugnada por error cuando ésta se celebre ignorando la existencia de una sentencia judicial firme PONT, Paul: *Explication théorique et pratique du Code Napoléon contenant l'analyse critique des auteurs et de la Jurisprudence*, Tome neuvième, commentaire-traité des petits contrats, Tome second, cautionnement, transactions, contrainte par corps, nantissement, ob. cit., 1867. Nótese que esta interpretación doctrinal del artículo 2.056 del *Code* se asemeja a la redacción del artículo 1.819 del Código civil de 1889. Esta postura podría tener su fundamento en la doctrina de DOMAT quien en su obra señaló lo siguiente: «Si après un procès jugé à l'insçu des parties, elles en transigent, la transaction subsistera, si on pouvait appeler. Car, le procès pouvant encore durer, l'événement était incertain. Mais s'il n'y avait point de voie d'appel, comme si l'affaire était jugée par un Arrêt, la transaction sera nulle. Car il n'y avait plus de procès, et on en transigeait que parce qu'on présupposait que le procès était indéci, et qu'aucune partie n'avait son droit acquis. Ainsi cette erreur, jointe à l'autorité des choses jugées, fait préférer ce que la justice a réglé à un consentement que celui qui s'est relâché de son droit n'a donné que parce qu'il croyait être dans un péril où il n'était point». DOMAT: *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, ob. cit., Tome premier, título XIII, sección II, n. 7.

transacción existe pero su formalización responde a una concepción errónea de la realidad y que una vez descubierta la situación real el ordenamiento jurídico pretende proporcionar los medios jurídicos suficientes para que este error pueda ser subsanado, en aras de la seguridad del tráfico jurídico<sup>180</sup>.

En estos casos, la causa de la transacción, en su doble perspectiva, objetiva y subjetiva, existe, puesto que la función que se persigue con la celebración del contrato de transacción sigue vigente. Pero habida cuenta que se fundamenta en una concepción errónea del presupuesto fáctico necesario, la transacción podrá ser impugnada por aquel de los contratantes que ignorando la sentencia judicial firme estuviera favorecido por los términos previstos en ella<sup>181</sup>.

Sin embargo, de conformidad con el ámbito de aplicación del contrato objeto de estudio, esto es, desde la controversia hasta el efecto de cosa juzgada, la celebración de una transacción debido al desconocimiento de una sentencia firme constituye un supuesto de falta de causa puesto que no existe controversia alguna<sup>182</sup>.

Hasta aquí hemos tratado las cuestiones relativas a los elementos esenciales del contrato de transacción, concretamente, los sujetos y el objeto, así como su causa. A continuación, trataremos acerca de la incidencia en la transacción de la fijación convencional de las partes de elementos accidentales al negocio.

#### D. LOS ELEMENTOS ACCIDENTALES

En virtud del régimen general de las relaciones obligatorias previsto en el Código civil, las prestaciones recíprocas a las cuales las partes en

<sup>180</sup> De este modo, el ordenamiento pone al servicio de los ciudadanos los medios jurídicos necesarios que les permitan modificar aquellas situaciones creadas con base en consideraciones que son erróneas y en las que no concurre la mala fe por parte del sujeto que las pretende.

<sup>181</sup> Entendemos que en estos casos el sujeto que, habitualmente, insta la impugnación del contrato de transacción es la parte contratante que haya sido beneficiada en la sentencia judicial firme, sin excluir con ello, totalmente, la impugnación por parte del otro contratante por razones de distinta índole.

<sup>182</sup> La transacción celebrada una vez se ha dictado sentencia podría producirse cuando se pretende regular la fase de ejecución. En este supuesto, ambas partes tienen conocimiento de la existencia de la sentencia firme pero acuerdan unos extremos concretos relativos a la fase de ejecución. Esta transacción sería de utilidad únicamente para ellas pero con la particularidad de que cualquiera de ellas, en cualquier momento, podría oponer la sentencia dictada.

litigio se obligan bien podrían estar sometidas a una condición o a un término concreto.

No cabe duda alguna que los principios generales sobre los elementos accidentales recogidos por las normas correspondientes en el ordenamiento jurídico son de aplicación a aquellos supuestos en que las partes, de mutuo acuerdo, convienen en someter sus respectivas obligaciones a cualquiera de estas circunstancias modificativas respecto de la eficacia del contrato de transacción. En este sentido, la transacción, al igual que los demás contratos, puede prever que las partes sometan las conductas pertinentes a condición o a término.

Sin embargo, la específica función del contrato de transacción que es, como hemos señalado en repetidas ocasiones, la superación de una controversia, comporta cuestionarse si, realmente, estos elementos accidentales que modalizan una relación obligatoria cuando las partes así lo establecen tienen razón de ser.

Para la determinación de la virtualidad de estos elementos accidentales cuando afectan al contrato de transacción, resulta imprescindible, en primer lugar, la distinción de cada una de las modalidades relativas a la condición y del término, respectivamente <sup>183</sup>.

## 1. LA CONDICIÓN

Así, el contrato de transacción estará sometido a condición cuando el acotamiento del ámbito de vigencia de la relación obligatoria y, a su vez, del negocio constitutivo de la misma, esto es, la transacción, se subordina, por la sola voluntad de las partes, a la manifestación o a la falta de manifestación de un supuesto de hecho que en el momento de la celebración del contrato se considera como puramente hipotético <sup>184</sup>.

La finalidad del contrato de transacción, entendida como la superación de la controversia por los mismos sujetos que se hallan inmersos en una controversia concreta, provoca el que resulte dificultoso imaginar un supuesto en el que ambas partes decidan someter este específico negocio jurídico a una condición, de tal modo que ésta limite el ámbito de vigencia del negocio si bien debemos admitir que no se trataría de un

<sup>183</sup> El modo no es aplicable por ser un negocio accidental propio de negocios gratuitos.

<sup>184</sup> El concepto de condición ha sido tomado de Díez-Picazo y Ponce de León, Luis: *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, Volumen II, ob. cit., pág. 345 y ss.

supuesto imposible. Ello no impide, no obstante, que las partes lleguen al acuerdo por el cual una o ambas prestaciones queden sometidas a condición.

Para un mejor estudio de la cuestión, se hace imprescindible la distinción de las dos modalidades que se predica de la condición. En este sentido, diferenciamos la condición suspensiva de la resolutoria.

Respecto de la primera, la condición suspensiva supone el posponer la eficacia del contrato a un momento distinto al de su perfeccionamiento. En este supuesto, el contrato de transacción estaría perfeccionado desde el momento en que concurre el consentimiento de ambas partes, si bien su eficacia restaría pendiente del acontecimiento al cual las partes han sometido sus obligaciones.

La condición suspensiva, en abstracto, podría afectar a una sola o a ambas prestaciones que configuran el contenido del contrato, si bien entendemos que, en el caso concreto, sea poco probable que una de las partes consienta en cumplir primeramente con su obligación, a la espera de la manifestación del supuesto de hecho que daría lugar al cumplimiento de la condición y, por consiguiente, de la prestación, bajo la amenaza de un posible incumplimiento de la otra parte, lo cual comportaría el tener que llevar a juicio dicho incumplimiento, cuando uno de los motivos por los cuales las partes suelen celebrar un contrato de transacción es, precisamente, para evitar el proceso judicial que se deriva de la controversia inicial <sup>185</sup>.

En este ámbito de la condición suspensiva, cabe destacar la situación que ello comporta, en cuanto a la posible interposición de una demanda judicial por cualquiera de las partes inmersas en la controversia jurídica. En efecto, mientras la condición a la que las partes han acordado someter una sola o ambas prestaciones que deben realizar no se cumpla, alguna de las partes bien podría interponer una demanda judicial con la finalidad de poner fin a la controversia que existe con otro sujeto. Al respecto hay que señalar que el contrato de transacción celebrado bajo condición se habrá perfeccionado, caso de que concurren todos los requisitos legales establecidos para ello, mas no es eficaz todavía habida cuenta

<sup>185</sup> No obstante, las partes pueden acordar una transacción con condición suspensiva, tal y como se desprende de la sentencia de 5 de diciembre de 2000 (Ar. 10431). Esta resolución del Alto Tribunal se refiere a un contrato de transacción celebrado entre una sociedad anónima, su administrador único y dos accionistas, según el cual se acuerda que si uno de los accionistas no cumplía con su obligación, la cantidad sería abonada por el otro, con los intereses establecidos.

que la condición o condiciones no se han producido todavía. Por consiguiente, cabría interpretar que la controversia no ha sido concluida y, por tanto, nada podría impedir que alguna de las partes pretendiera la solución de dicho litigio mediante la intervención de la autoridad judicial, como también podría dejarse en manos de un tercero, árbitro de la contienda<sup>186</sup>. En efecto, mientras las partes no cumplan con las prestaciones a las que se han obligado mediante la celebración del contrato de transacción, sometido a condición suspensiva, podría interpretarse que la controversia todavía subsiste y, por consiguiente, es susceptible de que trate de ser resuelta mediante cualquier otro medio de composición de controversias como puede ser el proceso judicial o el arbitral. Sin embargo, esta decisión de someter la controversia jurídica existente a un proceso jurisdiccional con la finalidad de que sea resuelta por un tercero, ajeno a la situación controvertida, podría considerarse como una actuación que quedaría calificada como contraria a la doctrina de los propios actos. En este sentido, el hecho de que una de las partes opte por la interposición de la correspondiente demanda judicial en busca de la tutela efectiva de los Tribunales para la resolución de la controversia jurídica suscitada, cuando ésta ha consentido en la celebración de un contrato de transacción que, de mutuo acuerdo, se ha sometido a una condición suspensiva, no deja de ser una manifestación de una conducta contraria a los propios actos<sup>187</sup>.

No obstante lo anterior, la admisión de la posibilidad de que el contrato de transacción se someta a condición suspensiva podría interpretarse, también, como un *pactum de non petendo* habida cuenta que por el contrato de transacción las partes pretenden la superación de la controversia mediante el cumplimiento de los pactos fijados de mutuo acuerdo y evitando con ello el tener que someterse a la decisión judicial,

<sup>186</sup> En este sentido se pronuncia la jurista italiana Luciana LAUDISA. Esta autora aboga por la posibilidad de iniciar un proceso durante el lapso de tiempo de pendencia de la eficacia del contrato de transacción sometido a condición, LAUDISA, Luciana: «La contestazione della transazione», en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, cit., págs. 424 y 425.

<sup>187</sup> La coyuntura en la cual las partes realizan el contrato de transacción no es, ciertamente, la más apropiada para posponer la eficacia de la resolución de una controversia a un momento posterior el cual viene determinado por un evento acordado por las partes. En efecto, el contrato de transacción viene a poner la paz entre las partes en conflicto, por lo que, en la mayoría de los casos, éste se desarrolla en un entorno poco propicio para que las partes consideren apropiado el esperar a que el acuerdo sea eficaz en un instante posterior, diferido en el tiempo. La natural desconfianza o el temor al incumplimiento de la obligación de la contraparte, precisamente, en este ambiente, en líneas generales, poco favorable a un acuerdo, no parece que pueden ser superados si las partes pretenden prorrogar el cumplimiento de sus obligaciones en función de la condición pactada.

por lo que cabría considerarlo, según un sector doctrinal, como un supuesto ilícito<sup>188</sup>.

Tratada la cuestión relativa a las consecuencias que se derivan del sometimiento del contrato de transacción a condición suspensiva, a continuación nos referimos a la otra modalidad de condición cual es la resolutoria. Al respecto, la determinación precisa de la virtualidad de la condición resolutoria con respecto al contrato de transacción exige que se deba tener en cuenta la dualidad de modos de constitución de dicha condición, esto es, de un lado, cuando el efecto condicionante ponga fin a la relación inter partes con efectos *ex nunc* y, por tanto, sin ninguna retroactividad y, de otro lado, cuando el acontecimiento condicionante ponga fin a la relación obligatoria pero con efectos *ex tunc*, de tal modo que la relación entre las partes deba retornar al estado que tenía con anterioridad a su constitución y, por consiguiente, las partes tengan que restituirse todo aquello que se hubiesen atribuido o entregado en virtud de la obligación correspondiente.

Por lo que al contrato de transacción se refiere, tanto el supuesto en que la condición resolutoria tiene alcance relativo, esto es, cuando ésta se limita a poner fin a la relación inter partes con efectos *ex nunc*, cuanto el caso en que la condición resolutoria tiene alcance absoluto, es decir, que el evento condicionante supone el que la relación entre las partes retorne al estado que tenía previamente a su constitución junto con la restitución de todo aquello que se hubiesen atribuido o entregado como consecuencia de dicha obligación, comporta el planteamiento de la cuestión acerca de si la controversia que se ha superado mediante este contrato revive o no.

La respuesta al interrogante en uno u otro sentido comporta distintas interpretaciones. Así, de una lado, si se entiende que la controversia jurídica inicialmente existente revive, por cuanto que se entiende que la relación entre las partes retorna a la situación previa a la celebración del contrato, cabe concluir que la admisión de la posibilidad de que el contrato de transacción pueda someterse a una condición resolutoria comportaría el que el instituto pierda su virtualidad. En efecto, si el contrato de transacción se configura como un medio de autocomposición de controversias, resulta de todo punto incongruente el que las partes inmersas en una controversia jurídica acuerden la celebración de un contrato que comporta la superación de dicha controversia pero que al

<sup>188</sup> Así lo entiende D'ONOFRIO, Paolo: *Commentario del Codice civile*, ob. cit., pág. 229.

someterlo a una condición resolutoria resulta que dicha superación tiene una eficacia temporal.

De otro lado, la respuesta negativa al interrogante formulado acerca de si la controversia jurídica surgida entre los sujetos y que pretenden superar mediante la celebración de un contrato de transacción revive o no nos conduciría a considerar que la condición se tiene por no puesta, habida cuenta que ésta en nada afectaría a la eficacia del contrato si una vez ocurrido el evento condicional acordado la situación previa no revive. Y ello, en estricta consonancia con la naturaleza jurídica del instituto.

En suma, entendemos que la posibilidad de someter las obligaciones que configuran el contrato de transacción a una condición resolutoria podría tener lugar en aquellos casos en que el contrato de transacción consiste en obligaciones de futuro o promesas. En este caso, el cumplimiento de la condición comportaría que el contrato no tuviera eficacia y, por consiguiente, la controversia reviviría. Así, la transacción puede ser estipulada bajo condición resolutoria de tal modo que una vez ésta se produce las partes podrían considerar oportuno el acceder al auxilio de los Tribunales para la resolución de dicha controversia <sup>189</sup>.

En última instancia cabe precisar que la eliminación por vía transaccional de la incertidumbre propia del negocio condicionado no es posible <sup>190</sup>. Únicamente si las partes disputan en relación con el derecho condicionado, el acuerdo celebrado podrá tener la consideración de transacción y si reúne los requisitos legales señalados.

<sup>189</sup> En este sentido se pronuncia D'ONOFRIO, Paolo: *Commentario del Codice civile*, ob. cit., pág. 229. Este autor realiza una doble distinción entre la condición suspensiva y la resolutoria que modaliza, de un lado, la transacción que se realiza para evitar un pleito y, de otro, aquella que tiene lugar para poner fin a uno que ya ha comenzado. Así, por lo que se refiere a la transacción relativa a un pleito que puede surgir, el autor entiende que sólo cabe la condición resolutoria de tal manera que una vez producido el acontecimiento pactado por las partes como condición, las partes pueden acudir libremente a la asistencia que proporciona el juicio. Para este jurista, la condición suspensiva sería un equivalente de un pacto de no pedir y, por tanto, ilícito. En cuanto a la transacción realizada una vez ha comenzado el juicio, la transacción supone una renuncia a la acción y, por consiguiente, ésta tan sólo puede ser pura y simple, en consonancia con el artículo 306 del *Codice di procedura civile*. En este ámbito de la transacción pactada una vez ha comenzado el pleito, la condición suspensiva se configuraría como una suspensión convencional del proceso.

<sup>190</sup> GULLÓN BALLESTEROS, Antonio: *La transacción*, ob. cit., pág. 118.

## 2. EL TÉRMINO

Por lo que al término se refiere, debemos diferenciar, aquí, entre el término inicial y el término final, en atención a la distinta consideración que uno y otro reciben en relación con el contrato de transacción.

En cuanto al término inicial, hay que señalar que su inclusión dentro de la estructura del contrato de transacción debería interpretarse en consideración a la ejecución del contrato de transacción y no a su eficacia. En este sentido, el término inicial se configura como el instante en el que las partes deberán hacer efectivas las respectivas obligaciones, convirtiéndose, de este modo, en un elemento inherente al propio contrato de transacción <sup>191</sup>.

Distinto régimen se predica del término final, puesto que el sometimiento de las obligaciones recíprocas en un contrato de transacción a un plazo de tiempo final es de todo punto incompatible con la causa de este contrato en particular. Este término final comportaría la consideración de la eficacia del contrato al período de tiempo comprendido entre su perfección y el cumplimiento de dicho término lo que en modo alguno supondría la terminación de la controversia, pretendida ésta por las partes contratantes, para evitar o poner fin a un pleito. Por este motivo, el término final no puede considerarse como un elemento accidental que pueda modificar la eficacia del contrato de transacción por cuanto que, de ser ello posible, destruiría la propia naturaleza de dicho contrato <sup>192</sup>.

No obstante el régimen establecido respecto de estos elementos accidentales de la relación obligatoria que configura el objeto del contrato de transacción, en los términos señalados, hay que poner de relieve que ello no impide que las obligaciones recíprocas de las partes puedan consistir en obligaciones sometidas a condición o término, procedentes de otras relaciones obligatorias distintas de la controvertida. En efecto, en consonancia con la causa de la transacción, esto es, la superación de la controversia mediante las recíprocas prestaciones, la estructura del obje-

<sup>191</sup> Al respecto, véase SANTORO-PASSARELLI, Francesco: *La transazione*, ob. cit., página 248.

<sup>192</sup> Es de señalar, no obstante, la opinión vertida por GULLÓN BALLESTEROS, Antonio: *La transacción*, ob. cit., pág. 118, quien entiende que: «Se puede transigir sobre el derecho aplazado, ya que no son admisibles las teorías que estiman como no existente el derecho hasta que el plazo llegue. Se pudiera a lo más pensar ello para los derechos reales aplazados, pero no para los de obligación. En estos es evidente que el acreedor tiene un derecho aplazado en su efectividad únicamente. Pero tanto unos como otros en la teoría y en la práctica, son objeto de negocios jurídicos, por la facultad de disposición que su titular posee sobre ellos».

## La eficacia del contrato de transacción

to del contrato admite que las obligaciones que asumen las partes, con la finalidad de alcanzar el objetivo que se deduce de dicha causa, se refieran no sólo a las pretensiones de las partes en conflicto sino que éstas pueden versar, también, sobre otras relaciones. Esta especial configuración de la transacción que se denomina como compleja puede comportar el que la estructura obligatoria del contrato esté configurada por alguna otra relación sometida a cualesquiera de los elementos accidentales, sin que por ello la función del negocio esté subordinada a la condición o al término, situación ésta que sí incidiría en la causa del contrato, acudiendo, por consiguiente, al régimen establecido.

En conclusión, los elementos accidentales de la relación obligatoria que configura el contrato de transacción tienen un especial régimen si inciden sobre la composición de la controversia, puesto que, entonces, afectan a la causa del contrato y merecen, por consiguiente, un trato diferenciado respecto de los demás contratos. Por el contrario, si la condición o el término son elementos accidentales de una relación obligatoria, distinta de la controvertida, que se asume como una exteriorización de los sacrificios mutuos que las partes deben soportar, con base en el aforismo *aliquid datum aliquid retentum vel promisso*, exigido por la norma del artículo 1.809 del Código civil, éstos deberán ser considerados como válidos, si es aceptada como tal por las partes, al momento del perfeccionamiento del contrato de transacción.

El tercero de los elementos accidentales que pueden constar en un contrato, esto es, el modo, en el caso de la transacción, carece de sentido por cuanto que éste es una carga o gravamen que acompaña a una liberalidad o a una institución de heredero o legado<sup>193</sup>. Al configurarse como una prestación que debe cumplir el destinatario de una atribución gratuita, el modo carece de sentido en la transacción por cuanto que se trata de un negocio jurídico oneroso.

Para terminar con el análisis de la transacción, nos resta únicamente exponer los efectos que se derivan del contrato de transacción, haciendo especial hincapié en aquellos que le son propios de conformidad con su específica finalidad. Para ello, a continuación, se exponen los efectos que son comunes tanto a la transacción judicial como a la extrajudicial para, finalmente, exponer aquellos que son propios de cada una de estas dos clases de transacción, en especial, por lo que a su ejecución se refiere.

<sup>193</sup> Así se define por DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, LUIS y GULLÓN BALLESTEROS, Antonio: *Sistema de Derecho civil*, Volumen II, ob. cit., pág. 101.

Como contrato, la transacción obliga a las partes que la han celebrado al cumplimiento de los acuerdos adoptados<sup>1</sup>. Aparte de la renuncia que la transacción implica que consiste en no someter a juicio la controversia que ha sido reglada, la transacción puede dar lugar a obligaciones positivas:

- Obligación de hacer que consiste, por ejemplo, en un desistimiento de la instancia o en transmitir un determinado título, etc., entre otras muchas.
- Obligación de dar, como pagar una cantidad de dinero o entregar un determinado bien como contrapartida del abandono de los derechos contenidos en la transacción (objeto externo al de la controversia).

Pero, también, la transacción puede dar lugar a obligaciones negativas, que se concretarán en una obligación de no hacer o de soportar la actividad de la otra parte.

La inexecución de estas obligaciones contractuales estaría expuesta a las sanciones ordinarias previstas para los contratos en los cuales las obligaciones son recíprocas, como en la transacción, establecidas en el artículo 1.124 del Código civil, más con las matizaciones que más adelante expondremos, en el sentido de que, tal vez, su resolución no pudiese tener lugar en atención a la específica finalidad de este contrato<sup>2</sup>. En

<sup>1</sup> «Une transaction a pour effet d'obliger chacune des parties à respecter les droits qu'elle a reconnus au profit de l'autre, et à faire ou a livrer la chose qu'elle a promis de faire ou de donner en échange des concessions qu'elle a obtenues». MOURLON, Frédéric: *Répétitions écrites sur le Code Civil*, Tome troisième, onzième édition, Garnier Frères, Libraires-Éditeurs, Paris, 1883, pág. 544.

<sup>2</sup> Sobre la resolución por incumplimiento en el contrato de transacción, véase, LÓPEZ BARBA, Elena M.: *El contrato de transacción*. Su resolución por incumplimiento. Ediciones Laborum, Murcia, 2001.

caso de aceptar la facultad de resolver el contrato, concordante con la naturaleza recíproca de las prestaciones de la transacción, dicha resolución de la transacción supone dejar expedita nuevamente la vía judicial para la resolución de la controversia<sup>3</sup>.

Junto al efecto obligatorio derivado de la naturaleza contractual de la transacción, el ordenamiento jurídico, por la vía de la norma del artículo 1.816 del Código civil, otorga al contrato de transacción celebrado el efecto de la autoridad de la cosa juzgada, propio de la sentencia judicial firme, efecto éste que, por su relevancia, merece un tratamiento pormenorizado.

### A. LA AUTORIDAD DE «COSA JUZGADA»

En puridad, el efecto de la cosa juzgada se interpreta en el sentido de que la controversia jurídica que las partes sometieron a la decisión judicial para su solución ha quedado resuelta<sup>4</sup> a través del resultado emitido por el juez en su resolución y no puede volver a tratarse.

Trasladando este mismo efecto que se predica de la resolución judicial al contrato de transacción celebrado en virtud de la finalidad común que ambos institutos persiguen, cabe señalar que el efecto de la autoridad de la cosa juzgada en la transacción significa que la controversia ha sido superada.

#### 1. EFECTO GENERAL: LA TERMINACIÓN DE LA CONTROVERSIA JURÍDICA

Desde la perspectiva de la finalidad que se pretende, la transacción es un medio por el cual las partes ponen término a una controversia y, consecuencia de ello, evitan la provocación o dan por concluido un pleito. Las prestaciones de las partes tienen como finalidad la extinción de la

<sup>3</sup> BÉNABENT, Alain: *Droit Civil, Les contrats spéciaux*, ob. cit., pág. 574.

<sup>4</sup> Como dice DE LA OLIVA SANTOS, sería «el estado jurídico en que se encuentran algunos asuntos o cuestiones que han sido objeto de enjuiciamiento definitivo en un proceso (...). Es el estado de un asunto, antes litigioso, cuando ha sido decidido por los órganos jurisdiccionales de forma definitiva e irrevocable». OLIVA SANTOS, Andrés de la y Díez-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio: *Derecho procesal civil. El proceso de declaración*. Conforme a la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. 2.ª edición. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., Madrid, 2001, pág. 489.

controversia<sup>5</sup>. En este sentido y junto con la eficacia propia que se deriva de todo contrato, la transacción supone, además, la terminación de la cuestión pendiente<sup>6</sup>. En atención a la causa del contrato, el efecto final de la transacción es la *pacificatio controversiae*<sup>7</sup>.

Terminada la controversia, finaliza también el estado de incertidumbre que de ella se derivaba. La controversia inicial provocaba la incertidumbre respecto de la titularidad de un determinado derecho subjetivo al amparo de normas jurídicas. Los intereses en conflicto de las partes, exteriorizado por la pretensión y la negativa a ésta, comportaba la incertidumbre acerca de la titularidad o razón respecto del objeto de la controversia. Mediante el contrato de transacción, las partes autocomponen sus diferencias, ponen fin a dicha controversia y, por ende, eliminan la incertidumbre relativa a la situación inicial, fijando, pues, los extremos correspondientes de la relación jurídica existente.

En este sentido, la transacción incide directamente sobre la situación controvertida e incierta, haciéndola devenir cierta y determinada<sup>8</sup>. Por consiguiente, son las partes las que acuerdan que el derecho discutido por ambas quede fijado del modo estipulado en el contrato de transacción<sup>9</sup>.

Por lo que se refiere a los pactos celebrados, no debe considerarse

<sup>5</sup> POTHIER, Robert Josef: *Le Pandette di Giustiniano*, Volume I, ob. cit., pág. 223: «*E d'uopo che sia dato, ritenuto o promesso a fine di estinguere una lite. Se, dopo di aver ricevuto a titolo di Transazione quanto è contenuto nell'istrumento, null'altro fu convenuto di domanda-re, vedi che la tua avversaria può difendersi col soccorso dell'eccezione*».

<sup>6</sup> PEDREGAL Y CAÑEDO, Manuel: *Texto y comentarios al Código Civil español*, Tomo II, Imprenta de Enrique Maroto y Hermano, Madrid, 1889, pág. 792, IV.

<sup>7</sup> La idea del efecto final de la transacción la expresa SANTORO-PASSARELLI, Francesco: *La transazione*, ob. cit., pág. 277.

<sup>8</sup> «El contrato de transacción no se otorga por cada parte al solo objeto de provocar como consecuencia mediata la prestación de la otra parte, sino por ambas para dar certidumbre a una relación jurídica incierta» Así lo interpretan PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER en ENNECCERUS, Ludwig, KIPP, Theodor y WOLFF, Martín: *Tratado de Derecho Civil*, Segundo tomo, Derecho de obligaciones, por Ludwig ENNECCERUS, Volumen segundo, Doctrina general, traducción de la 35.ª edición alemana con estudios de comparación y adaptación a la legislación y jurisprudencia españolas por Blas PÉREZ GONZÁLEZ y José ALGUER, Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1935, pág. 505 y reproducido por SANAHUJA, J. M.ª: «Consideraciones sobre la naturaleza del contrato de transacción y principales cuestiones que plantea», en *Revista de Derecho Privado*, Tomo XXIX, enero-diciembre 1945, cit., pág. 237. En un sentido similar, GULLÓN BALLESTEROS, Antonio: Comentario a los artículos 1.809 a 1.819 del Código civil, ob. cit., pág. 1769.

<sup>9</sup> En este sentido, podría decirse que las partes no reconocen ni tampoco renuncian total o parcialmente el derecho objeto de la controversia porque al ser éste dudoso no lo ostentan y por consiguiente no pueden disponer de él.

que, como resultado del convenio celebrado, el derecho subjetivo objeto de la controversia es adquirido derivativamente por una de las partes en virtud del contrato de transacción, ni de forma traslativa ni tampoco de forma constitutiva<sup>10</sup> por cuanto que dicha interpretación supondría entender que la parte que renuncia a su pretensión en favor de la otra era la titular de dicho derecho cuando, precisamente, dicha titularidad es discutida.

Por consiguiente, respecto del objeto interno de la controversia<sup>11</sup>, la transacción no supone la traslación ni tampoco la constitución del derecho subjetivo en litigio sino que supone la fijación de la titularidad del derecho por el acuerdo alcanzado por las partes mediante la celebración de dicho contrato. Así las cosas, las recíprocas concesiones de las partes deben ser valoradas en la relación, no tanto ya respecto de la situación preexistente sino en relación con la posición asumida por las partes en la controversia que ha quedado fijada.

Por otra parte, debe señalarse que, aunque la voluntad de las partes no es la de declarar la realidad de la situación preexistente sino superar una situación jurídica controvertida y, por consiguiente, dudosa o incierta mediante la fijación del objeto de la controversia, la transacción alcanza la composición de la controversia a través de un esquema negocial que se aproxima a la función declarativa<sup>12</sup>, función ésta más propia de la sentencia. En efecto, la sentencia de fijación tiene la función de declarar, de un lado, la realidad de los hechos y, de otro, la regla del derecho que debe aplicarse al caso concreto en virtud de la norma jurídica abstracta. Todo ello en atención a que la función del juez es meramente declarativa en cuanto se halla vinculada a la búsqueda y a la aplicación de la norma preexistente al caso concreto.

Ahora bien, la transacción, en cuanto negocio jurídico que es, debe ser considerada como dispositiva en el sentido de la actitud del negocio dirigida a incidir en la relación jurídica preexistente. Esta incidencia

<sup>10</sup> Sobre la adquisición del derecho subjetivo, Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis y GULLÓN BALLESTEROS, Antonio: *Sistema de Derecho civil*, Volumen I, ob. cit., pág. 459 y ss.

<sup>11</sup> La interpretación es, en cambio, distinta con respecto a los derechos subjetivos que configuran el objeto del contrato y que son externos al de la controversia. En estos casos, las prestaciones de las partes se configurarían como supuestos de adquisición derivativa por cuanto que el derecho subjetivo externo a la controversia que no es dudoso preexiste de un titular anterior y la adquisición se produce en virtud del contrato de transacción.

<sup>12</sup> MARTY, Gabriel, RAYNAUD, Pierre y JESTAZ, Philippe: *Droit Civil*, Tome II, 1er volume, Les sûretés, La publicité foncière, Sirey, Paris, 1987, pág. 552: «la transaction qui met fin à un litige par des concessions réciproques et dont il est dit qu'elle consacre des droits préexistants, à la manière d'un jugement déclaratif».

consiste en la fijación del término controvertido de la relación jurídica preexistente, dejando de ser controvertido desde la perfección del contrato de transacción. Así, perfeccionado el contrato, la situación jurídica deja de ser incierta. Estructuralmente, el negocio es un acto de voluntad y, funcionalmente, tiende a modificar la situación jurídica a la que se refiere. Sin embargo, esta tendencia a modificar no significa en todo caso modificación en la transacción, cuanto menos por lo que a la situación jurídica preexistente se refiere<sup>13</sup>.

La naturaleza dispositiva de la transacción halla su fundamento en el esquema negocial de la figura. La exigencia de las concesiones recíprocas en la estructura del negocio implica que con la transacción es posible no una solución cualquiera de la controversia sino sólo aquella que comporta un sacrificio mutuo de las partes. Este sacrificio mutuo es el requisito relevante para la ley que prescinde completamente de un juicio sobre la controversia en el sentido de que las partes pueden componerla como prefieran. En suma, las partes disponen de sus respectivos derechos con una finalidad concreta y específica como es la de renunciar a parte de sus posturas iniciales para terminar con el conflicto nacido respecto a una relación jurídica existente entre ellas.

La incidencia de la transacción en una situación jurídica previa respecto de la cual ha surgido una controversia suscita la cuestión relativa a la existencia o no de una novación de aquélla.

#### a) El pretendido efecto novatorio

La novación, tradicionalmente calificada como extintiva, se configura como un *effectum iuris*<sup>14</sup> derivado del acuerdo de voluntades celebrado entre los sujetos que persiguen la extinción de una situación jurídica obligacional anterior y la constitución de una nueva o, también, cuando los sujetos celebran un negocio jurídico de todo punto incompatible con el existente, lo que provoca la extinción del primero<sup>15</sup>.

<sup>13</sup> En estos términos se pronuncia SANTORO-PASSARELLI, Francesco: *La transazione*, ob. cit., págs. 67 y 68 y también GIORGIANNI, Michele: Voz «negozio di accertamento» en la Enciclopedia del diritto, Giuffrè, 1992, pág. 231.

<sup>14</sup> Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis: *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, Volumen II, ob. cit., pág. 796.

<sup>15</sup> Cuando la voluntad de las partes en una relación obligatoria de modificarla se manifiesta de forma patente, la novación de la obligación es calificada como expresa. Por contra, cuando la extinción de la obligación se produce porque la nueva es incompatible con la existente, la novación es calificada de tácita. Y ello es así, de conformidad con la norma del artículo 1.204 del Código civil.

Frente a esta modalidad que proviene del Derecho romano, el Código civil de 1889 prevé otro tipo de novación, la modificativa, al establecer la alteración de las obligaciones en la sección sexta, bajo el título «De la novación», correspondiente al Capítulo IV, relativo a la extinción de las obligaciones, del Título primero, «De las obligaciones», del Libro IV, relativo a las obligaciones y contratos<sup>16</sup>.

De conformidad con las disposiciones legales vigentes, la novación como *effectum iuris* tiene aplicación en aquellos casos en que la situación jurídica consiste en una relación obligatoria<sup>17</sup>. Por tanto, *ab initio*, la transacción que persigue la resolución de una controversia respecto de una relación jurídica no obligatoria no podría considerarse que, en puridad, ha producido la novación de la misma.

Para el caso de que la controversia se suscite respecto de una relación jurídica obligatoria, debemos referirnos a la novación en sentido amplio, de un lado, respecto de la controversia y, de otro, en relación con la situación preexistente.

En un sentido técnico, la transacción no puede comportar la novación en su sentido propio porque su función es inconciliable con la novación. La novación se caracteriza por la distinción entre la situación anterior y aquella que la sucede; supone, además, la existencia de la obligación precedente y requiere de un elemento subjetivo (la voluntad de las partes de novar, esto es, el *animus novandi*) y de uno objetivo (la obligación que se pretende novar, es decir, el *aliquid novi*).

Y la transacción tiene la función de superar la controversia<sup>18</sup> mediante un acuerdo de intereses para el que el ordenamiento jurídico requiere, únicamente, la existencia de un acercamiento de las posiciones

<sup>16</sup> La aparente coexistencia de dos especies distintas, la extintiva y la modificativa, dentro del mismo género que sería la novación ha sido ampliamente debatida por la doctrina tanto en las obras relativas al derecho civil patrimonial en general como aquellas obras específicas que se ocupan de este instituto en particular. Así, Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis: Fundamentos del Derecho civil patrimonial, Volumen II, págs. 800 y ss.; ALBALADEJO, Manuel: Derecho Civil, II, «Derecho de obligaciones», Volumen primero «Las obligaciones y el contrato en general», ob. cit., pág. 305, entre otros. De forma particular, esta cuestión es abordada por SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís: La novación de las obligaciones, ediciones Nauta, Barcelona, 1964.

<sup>17</sup> «La novazione è ristretta alle obbligazioni, e si verifica quando un rapporto obbligatorio viene sostituito con un nuovo rapporto obbligatorio, rimanendo in conseguenza estinto». SANTORO-PASSARELLI, Francesco: La transazione, ob. cit., pág. 83.

<sup>18</sup> La incompatibilidad de la transacción y la novación en atención a las distintas causas de cada uno de los institutos es señalada por SANTORO-PASSARELLI, Francesco: La transazione, ob. cit., pág. 85.

de las partes en la controversia. La verdadera diferencia entre modificación y transacción reside en que la transacción pone fin a una relación contractual que ha devenido hostil en relación con un punto dudoso de modo que la modificación permite la continuación amistosa de un contrato que, al margen de todo elemento dudoso, ha devenido inadaptable<sup>19</sup>. Por ello, los requisitos propios de la novación no son necesarios en la transacción. La existencia de la relación jurídica controvertida es el presupuesto de la transacción de tal modo que cualquiera que sea la manera con que las partes inciden en esta relación controvertida se tratará siempre de un medio para alcanzar el objetivo de componer la controversia y, por consiguiente, de resolver la incertidumbre que se deriva de ella. De ahí que la causa novatoria no forma parte de la transacción. Y en el caso de que se demostrara la existencia de un *animus novandi*, ello no debería interpretarse en el sentido de que ésta es la causa de la transacción sino que, sencillamente, las partes para componer la controversia ha considerado oportuna la extinción de la relación originaria y crear una nueva.

Este efecto extintivo no supone la voluntad de las partes de suprimir la relación obligatoria existente sobre la cual ha surgido una controversia sino que su extinción surge del hecho de que las partes, en lugar de limitarse a fijar las posiciones controvertidas para superarla, han hecho algo más, han creado una relación nueva cuya configuración es incompatible con la existente hasta ese momento<sup>20</sup>. En sentido técnico, no existe *animus novandi* sino la configuración de una relación que no se concilia con la originaria<sup>21</sup>.

En suma, el contrato de transacción celebrado por las partes en aras de superar la controversia surgida en su día entre ellas puede consistir en una modificación de la situación jurídica preexistente<sup>22</sup> de tal modo que

<sup>19</sup> MARTY, Gabriel y RAYNAUD, Pierre: *Droit Civil*, ob. cit., pág. 413.

<sup>20</sup> NICOLÒ, Rosario: «*de reciproche concessioni possono essere obbiettivamente tali da indurre un mutamento così radicale nel rapporto originario che questo perde la sua individualità e si trasfonde nel nuovo rapporto, contenuto nella transazione; possono invece non giungere fino a tanto, ma l'atteggiamento della volontà delle parti può esser tal che l'elemento modificato non si inserisce nello schema del rapporto originario, che rimarrebbe per il resto integro, ma dà vita ad un rapporto nuovo che l'intenzione dei contraenti considera sostituito integralmente all'antico*». NICOLÒ, Rosario: «Transazione e novazione», Raccolta di scritti, II, Giuffrè editore, Milano, 1980, pág. 1333.

<sup>21</sup> Por contra se ha considerado que en una misma convención puede reunirse un elemento transaccional y un elemento novatorio como si se tratase de dos elementos en el mismo plano. GROPALLO, Enrico: «La natura giuridica della transazione», en *Rivista di diritto civile*, 1931, I, pág. 348.

<sup>22</sup> SEGNI M.: «Natura della transazione e disciplina dell'errore e della risoluzione», en *Rivista di Diritto civile*, maggio-giugno 1982, I, pág. 268 a 272. «Efficacia meramente modificativa della transazione non novativa sul rapporto controverso».

la relación jurídica que se deriva del negocio transaccional ya no coincide con el originario sino que se trata de una relación nueva ineludiblemente incompatible con la primera. Y es, precisamente, esta situación de incompatibilidad la que provoca el efecto novatorio característico, el cual no deriva, subjetivamente, de la voluntad de las partes sino, objetivamente, de la configuración que las partes otorgan a la relación jurídica negocial que proviene del esquema del negocio transaccional<sup>23</sup>.

Por todo ello, la novación es, si acaso, un medio de alcanzar la transacción para el supuesto en que la transacción incida en la situación jurídica preexistente en su totalidad o, también, una consecuencia derivada del acuerdo de las partes en el que el objeto del contrato es externo al de la controversia suscitada. En este sentido podría considerarse que la transacción innova la situación preexistente<sup>24</sup>.

Por consiguiente, entre la transacción y la novación existe una correlación posible, en abstracto, y accidental, en concreto, cuya distinción vendrá proporcionada del examen de la función y de la eficacia que el elemento de las concesiones recíprocas de las partes puede tener en cada caso<sup>25</sup>.

Al respecto, debe resaltarse que las consecuencias que se derivan de la incidencia de la transacción en el objeto interno de la controversia o en el objeto externo a ella son distintas. Así, la incidencia del contrato de transacción respecto del objeto de la controversia no debe considerarse como novación habida cuenta que la obligación era, precisamente, dudosa. De acuerdo con la finalidad que se predica del instituto, la transacción repercute en la situación jurídica controvertida al objeto de terminar la *res dubia* que se deriva de la colisión de pretensiones de tal modo que dicha situación jurídica sea cierta. Por consiguiente, la modificación no puede predicarse de una obligación cuya existencia es incierta.

Distinta consideración merece el efecto de la transacción, en cambio, respecto del objeto externo a la controversia, esto es, cuando el contrato

<sup>23</sup> Así lo establece NICOLÒ, Rosario: «Il riconoscimento e la transazione nel problema della rinnovazione del negozio e della novazione dell'obbligazione», en *Racolta di scritti*, I, Giuffrè editore, Milano, 1980, pág. 465.

<sup>24</sup> PRATO, Enrico del: *La transazione*, ob. cit., pág. 43 y siguientes. «L'efficacia dispositiva della transazione fa sì che questa innovi il rapporto preesistente. Ciò che varia è la misura di tale innovazione, che può risolversi in una mera modificazione della realtà oggetto di controversia oppure nella sua estinzione e nella costituzione di una situazione nuova, di cui la transazione si pone come fonte esclusiva».

<sup>25</sup> NICOLÒ, Rosario: «Transazione e novazione», *Racolta di scritti*, II, ob. cit., pág. 1334.

tiene por objeto obligaciones distintas a las que forman parte del conflicto. En este supuesto, la prestación o prestaciones pactadas por las partes en el contrato de transacción podrán significar una alteración de la obligación u obligaciones anteriormente concertadas por las partes, que al no ser controvertidas, pueden ser susceptibles de modificación por su titular, en virtud del principio de la autonomía de la voluntad de las partes previsto en el artículo 1.255 del Código civil<sup>26</sup>.

Sin embargo, la novación de la situación preexistente también tendrá lugar si como consecuencia de la controversia suscitada respecto de alguna de las obligaciones que se derivan de una determinada relación obligatoria y para poner fin a esta colisión de intereses, las partes acuerdan la extinción del título constitutivo y la creación de uno nuevo. En efecto, en este caso deberá decirse que mediante una novación se alcanzó la transacción. Este sería el supuesto en que, por ejemplo, el arrendatario no está conforme con el aumento de la renta practicado por el arrendador y se niega a su pago porque por el mismo precio del arrendamiento podría cumplir con el pago de los plazos de un crédito destinado a la adquisición de un inmueble de condiciones similares. Ante la controversia que la negativa al pago por parte del arrendador comporta, los sujetos acuerdan que el pago de la cuantía mensual será en concepto de plazo de adquisición de dicho inmueble. En este caso, el título de arrendamiento inicialmente concertado ha sido modificado por otro. Por consiguiente, la transacción respecto de la controversia suscitada ha sido superada mediante la novación del título constitutivo de la relación obligatoria<sup>27</sup>.

En esta misma línea, la transacción podrá considerarse como novatoria en el caso de que la situación jurídica preexistente sea sustituida por la situación jurídica que la transacción genera<sup>28</sup> cuando la controversia

<sup>26</sup> Al amparo del artículo 1.255 del Código civil, las dos partes de una relación obligatoria puede modificar su obligación primitiva sin destruirla. Así lo establece SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís: *La novación de las obligaciones*, ob. cit., pág. 565.

<sup>27</sup> Otros ejemplos que suponen la extinción del negocio jurídico inicial respecto del cual surgió la controversia que las partes superan mediante su extinción y la constitución de una nueva relación son expuestos por PALAZZO A.: *La transazione*, en *Trattato di diritto privato* de P. Rescigno *Obbligazioni e contratti*, XIII, t. 5, ob. cit., pág. 321 «*Si riscontra la rinuncia da parte del locatario e la simultanea accettazione da parte del conduttore dell'aumento del canone, concessioni che consentono l'inizio di un nuovo rapporto che si caratterizza già per il contenuto tipico proprio della disciplina legale della locazione di immobili urbani*».

<sup>28</sup> Respecto de las distintas posturas adoptadas por la doctrina italiana respecto de la consideración de la novación como un efecto de la transacción, LAUDISA, Luciana: «La contestazione della transazione» en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, cit., págs. 425 a 428.

afectaba a la globalidad de dicha situación. Por contra, la transacción podría considerarse que no comporta la novación cuando la situación preexistente no es controvertida en su totalidad sino sólo alguno de sus extremos<sup>29</sup>.

En suma, la consideración de la novación como medio para alcanzar la transacción<sup>30</sup> estará en función de que la situación jurídica preexistente, fuente de la controversia, sea totalmente suprimida o sólo parcialmente superada. Así, cuando la transacción incida sobre la situación litigiosa alterando el título constitutivo cabría decir que se ha producido una novación. Por contra, cuando la composición de la controversia se produzca respecto de algunos aspectos del título que constituyen la situación jurídica preexistente, la transacción no produce efectos novatorios<sup>31</sup>.

A modo de corolario, la certeza que la transacción otorga a la situación jurídica controvertida no debe interpretarse como una novación, al menos por lo que al objeto interno de la controversia se refiere. La novación es un *effectum iuris* que deriva de un acuerdo de voluntades celebrado y que supone la extinción de una relación jurídica obligatoria y la constitución de una nueva, o, impropriamente, su modificación. Por consiguiente, la novación no puede predicarse con carácter general de toda transacción, porque, primero, el objeto de la controversia puede referirse a un derecho subjetivo distinto del derivado de una obligación y, segundo, aun cuando en su caso se refiriera a una obligación, ésta sería inicialmente controvertida y dudosa. La novación tendrá lugar respecto del objeto externo de la controversia cuando relaciones jurídicas distintas de la controvertida son extinguidas o modificadas como consecuencia de la transacción. La novación de alguna relación jurídica obligatoria antecedente que vinculase a las partes podrá ser un medio más de transacción cuando se lleve a la misma a modo de objeto externo para facilitar el acuerdo transaccional. Pero equiparar la transacción a una novación en todo caso supone una visión reconduccionista que no se corresponde con la auténtica naturaleza jurídica de este contrato.

Y en cuanto a su incidencia respecto de terceros, la transacción se rige por las normas generales de todo contrato.

<sup>29</sup> En este sentido se pronuncia SANTORO-PASSARELLI, Francesco: *La transazione*, ob. cit., págs. 79 y 80.

<sup>30</sup> «Poiché la novazione diviene mezzo di composizione della lite, la sua causa viene assorbita dalla causa transattiva che prevale». LAUDISA, Luciana: «La contestazione della transazione» en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, cit., pág. 428.

<sup>31</sup> VALSECCHI, Emilio: «Transazione giudiziale, risoluzione per inadempimento e novazione», en *Foro italiano*, 1952, I, pág. 883.

## b) La eficacia relativa de la transacción

El contrato de transacción limita su eficacia al ámbito de sujetos que lo han realizado sin afectar a la esfera jurídica de terceros, de acuerdo con la regla general de la eficacia relativa de los contratos.

Puesto que el contrato de transacción es una manifestación de la autonomía privada en aras a la reglamentación de los propios intereses, traducida en la autocomposición de la controversia, esta reglamentación sólo afecta a la esfera jurídica de los autores de dicha manifestación<sup>32</sup>.

En consonancia con la norma del artículo 1.257 del Código civil, el contrato de transacción sólo producirá efecto entre las partes que lo han otorgado y sus herederos con las salvedades en ella establecidas. Así las cosas, el contrato inicialmente sólo produce efectos entre las partes contratantes que lo han celebrado pero cuando la posición de una de ellas es ocupada por su causahabiente, éste entra en la relación jurídica contractual en el lugar que ocupaba aquélla y, por consiguiente, siempre que los derechos y obligaciones que de él procede, no sean intransmisibles por naturaleza, por pacto o por disposición de ley, el contrato produce efectos entre los sucesores de los que lo otorgaron.

El contrato de transacción puede producir efectos respecto de terceros cuando una de las prestaciones de las partes consista en realizar alguna conducta en favor de un tercero ajeno a la relación contractual siempre y cuando concurren los requisitos necesarios para su validez<sup>33</sup>.

Que la eficacia del contrato de transacción no ultrapasa los límites del círculo de personas que lo han concertado junto con sus herederos en los términos señalados alcanza su máximo exponente cuando uno de los contratantes ocupa una posición de solidaridad junto con otros sujetos en una relación obligatoria.

En esta línea, cuando un sujeto que concurre solidariamente con otro u otros sujetos en una sola obligación, ya sea en la posición acreedora o en la posición deudora, realiza un contrato de transacción que incide sobre una situación jurídica controvertida en la que se halla inmerso junto con los cotitulares solidarios, este contrato de transacción no produce efectos respecto de los demás acreedores o deudores solidarios.

<sup>32</sup> DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis: *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, Volumen II, ob. cit., pág. 141.

<sup>33</sup> Al respecto, ALBALADEJO, Manuel: *Derecho Civil*, II, «Derecho de obligaciones», Volumen segundo, «Los contratos en particular y las obligaciones no contractuales», ob. cit., páginas 388 y ss.

La justificación de esta ineficacia respecto de los demás codeudores o coacreedores del contrato de transacción celebrada por uno de los deudores o uno de los acreedores solidarios tiene su fundamento en que la transacción es un acto de riguroso dominio. A través del contrato de transacción los sujetos disponen de sus bienes y derechos por lo que se precisa de la capacidad de obrar suficiente con el poder de disposición necesario para su eficacia. En consonancia con este requisito de capacidad previsto para este contrato, el representante deberá ostentar un mandato expreso para que la transacción que pueda efectuar sea válida y eficaz.

De todo ello se desprendería que salvo la concurrencia de un poder expreso que legitime a uno de los codeudores o coacreedores solidarios a transigir por los demás, el contrato de transacción sólo producirá efectos entre las partes contratantes y sus herederos<sup>34</sup>.

Sin embargo, sobre la base de que la renuncia afecta a derechos o actos de riguroso dominio nos remitimos a los artículos 1.141, 1.143 y 1.146 del Código civil. Por consiguiente, el acreedor solidario podrá hacer aquello que sea útil para los demás pero no lo que les sea perjudicial (ex artículo 1.141)<sup>35</sup>.

El hecho de que la transacción no se encuentre entre los supuestos previstos en el artículo 1.143 del Código civil no debe interpretarse como que los acreedores solidarios no pueden transigir. Si se puede lo más, esto es, la posibilidad de remitir la deuda, cabría entender que se puede también transigir. En cualquier caso, el acreedor solidario que ha transigido responderá para con los codeudores en la relación interna, según se desprende del artículo 1.146 del Código civil.

<sup>34</sup> Ello no es así en Derecho francés: si uno de los coobligados solidariamente transige con el acreedor, los otros pueden invocar dicha transacción en virtud de la representación mutua que la solidaridad comporta que, sin embargo, no opera cuando perjudica a los demás. Al respecto se pronuncia BÉNABENT, Alain: *Droit Civil, Les contrats spéciaux*, ob. cit., página 574.

<sup>35</sup> En Derecho francés, la transacción efectuada por el acreedor con uno de los deudores solidarios podrá afectarles siempre que sea en su provecho por cuanto que se interpreta que tácitamente todos ellos se otorgan el correspondiente poder para mejorar su situación, pero esta transacción no podrá perjudicarles porque su mandato no les autoriza a realizar aquellos contratos que les pudiesen perjudicar. Así, a título de ejemplo, DELSOL, Jean Jacques: *Explication élémentaire du Code Civil*, ob. cit., págs. 466 y 467.

### c) La retroactividad: efecto declarativo respecto del objeto interno pero constitutivo respecto del objeto externo<sup>36</sup>

En relación con los derechos en litigio, la transacción opera como un juicio que consagra su existencia incontestable en provecho de la parte. Esta constatación del derecho no se analiza como una transferencia del derecho en su favor: la transacción no hace sino constatar un derecho preexistente<sup>37</sup>.

De este modo, aquello que se obtiene mediante la transacción no es *de iure novo*, se *iure primo*<sup>38</sup>, no transfiere el derecho sino que su efecto consiste únicamente en la supresión de una duda que respecto de la propiedad de una de las partes la convertía en litigiosa e incierta<sup>39</sup>: «*Clarum est quod nullum dominium transfertur, nec novus titulus acquiritur, sed sola liberatio controversie*».

Por consiguiente, en relación con el objeto interno de la controversia, la transacción provoca que el derecho controvertido y dudoso deje de serlo<sup>40</sup>. La transacción supone la fijación de derechos por obra de las partes constituyendo una aclaración respecto de la relación jurídica controvertida. Por ello, los derechos y obligaciones de las partes relativos al objeto interno de la controversia no tienen causa de la transacción sino de la situación previa sobre la cual el contrato incide para finalizar la

<sup>36</sup> Respecto a las prestaciones que las partes acuerdan para superar una controversia mediante la celebración de un contrato de transacción, éste producirá distintos efectos según cual sea la conducta adoptada. Por consiguiente, en atención a la multiplicidad de prestaciones que los sujetos pueden acordar, también serán múltiples los efectos que se deriven del contrato.

Precisamente, los distintos efectos que la transacción puede producir en atención a los acuerdos de las partes ha provocado que la doctrina otorgue una naturaleza u otra a la transacción. La calificación de la naturaleza jurídica de la transacción en sus distintos sentidos viene determinado por el efecto que se considera predominante según su intérprete. Respecto de las distintas teorías que se han vertido acerca de la naturaleza de la transacción GULLÓN BALLESTEROS, ANTONIO: *La transacción*, ob. cit., págs. 53 a 70 y págs. 78 a 81 respecto de la postura adoptada por la jurisprudencia y PELÁEZ SANZ, FRANCISCO J.: *La transacción*, ob. cit., págs. 91 a 114.

<sup>37</sup> Por ejemplo, la transacción en relación a la propiedad de un derecho litigioso no transfiere esta propiedad al beneficiario sino que reconoce su carácter incontestable.

<sup>38</sup> Así lo estableció LUCA, Johannes Baptistae de: *Theatrum veritatis et justitiae sive decisivi discursus*, Lugduni, MDCXCVII, tomo I, De feudis, et bonis jurisdictionalibus et bulla baronum, ob. cit., disc. 47, n. 9.

<sup>39</sup> Así lo establece MOURLON, Frédéric: *Répétitions écrites sur le Code Civil*, ob. cit., página 545.

<sup>40</sup> La transacción «*Litem et ambiguitatem dirimit, sed materiam primariam iuris non generat ... Non est titulus, sed tituli pratensis confessio*». MOURLON, Frédéric: *Répétitions écrites sur le Code Civil*, Tome troisième, cit.

controversia<sup>41</sup>. El derecho deriva no de la transacción sino de una causa anterior y preexistente<sup>42</sup>.

En este sentido, el título oponible a terceros es el título inicial que fue objeto de controversia y que merced a la transacción ha dejado de serlo. Así se extrae de la atribución a la transacción del efecto declarativo<sup>43</sup> entre las partes contratantes. Este efecto resulta del hecho que el beneficiario sea reconocido como el titular del derecho en virtud de la situación jurídica preexistente. Por este motivo, respecto del objeto interno de la controversia, la transacción produce efectos retroactivos hasta el título inicial con todas las consecuencias que de él pudieren derivarse.

Esta consideración viene confirmada por la norma ya citada del artículo 28 del Reglamento del Impuesto de Transmisiones y Actos Jurídicos Documentados en su último párrafo. Según esta disposición «Cuando por efecto de la transacción queden los bienes o derechos reales en poder del que los poseía, en virtud del título ostentado en el litigio, aquél no pagará el impuesto, si resulta debidamente justificado que lo satisfizo en la época en que adquirió el dominio o la posesión»<sup>44</sup>.

Esta norma tiene su fundamento en el efecto declarativo respecto de los bienes objeto de la controversia en la transacción. El sujeto que ostenta la titularidad del hasta entonces discutido derecho merced a la transacción, no deberá pagar el impuesto si queda probado que ya lo satisfizo.

<sup>41</sup> GULLÓN BALLESTEROS, Antonio: *La transacción*, ob. cit., pág. 71.

<sup>42</sup> En estos términos se expresa VUILLAUME, F.: *Commentaire analytique de Code Napoléon*, Cotillon, Libraire, Paris, 1855, pág. 63.

En esta misma línea, respecto del objeto interno de la controversia, si bien sin emplear estos términos, GULLÓN BALLESTEROS señala que «En la transacción existe una fijación convencional de derechos por obra de las partes, que declaran con un valor vinculante la extensión que ha de darse a la fuente de la relación jurídica controvertida. Viene a ser la transacción una fuente de la relación, no en el sentido de que sustituye a la primitiva, sino que coexiste con ella aclarándola. Los derechos y obligaciones de las partes no han de considerarse que tienen su causa en la transacción en sí, sino en la fuente primaria que ha sido completada.». GULLÓN BALLESTEROS, Antonio: *La transacción*, ob. cit., pág. 70.

<sup>43</sup> Esta consideración podría ser objeto de crítica afirmando que, en la transacción, las partes no formulan juicio sobre la solución más justa, como sí sucede en la sentencia judicial que, propiamente, declara el derecho, competencia exclusiva de quien está dotado de jurisdicción o, en su caso, de los legalmente habilitados para ellos, como los árbitros. Como réplica, podría argumentarse que lo que cuenta es el valor atribuido por la Ley a la concorde manifestación de voluntad en la transacción, esto es, la eficacia preclusiva del acuerdo dando por terminada la controversia, como sucede con la sentencia firme, si bien la distinción esencial entre una y otra es clara y es la inexistencia de un juicio en la transacción.

<sup>44</sup> Real Decreto 828/1995, de 29 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto de transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados (BOE 22/6/1995).

Este efecto declarativo sólo concierne al bien litigioso<sup>45</sup>. Respecto de los demás objetos que forman parte de la transacción como contraprestación a la renuncia de la otra parte y que configuran el objeto externo de la controversia, la transacción no produce efectos declarativos. Por tanto, estos bienes no controvertidos no son «declarados» de forma incontestable en la transacción sino que son la moneda de cambio respecto de la renuncia que la otra parte pudiese asumir para alcanzar el equilibrio entre los sacrificios de cada una de ellas<sup>46</sup>.

De ahí que la transacción produzca el efecto constitutivo, traslativo o extintivo respecto de las obligaciones, bienes y derechos externos al ob-

<sup>45</sup> Así, por ejemplo, DELSOL, Jean Jacques: *Explication élémentaire du Code Civil*, ob. cit., pág. 468.

<sup>46</sup> La cuestión no es pacífica para la doctrina. Así, ALBALADEJO considera que la transacción puede ser tanto declarativa como traslativa, variando de caso a caso. Cuando lo acordado coincida con el aparente anterior estado objetivo de cosas, al ser reconocidos a cada parte los derechos que realmente tenían, la transacción se considerará declarativa; cuando el acuerdo comporte el traspaso a una parte de derechos que eran verdaderamente de la otra, modificándose, por tanto, el estado subjetivo anterior de cosas, la transacción se considerará traslativa. ALBALADEJO, Manuel: *Derecho civil*, II, Derecho de obligaciones, volumen segundo, novena edición, ob. cit., pág. 384.

Opinión distinta mantiene LUNA SERRANO al considerar que la transacción tiene naturaleza dispositiva en atención a que fija posiciones pero no declara nada sobre lo preexistente puesto que solventa la controversia mediante el arreglo dispositivo que suponen las recíprocas concesiones. LUNA SERRANO, Agustín: *La transacción* en Elementos, ob. cit., página 559.

En otra línea completamente distinta, PELÁEZ SANZ señala que «La transacción es un contrato de eliminación de una controversia, fuente de una relación jurídica nueva que va a ocupar el lugar de la primitiva» considerando que «el origen de todas las polémicas doctrinales en torno a la naturaleza de la transacción, está en tomar como punto de referencia el contenido de los acuerdos transaccionales; tan variado, que han creado las distintas teorías existentes en esta materia. Lo que realmente interesa a las partes es terminar el conflicto; el modo de materializarse es algo accesorio y siempre en función de la necesidad de eliminar definitivamente la litigiosidad, de ahí la diversidad de contenidos». PELÁEZ SANZ, FRANCISCO: *La transacción. Su eficacia procesal*, ob. cit., págs. 111 y 112.

Sobre este particular, véase también SANAHUJA, J. M.<sup>2</sup>: «Consideraciones sobre la naturaleza del contrato de transacción y principales cuestiones que plantea», en *Revista de Derecho Privado*, Tomo XXIX, enero-diciembre 1945, cit., pág. 230 a 239 y MOXÓ RUANO, Antonio: «Notas sobre la naturaleza de la transacción», en *Revista de Derecho Privado*, Año XXXIV, núm. 402, septiembre 1950, cit., pág. 673 a 694.

En la doctrina italiana, destacan CARNELUTTI, Francesco: «Note sull'accertamento negoziale» en *Rivista di diritto processuale civile*, 1940, I, pág. 8; GROPPALLO, Enrico: «La natura giurídica della transazione», en *Rivista di diritto civile*, 1931, I, cit., pág. 321 a 384; FURNO, Carlo: «In torno alla natura della transazione», en *Rivista del diritto commerciale*, ob. cit., pág. 451 a 468 y el mismo autor en «Negozio dichiarativo o transazione?», en *Giurisprudenza italiana*, 1951, Parte prima, sezione I, pág. 581 a 584; VALSECCHI, Emilio: «In tema di transazione. I.- Intorno alla natura della transazione», en *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, anno XLVIII, parte prima, Casa editrice dottor Francesco Vallardi, Milano, 1950, pág. 453 a 483, SANTORO-PASSARELLI, Francesco: *La transazione*, ob. cit., pág. 17 a 21 y 67 a 86 y PRATO, Enrico del: *La transazione*, ob. cit., pág. 47.

jeto de la controversia. Y estos efectos de los derechos y obligaciones que el contrato determina se producen a partir de la celebración de la transacción<sup>47</sup>.

En suma, la transacción produce efectos retroactivos respecto del derecho objeto de controversia al momento de constitución del título respecto del cual la duda se ha generado. En cambio, los bienes y derechos que no formaron parte de la controversia jurídica causan sus efectos desde la transacción<sup>48</sup>.

#### d) Los distintos efectos de la cosa juzgada

El efecto primordial de la transacción que consiste en terminar la cuestión pendiente comporta otra consecuencia cual es la de impedir que se promueva o se continúe con el proceso posible o en su día comenzado, comprometiéndose las partes a estar y cumplir con la decisión adoptada de común acuerdo<sup>49</sup>. La transacción libre y espontáneamente concertada es obligatoria y debe observarse hasta el punto que ésta tiene para las partes la autoridad de la cosa juzgada, según dispone el artículo 1.816 del Código civil. En puridad, la expresión del artículo 1.816 del Código civil relativa a la cosa juzgada es una metáfora porque, en realidad, nada se ha juzgado en la transacción. Ahora bien, en cuanto que la autoridad de la cosa juzgada es un concepto que conlleva como efecto, entre otros, el hecho de impedir que vuelva a tratarse la cuestión controvertida y aunque está previsto en esencia para la sentencia, consideramos que su aplicación respecto a la transacción es procedente si tenemos en cuenta, de un lado, que el ordenamiento jurídico no ha acuñado una expresión específica que manifieste estos mismos efectos para este contrato que es la transacción y, de otro lado, que el acuerdo alcanzado por las partes también se impone al Juez como hecho jurídico, aun-

<sup>47</sup> MOURLON justifica esta postura del siguiente modo: «*Si, par exemple, Primus et Secundus, entre lesquels une maison est en litige, conviennent, d'une part que la maison contestée restera à Primus, et, d'autre part, que Secundus recevra, en échange de sa concession, une prairie appartenant à Primus, cet arrangement sera bien certainement translatif de propriété quant à la prairie cédée par Primus à Secundus. Que si Primus conserve la maison, à la charge par lui de consentir sur sa prairie un droit d'usufruit à Secundus ou d'abandonner une servitude qu'il a sur l'un des bien de ce dernier, la transaction sera évidemment constitutive ou extinctive d'un droit réel*». MOURLON, Frédéric: Répétitions écrites sur le Code Civil, Tome troisième, ob. cit., página 544.

<sup>48</sup> BÉNABENT, Alain: Droit Civil, Les contrats spéciaux, 2.<sup>a</sup> édition, ob. cit., pág. 576.

<sup>49</sup> Al respecto se pronuncia GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, Benito: *Códigos o estudios fundamentales sobre el Derecho Civil español, Tratado de las obligaciones*, ob. cit., pág. 581.

que no como acto revestido de «*imperium*», ya que éste sólo se predica de la sentencia y del laudo arbitral<sup>50</sup>.

Así, la cosa juzgada se concibe como un efecto propio de la sentencia judicial según la cual el resultado que de ella se obtiene no puede ser modificado, alterado ni desconocido<sup>51</sup>. Atendiendo a las dos maneras de alterar ese resultado, en relación con la forma de la resolución que contiene la superación de la controversia y respecto del fondo de la cuestión controvertida, se establecen dos consideraciones distintas de cosa juzgada. Así, de un lado, cuando una sentencia no puede ser impugnada directamente a través de los recursos arbitrados por la Ley, se dice que ésta goza de cosa juzgada formal<sup>52</sup>. De otro lado, cuando la sentencia no puede ser atacada por un nuevo proceso abierto con posterioridad en el que se pretende la alteración, desconocimiento o modificación del resultado obtenido de la anterior, se dice que la sentencia tiene el efecto de la cosa juzgada material, en los dos sentidos, negativo y positivo que de ellas se predicen<sup>53</sup>. Así, el instituto de la cosa juzgada tiene una doble

<sup>50</sup> Así se manifiesta CARRERAS LLANSANA, Jorge: «La solución de conflictos», cit., pág. 323.

<sup>51</sup> En su Exposición de Motivos, la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil justifica la orientación que ha tomado respecto de la cosa juzgada. Y lo hace en los siguientes términos: «En cuanto a la cosa juzgada, esta Ley, rehuyendo de nuevo lo que en ella sería doctrinarismo, se aparta, empero, de superadas concepciones de índole casi metajurídica y, conforme a la mejor técnica jurídica, entiende la cosa juzgada como un instituto de naturaleza esencialmente procesal, dirigido a impedir la repetición indebida de litigios y a procurar, mediante el efecto de vinculación positiva a lo juzgado anteriormente, la armonía de las sentencias que se pronuncian sobre el fondo en asuntos prejudicialmente conexos».

<sup>52</sup> Nos parece oportuno destacar la opinión manifestada por De la Oliva Santos respecto de la cosa juzgada formal. Según este jurista, la cosa juzgada formal no expresa exactamente lo mismo que la firmeza o la inimpugnabilidad. Según su parecer, estos dos términos expresan caracteres negativos y, aunque la cosa juzgada material esté «indisolublemente unido a la firmeza y a la inimpugnabilidad», ésta se refiere principalmente a que la resolución que alcanza «autoridad de cosa juzgada» tiene que ser respetada, «tiene que ser efectiva, de que se ha de partir de lo dispuesto en ella, con su concreto contenido, en el proceso en que se ha dictado, para los sucesivos actos de ese mismo proceso». Este jurista lo pone de relieve en OLIVA SANTOS, Andrés de la y Díez-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio: *Derecho procesal civil. El proceso de declaración*. Conforme a la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, ob. cit., pág. 490 y 491. También analiza la firmeza y la invariabilidad de las resoluciones Juan MONTERO AROCA, en MONTERO AROCA, Juan (...): *Derecho jurisdiccional*, II, Proceso Civil, 9.<sup>a</sup> edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pág. 457 a 459.

<sup>53</sup> La doctrina procesal no es unánime a la hora de calificar las dos funciones propias del aspecto material del efecto de la cosa juzgada. La mayor parte de la doctrina considera la función negativa como la preclusión de un juicio posterior sobre un mismo objeto con fundamento en el aforismo «*ne bis in idem*» y, por su parte, la función positiva se traduce en la vinculación que el resultado de la resolución produce respecto de un fallo futuro. Así, por ejemplo, GUASP, Jaime: *Derecho procesal civil*, Tomo primero «Introducción y parte general», ob. cit., pág. 554 y RAMOS MÉNDEZ, Francisco: *Derecho procesal civil* (Quinta edición), tomo I, ob. cit., págs. 668 y 669. Por otra parte, la función positiva de la cosa juzgada es considerada como la imposibilidad de obtener un resultado de signo opuesto al obtenido en una

vertiente: cosa juzgada formal, que opera dentro del proceso y cosa juzgada material que se refiere a procesos futuros, siempre y cuando exista una identidad<sup>54</sup> de sujetos, de *petitum* y de *causa petendi*<sup>55</sup>.

Trasladando estas consideraciones de la cosa juzgada como efecto propio de la sentencia a la transacción se comprueba como la autoridad

sentencia judicial firme, impidiendo que pueda plantearse un nuevo proceso y la función negativa, como la obligación de cualquier órgano judicial de no dictar otra sentencia que altere la resolución firme, es concebida por José TOMÉ en ALMAGRO NOSETE, José y TOMÉ PAULE, José: *Instituciones de Derecho Procesal, Procesal civil*, ob. cit., pág. 427. A propósito de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, DE LA OLIVA SANTOS, entiende la función negativa de la cosa juzgada material, cuando «se promueve un proceso con el mismo objeto ya decidido mediante resolución o sentencia firme en un proceso anterior», en el sentido de que obliga «al juez del segundo proceso a ponerle fin, a la mayor brevedad posible, porque, como es patente, el segundo proceso es, más que inútil (la cuestión ya fue juzgada), perjudicial (no se puede condenar por segunda vez al anteriormente condenado ni condenar al que, respecto del mismo litigio, resultó absuelto antes, y ni siquiera absolver al que, siempre respecto de lo mismo, fue primero condenado)». Por su parte, la función positiva la concibe como la «vinculación positiva o prejudicial que, respecto de lo decidido en una resolución firme sobre el fondo, afecta a todos los tribunales en procesos ulteriores, en que lo decidido sea parte del objeto de esos procesos». Al respecto, véase en OLIVA SANTOS, Andrés de la y DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio: *Derecho procesal civil. El proceso de declaración*, ob. cit., pág. 493.

<sup>54</sup> Así lo dispone precisamente la sentencia del Tribunal Supremo de 2 de octubre de 2001 (Ar. 7535), al considerar que el efecto de cosa juzgada entre las partes no tiene lugar en el supuesto objeto de recurso, puesto que el Tribunal considera que se ha realizado entre otros sujetos distintos a las partes en el proceso. En este caso concreto relativo a una tercera de dominio, la transacción se realizó entre quienes son ajenos al tercerista.

<sup>55</sup> Bajo el auspicio de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, el artículo 1.252 del Código civil establecía los requisitos para que la presunción de cosa juzgada derivada de un juicio surtiera efecto en otro. Según DE LA OLIVA SANTOS, era preciso una identidad entre personas, acciones, cosas y causas de pedir. Al respecto, véase OLIVA SANTOS, Andrés de la: *Sobre la cosa juzgada civil contencioso-administrativa y penal, con examen de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, ob. cit., pág. 24.

La entrada en vigor de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000 ha comportado la derogación del artículo 1.252 del Código civil. Y la nueva Ley Rituaria no contempla un único precepto en el que se establezcan los elementos del proceso concluido y el nuevo respecto de los que debe apreciarse una identidad. Por este motivo, la doctrina se refiere a los límites subjetivos, objetivos y temporales de la cosa juzgada material, siendo de destacar los comentarios realizados por DE LA OLIVA SANTOS respecto de esta cuestión en OLIVA SANTOS, Andrés de la y DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio: *Derecho procesal civil. El proceso de declaración*, ob. cit., pág. 503 a 526. Respecto a la cosa juzgada, este jurista considera que «la identidad objetiva total que permite desencadenar la función negativa o excluyente de la cosa juzgada requiere identidad de sujetos, de *petitum* y de *causa petendi*. Así, pues, podrá o deberá operar la función negativa de la cosa juzgada material si los sujetos son jurídicamente los mismos, si el *petitum* es el mismo y recae sobre el mismo bien de la vida y si la *causa petendi* (los fundamentos fácticos y jurídicos de lo que se pide) del objeto del segundo proceso (acciones afirmadas o pretensiones deducidas por el actor en la demanda y, eventualmente, por el demandado en la reconvencción) coinciden con lo que cubre la sentencia firme del primer proceso. En cuanto a la función positiva o prejudicial, no entra en juego cuando se da la identidad total de objeto, sino que requiere la existencia de una particular conexión o conexidad entre el objeto de un proceso y el objeto de la cosa juzgada derivada de la sentencia firme que puso fin a un proceso anterior».

de cosa juzgada no se produce de igual modo en la transacción celebrada sin la homologación judicial, esto es, la transacción extrajudicial y en aquella en que las partes, una vez celebrado el contrato de transacción sin la intervención judicial, aportan el convenio ante el juez para su homologación. Es preciso determinar el efecto de la cosa juzgada formal y material, ésta última en su doble función, positiva y negativa, respecto de la transacción según sea extrajudicial o judicial.

## B. LA TRANSACCIÓN EXTRAJUDICIAL

La transacción se califica de extrajudicial cuando este contrato es celebrado por los sujetos que, inmersos en una controversia, pretenden su terminación, antes de iniciarse el proceso judicial, evitándolo, o una vez iniciado éste, cuando el contrato no se incorpora al mismo o no es homologado por la autoridad judicial<sup>56</sup>. En este sentido, la transacción extrajudicial no supone el efecto de la cosa juzgada formal puesto que, como tal contrato, puede ser impugnado por cualquiera de los medios arbitrados para ello por la ley. Cada una de las partes podría interponer aquellos recursos admitidos en derecho por los cuales se solicitaría la ineficacia del contrato de transacción con lo cual la controversia no habría quedado definitivamente superada. Por tanto, la posibilidad de que el contrato pueda ser impugnado comporta la consideración de que el efecto de la cosa juzgada formal no tiene aplicación en la transacción extrajudicial<sup>57</sup>.

Por el contrario, la autoridad de la cosa juzgada material<sup>58</sup> adquiere significación en la transacción, entendida en el sentido anteriormente indicado, esto es, como la vinculación de los órganos jurisdiccionales a la

<sup>56</sup> En esta misma línea, recientemente, se ha pronunciado LÓPEZ BARBA, Elena M.ª: *El contrato de transacción. Su resolución por incumplimiento*, ob. cit., pág. 141.

<sup>57</sup> En relación con la ausencia del aspecto formal de la cosa juzgada en la transacción, cabría establecer, tal vez, una cierta matización, en atención a los plazos de impugnación. En este sentido, cabría plantearse si transcurrido el lapso de tiempo legalmente previsto para la impugnación, podría llegar a decirse que el contrato ha devenido inatacable y, por consiguiente, podría considerarse que respecto de dicho contrato también se ha producido la consideración de la cosa juzgada formal.

<sup>58</sup> En un sentido material, la autoridad de la cosa juzgada es el efecto propio de las sentencias firmes sobre el fondo que consiste en la vinculación de los órganos jurisdiccionales respecto del contenido de dichas sentencias, de manera que se cierra toda posibilidad de que se emita una nueva decisión distinta de la contenida en dicha resolución. Al respecto, Andrés de la Oliva Santos en OLIVA SANTOS, Andrés de la y DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio: *Derecho procesal civil. El proceso de declaración*. Conforme a la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, ob. cit., pág. 497.

no modificación del fondo de la resolución adoptada. Efectivamente, la configuración de la transacción como aquel contrato por el cual las partes autocomponen sus diferencias con el objetivo concreto de ponerles fin, haya sido planteada o no la controversia en un juicio, merece un reconocimiento por parte de los órganos jurisdiccionales en este sentido, reconocimiento que se traduce en este efecto de la autoridad de la cosa juzgada material, de manera que el Juez no deberá entrar a conocer en una demanda cuyo fondo ha sido resuelto mediante el contrato de transacción. De lo contrario, es decir, si el ordenamiento jurídico no otorgara el reconocimiento a la transacción en el sentido expuesto, este contrato perdería toda su virtualidad, al resultar factible que los órganos jurisdiccionales dictasen una sentencia sobre el fondo de la misma cuestión resuelta mediante el contrato de transacción, pero con signos distintos<sup>59</sup>.

Esta inatacabilidad del resultado, que supone el cierre de toda posibilidad de que se emita, por la vía de un nuevo proceso, decisión alguna que se oponga o contradiga a la que goza esta clase de autoridad, tiene dos funciones o efectos. De un lado, la función o efecto negativo o excluyente<sup>60</sup>, en el sentido de que pueda plantearse un nuevo proceso sobre la cuestión que ya ha sido resuelta, recogido bajo el aforismo «*ne bis in idem*». Y, de otro lado, la función o efecto positivo o prejudicial<sup>61</sup> en virtud del cual cualquier órgano judicial que pueda conocer de un asunto en el que existan elementos ya decididos por una sentencia firme anterior, dictada respecto de los mismos sujetos, queda obligado a atenerse a lo dispuesto en dicha sentencia, tomándola como indiscutible punto de partida<sup>62</sup>, no pudiendo dictar otra que altere, modifique o se oponga a la resolución firme<sup>63</sup>. A continuación, analizaremos estos dos efectos propios de la cosa juzgada material respecto de la transacción.

<sup>59</sup> La mayor parte de la doctrina niega que la autoridad de la cosa juzgada, tanto formal como material, sea un concepto aplicable a la transacción, fundamentalmente, por cuanto que en este contrato no se ha juzgado nada. Así, lo pone de relieve principalmente CARREAS LLANSANA, Jorge: «La solución de conflictos» en Regimen jurídico de las garantías contractuales en el comercio internacional. Centro de Estudios Comerciales, Ministerio de Economía y Comercio, Madrid, 1981, pág. 323.

<sup>60</sup> DE LA OLIVA SANTOS, Andrés en *Derecho procesal civil*, ob. cit., pág. 493.

<sup>61</sup> Nuevamente, el calificativo es manifestado por DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, cit. ibidem.

<sup>62</sup> DE LA OLIVA SANTOS, Andrés en *Derecho procesal civil. El proceso de declaración*, cit.

<sup>63</sup> En palabras de Jaime GUASP, la función negativa de la cosa juzgada, esto es, imposibilidad general de abrir nuevos procesos ha sido sustituida en los procesos modernos por la llamada función positiva de la cosa juzgada que lo que impide es que ningún nuevo proceso se decida de modo contrario a como fue fallado antes. En este sentido, GUASP, Jaime: *Derecho procesal civil*, Tomo primero «Introducción y parte general», ob. cit., pág. 554.

## 1. EFECTO NEGATIVO DE LA COSA JUZGADA: LA EXCEPCIÓN DE TRANSACCIÓN COMO *EXCEPTIO PACTI*

Procesalmente, la función negativa o excluyente de la cosa juzgada consiste en la negativa o exclusión de un segundo proceso o, cuando menos, una segunda sentencia sobre el fondo<sup>64</sup>, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 222, 1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

En el marco de la nueva Ley, la doctrina considera que la terminación del proceso dependerá de la regulación procedimental del mismo. En el caso de que se trate de un juicio ordinario, éste terminará sin que se desarrolle completamente de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 421 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, mientras que, en cualquier otro juicio, se entiende que el juez se limitará a establecer en la sentencia que no puede entrar a decidir nuevamente sobre el fondo anteriormente enjuiciado<sup>65</sup>.

No obstante, la jurisprudencia ha reconocido la similitud entre la transacción y la sentencia judicial firme en cuanto a la finalidad que persiguen como medios de composición de controversias. Sin embargo, se destaca los distintos modos en que se manifiesta el hecho de no volver a tratar sobre la misma cuestión que ha sido resuelta por cada uno de estos medios. Así, específicamente para la transacción se prevé la *exceptio pacti* que se concreta en la *exceptio litis per transactionem finitae*<sup>66</sup>.

Los efectos o funciones positiva y negativa de la cosa juzgada material, en GÓMEZ ORBANEJA, Emilio y HERCE QUEMADA, Vicente: *Derecho procesal civil*, Volumen primero «Parte general. El proceso declarativo ordinario», ob. cit., pág. 429; TOMÉ PAULE, J. en ALMAGRO NOSETTE, José y TOMÉ PAULE, José: *Instituciones de derecho Procesal*, Procesal civil, ob. cit., página 427, entre otros.

<sup>64</sup> OLIVA SANTOS, Andrés de la: Sobre la cosa juzgada civil contencioso-administrativa y penal, con examen de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, ob. cit., pág. 25. Más recientemente y respecto de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, OLIVA SANTOS, Andrés de la y DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio: *Derecho procesal civil. El proceso de declaración*. Conforme a la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil., ob. cit., página 493.

<sup>65</sup> En este sentido se pronuncia MONTERO AROCA en MONTERO AROCA, Juan; GÓMEZ COLOMER, Juan Luis; MONTÓN REDONDO, Alberto y BARONA VILAR, Silvia: *Derecho jurisdiccional*, II, ob. cit., pág. 467.

<sup>66</sup> Al respecto, la STS de 10 de abril de 1985 (Ar. 1985): «... aun cuando la autoridad de cosa juzgada que el artículo 1.816 del Código civil atribuye a la transacción no puede identificarse totalmente con los efectos de la cosa juzgada propia de las sentencias firmes, dado que a la posibilidad legal de impugnar la transacción en que intervenga error, dolo, violencia o falsedad de documentos con el riesgo de nulidad, se contraponen la irrevocabilidad de tales sentencias, tienen, sin embargo, de común, a los fines que aquí interesan los mismos elementos subjetivos y objetivos que delimitan la cosa juzgada material, delimitan también la «*exceptio pacti*» o excepción de transacción, con idéntica consecuencia de vincular al órgano

En conclusión, el contrato de transacción extrajudicial no tiene el efecto de la autoridad de la cosa juzgada desde el punto de vista formal puesto que, como ya hemos indicado, está sometido al régimen común de impugnación de los contratos por cuanto que lo es. En cambio, la transacción tendría el efecto de la autoridad de la cosa juzgada material en cuanto que el Juez<sup>67</sup> no podrá conocer del fondo de la demanda cuya controversia, originada por las pretensiones de las partes, se decidió mediante la formalización del contrato de transacción, siempre y cuando alguna de las dos partes alegue su existencia<sup>68</sup>.

jurisdiccional del posterior proceso, bien en su aspecto negativo de impedir una nueva decisión sobre el fondo, bien en su aspecto positivo de condicionarla». En este mismo sentido, la STS del 14 de diciembre de 1988, en la cual, el considerando segundo, apartado c, establece que «(...) la transacción tiene para las partes la autoridad de la cosa juzgada (art. 1816), no les es dable, para evitar su cumplimiento, exhumar pactos o cláusulas, vicios o defectos, posiciones o circunstancias afectantes a las relaciones jurídicas cuya colisión o incertidumbre generó el pacto transaccional —S. de 26 de abril de 1963 (RJ 1963/2418)—, que ha de ser respetado con absoluto y escrupuloso cumplimiento de las obligaciones asumidas —S. de 8 de marzo de 1962 (RJ 1962/1229)—, de forma que la «*exceptio pacti*» o excepción de transacción vincula al órgano jurisdiccional del posterior proceso cuando concurren los mismos elementos subjetivos y objetivos de la cosa juzgada material, aunque no pueda identificarse totalmente con los efectos de la cosa juzgada propia de las sentencias».

<sup>67</sup> Parece existir una incongruencia entre los sujetos vinculados al efecto de la autoridad de la cosa juzgada en el sentido material propio de la sentencia y los sujetos afectados por este mismo efecto según el tenor literal del artículo 1.816 del Código civil. En este sentido, y de acuerdo con la explicación señalada, los órganos jurisdiccionales son los que estarían vinculados a la no resolución de una demanda fundada sobre unas pretensiones ya solucionadas por otro órgano jurisdiccional mediante una transacción cuando, en realidad, el artículo 1.816 del Código civil se refiere a que «La transacción tiene para las partes la autoridad de la cosa juzgada». Quizás, la norma del artículo 1.816 del Código civil exprese, aunque de un modo poco técnico, el efecto último de lo que acontecería en el caso de que alguna de las partes, una vez celebrado válidamente un contrato de transacción, pretendiera la obtención de un resultado distinto al derivado del acuerdo realizado en el contrato de transacción, acudiendo a la vía jurisdiccional, expresión ésta sintética del efecto final de una sucesión de actos que terminarían con la resolución judicial en la cual se deniega el entrar al fondo de la cuestión por causa de la transacción concluida por las partes.

El Juez, por su parte, únicamente podría eludir el conocer del fondo de la demanda formulada por causa de la transacción en el caso de que tenga conocimiento de la existencia de dicho contrato. Para ello, será preciso que el demandado alegue la formalización del acuerdo de transacción en los términos previstos en el artículo 1.809 del Código civil, para lo que deberá emplear la vía de las excepciones.

<sup>68</sup> Llegado el caso, si una de las partes que ha celebrado la transacción planteara la misma controversia ante la autoridad judicial, la otra parte podrá oponer la cuestión relativa a la transacción terminada que, al ser considerada como una cuestión material, será resuelta por el juez en la sentencia.

## 2. EFECTO POSITIVO LIMITADO DE COSA JUZGADA

Como hemos venido indicando, la función positiva de la cosa juzgada se concibe como «la vinculación positiva o prejudicial que, respecto de lo decidido en una resolución firme sobre el fondo, afecta a todos los tribunales en procesos ulteriores en que lo decidido sea parte del objeto de esos procesos»<sup>69</sup>. Al tratar de adaptar esta definición a la transacción extrajudicial, puede apreciarse que esta función o efecto tan sólo se produciría, en los estrictos términos legales, en el caso en que el contrato fuera «firme», esto es, inimpugnable, situación que se alcanzaría en el caso de que hubiesen transcurrido los plazos para interponer la demanda correspondiente para obtener su anulabilidad como consecuencia de la concurrencia de los vicios de la voluntad o de las causas específicas de impugnación previstas para la transacción.

Sin embargo, esta función positiva de la cosa juzgada, no exenta de dificultad en su atribución a la transacción extrajudicial, tanto por su fragilidad por lo que a la terminología jurídica se refiere como por su efectiva aplicación respecto de un proceso en el que deben dirimirse controversias que ya han sido resueltas en la transacción, se concretaría, no obstante, en los efectos que tratamos seguidamente.

### a) La transacción como acción, título o causa de pedir

Como se ha repetido, la transacción se concibe como el contrato mediante el cual las partes deciden una controversia, autocomponiendo sus diferencias. Como consecuencia del acuerdo celebrado, las partes superan sus diferencias dejando zanjada la cuestión controvertida.

Así las cosas, la transacción crea una situación digna de respeto y protección<sup>70</sup> por parte de los contratantes y por el Juez, en virtud del efecto de la autoridad de la cosa juzgada, previsto en el artículo 1.816 del Código civil, en los términos señalados.

La cuestión está en determinar cuáles son los cauces de que dispone cada una de las partes contratantes para hacer valer la transacción, en el caso de que la contraparte no la cumpla. En suma, se trata de definir

<sup>69</sup> Hemos tomado la definición elaborada por ANDRÉS DE LA OLIVA SANTOS en *Derecho procesal civil. El proceso de declaración*, ob. cit., pág. 493.

<sup>70</sup> PELÁEZ SANZ, Francisco J.: *La transacción*, ob. cit., pág. 180.

cuál es el título del cual se deduce que el ejecutante tiene derecho a la ejecución<sup>71</sup>.

Esta cuestión está íntimamente relacionada con la forma de la transacción. Así, de conformidad con el principio de libertad de forma que rige en nuestro ordenamiento (*ex* artículo 1.279 y siguientes del Código civil), el contrato de transacción no debe adoptar una forma concreta y específica para su validez y eficacia. En este sentido, la transacción puede celebrarse revistiendo la forma que las partes consideren más adecuado<sup>72</sup>.

Sin embargo, la forma de la transacción válida para solicitar al Juez el cumplimiento de las prestaciones consentidas por las partes debe revestir unas características concretas. Los títulos habilitantes para la apertura del proceso de ejecución se clasifican en jurisdiccionales y no jurisdiccionales por razón de que su procedencia sea o no una resolución judicial firme<sup>73</sup>.

Trasladando esta distinción a la transacción se aprecia una distinta consideración según que se trate de una transacción judicial, aprobada u homologada por el Juez mediante el auto correspondiente, o de una transacción extrajudicial a través del acuerdo de transacción que reviste la forma que las partes han estimado más conveniente.

Respecto de la primera, la resolución judicial firme, esto es, el auto que aprueba y homologa la transacción constituye título ejecutivo. Por consiguiente, cualquiera de las partes podrá solicitar al Juez que proceda a la ejecución de los acuerdos adoptados. El auto dictado podrá proceder tanto de una transacción celebrada estando pendiente un pleito, comenzado por la cuestión controvertida que el contrato termina, como de una transacción que ha sido presentada para su aprobación<sup>74</sup>, no mediando pleito por cuestión alguna. Para que ello suceda, es preciso que, en ambos supuestos, la transacción sea aprobada y homologada por la autoridad judicial. Dictado el auto correspondiente y siendo éste fir-

<sup>71</sup> PELÁEZ SANZ, Francisco J.: *La transacción*, ob. cit., pág. 180.

<sup>72</sup> En virtud del principio de libertad de forma de los contratos, vigente en nuestro ordenamiento, el Tribunal Supremo admitió una transacción verbal en su sentencia de 3 de mayo de 1958 (Ar. 2.479).

<sup>73</sup> La sentencia judicial firme es título ejecutivo por excelencia. Así lo estima PELÁEZ SANZ, Francisco J.: *La transacción*, ob. cit., pag. 181.

<sup>74</sup> En este supuesto, la transacción aparece como título o causa de la acción en un proceso declarativo, al que se acude solicitando el cumplimiento de las obligaciones asumidas en la transacción, esto es, la tutela de los acuerdos transaccionales. Así, PELÁEZ SANZ, Francisco J.: *La transacción*, ob. cit., pág. 185 y siguientes.

me, procederá la ejecución por la vía calificada como de apremio, según dispone el inciso segundo del artículo 1.816 del Código civil.

En este sentido, debe señalarse que sólo será susceptible de ejecución aquellas prestaciones que, por naturaleza, sean ejecutables. Así, los pactos transaccionales que tengan un contenido semejante a una sentencia mero-declarativa o constitutiva no serán ejecutables. Por contra, aquellos pactos que se asemejen a una sentencia de condena serán susceptibles de ejecución. Por consiguiente, respecto de la multiplicidad de prestaciones que las partes pueden acordar de conformidad con el artículo 1.809 del Código civil, aquellos acuerdos en que surjan obligaciones de realizar determinadas prestaciones podrán ser objeto de ejecución por la vía señalada en el artículo 1.816 del Código civil<sup>75</sup>.

Para el caso de que se celebre un acto de conciliación con avenencia de las partes, el acta de conciliación en la cual se plasman los extremos acordados por las partes podría considerarse como título ejecutivo suficiente para proceder a su ejecución. La justificación cabría encontrarla en la legislación procesal, según la cual, lo convenido por las partes se llevará a efecto por el mismo Juez ante el que se celebró, por los trámites establecidos para la ejecución de las sentencias dictadas en juicio verbal, cuando se trate de asuntos de competencia del propio Juez. En los demás casos tendrán el valor y eficacia de un convenio consignado en documento público y solemne. Así lo establece el artículo 476 de la Ley de Enjuiciamiento civil de 1881<sup>76</sup>. De conformidad con esta disposición podría interpretarse que dicha acta constituye el título suficiente para que se proceda a la ejecución de lo cumplido, por el Juez ante el que se celebró la transacción, o en el caso de que no sea competente, por otro en virtud de su consideración como documento público y solemne<sup>77</sup>.

En cuanto a la segunda, la transacción extrajudicial, celebrada al margen del órgano jurisdiccional o no aprobada por la autoridad judicial, no constituye título o causa de la ejecución de los acuerdos tomados por las partes. De conformidad con la dicción literal del artículo 1.816

<sup>75</sup> PELÁEZ SANZ, Francisco J.: *La transacción*, ob. cit., pág. 268.

<sup>76</sup> Como se recordará, este precepto está en vigor hasta la vigencia de la Ley sobre Jurisdicción Voluntaria, según dispone la Disposición Derogatoria Única de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

<sup>77</sup> Los documentos públicos fueron considerados como títulos que abrían el proceso de ejecución de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, quedando encuadrados en la categoría de los títulos ejecutivos de naturaleza extrajudicial. Así lo estimó PELÁEZ SANZ, Francisco J.: *La transacción*, ob. cit., pág. 225.

del Código civil, sólo procederá la vía de apremio cuando la transacción es judicial.

Por consiguiente, para alcanzar el cumplimiento de los extremos consentidos por los contratantes en la transacción extrajudicial es preciso acudir al procedimiento previsto a tal efecto como es, para las obligaciones dinerarias, el proceso de ejecución<sup>78</sup>. La Ley de Enjuiciamiento civil de 2000 dedica a la ejecución prácticamente la totalidad de su Libro III, en el cual el Título IV regula la ejecución dineraria y en el Título V, la ejecución no dineraria. De acuerdo con el artículo 571 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, las disposiciones del Título IV serán de aplicación cuando la ejecución forzosa proceda en virtud de un título ejecutivo del que, directa o indirectamente, resulte el deber de entregar una cantidad de dinero líquida. Por su parte, las disposiciones relativas a la ejecución no dineraria del Título V serán de aplicación cuando el título ejecutivo contuviera condena u obligación de hacer o no hacer o de entregar cosa distinta a una cantidad de dinero, como se desprende del artículo 699 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000.

La admisión a trámite de la demanda en un juicio de ejecución está supeditada a la existencia de un título concreto de los establecidos en el artículo 517 de la Ley de Enjuiciamiento civil<sup>79</sup>.

<sup>78</sup> La Ley de Enjuiciamiento civil de 2000 ha modificado la denominación del histórico y tradicional «juicio ejecutivo», si bien la ley lo incorpora a su nueva sistemática que ha pretendido unificar todas las disposiciones existentes. RAMOS MÉNDEZ, FRANCISCO: *Guía para una transición de la LEC*, ob. cit., pág. 512.

<sup>79</sup> Artículo 517. Acción ejecutiva. Títulos ejecutivos. «1. La acción ejecutiva deberá fundarse en un título que tenga aparejada ejecución.

2. Sólo tendrá aparejada ejecución los siguientes títulos:

1.º La sentencia de condena firme.

2.º Los laudos o resoluciones arbitrales firmes.

3.º Las resoluciones judiciales que aprueben u homologuen transacciones judiciales y acuerdos logrados en el proceso, acompañadas, si fuere necesario para constancia de su contenido, de los correspondientes testimonios de las actuaciones.

4.º Las escrituras públicas, con tal que sea primera copia; o si es segunda que esté dada en virtud de mandamiento judicial y con citación de la persona a quien deba perjudicar, o de su causante, o que se expida con la conformidad de todas las partes.

5.º Las pólizas de contratos mercantiles firmadas por las partes y por corredor de comercio colegiado que los intervenga, con tal que se acompañe certificación en la que dicho corredor acredite la conformidad de la póliza con los asientos de su libro registro y la fecha de éstos.

6.º Los títulos al portador o nominativos, legítimamente emitidos, que representen obligaciones vencidas y los cupones, también vencidos, de dichos títulos, siempre que los cupones confronten con los títulos y éstos, en todo caso, con los libros talonarios.

La protesta de falsedad del título formulada en el acto de la confrontación no impedirá, si ésta resulta conforme, que se despache la ejecución, sin perjuicio de la posterior oposición a la ejecución que pueda formular el deudor alegando falsedad en el título.

Así las cosas, el documento en el cual se recoge la transacción podrá tener fuerza ejecutiva si constituye el tercero o el cuarto de los números del artículo 517 de la Ley de Enjuiciamiento civil:

- 1.º Cuando la transacción haya sido homologada judicialmente (artículo 517, 3.º).
- 2.º Cuando la transacción esté elevada a escritura pública, con los requisitos que en este punto el ordenamiento jurídico establece (517, 4.º).

El requisito de que la escritura pública consista en la primera copia notarial se justifica en la medida que el ordenamiento jurídico pretende evitar que, con base en varias copias circulando respecto de un mismo título, se pudiera intentar más de un proceso de ejecución<sup>80</sup>.

Debe tenerse en cuenta, también, que cuando la acción ejecutiva basada en títulos no judiciales o arbitrales como lo sería la escritura pública de transacción, en su primera copia, sólo podrá despacharse ejecución por cantidad de dinero determinada que exceda de 50.000 pesetas (300 euros): 1.º En dinero efectivo; 2.º en moneda extranjera convertible, siempre que la obligación de pago en la misma esté autorizada o resulte permitida legalmente y 3.º en cosa o especie computable en dinero, según establece el artículo 520 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

<sup>79</sup> Los certificados no caducados expedidos por las entidades encargadas de los registros contables respecto de los valores representados mediante anotaciones en cuenta a los que se refiere la Ley del Mercado de Valores, siempre que se acompañe copia de la escritura pública de representación de los valores o, en su caso, de la emisión, cuando tal escritura sea necesaria, conforme a la legislación vigente.

Instada y despachada la ejecución, no caducarán los certificados a que se refiere el párrafo anterior.

8.º El auto que establezca la cantidad máxima reclamable en concepto de indemnización, dictado en casos de rebeldía de la cusado o de sentencia absolutoria o sobreseimiento en procesos penales incoados por hechos cubiertos por el Seguro Obligatorio de Responsabilidad Civil derivada del uso y circulación de vehículos de motor.

9.º Las demás resoluciones judiciales y documentos que, por disposición de esta u otra ley, lleven aparejada ejecución».

Al comparar este artículo 517 con el derogado 1.429 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 se aprecia que la nueva regulación no recoge a los documentos privados reconocidos y la confesión de la deuda entre los considerados como títulos ejecutivos. Este tipo de actuaciones se regula en el procedimiento monitorio previsto en los artículos 812 a 818 de Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000.

Al respecto, véase RAMOS MÉNDEZ, FRANCISCO: *Guía para una transición de la LEC*, ob. cit., pág. 515.

<sup>80</sup> Así lo entendió respecto de la regulación de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, PELÁEZ SANZ, FRANCISCO J.: *La transacción. Su eficacia procesal*, ob. cit., pág. 184.

El documento privado no constituye título susceptible de ejecución<sup>81</sup>, al no estar incluido entre los reconocidos como tales por el artículo 517 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Sin embargo, para quien pretenda el pago de deuda dineraria, vencida y exigible, de cantidad determinada que no exceda de cinco millones de pesetas (30.050 euros), podrá acudir al proceso monitorio, siempre que la deuda de la cantidad que se trate se acredite por alguna de las formas fijadas en el artículo 812 de la Ley de Enjuiciamiento Civil<sup>82</sup>.

En suma, la transacción extrajudicial constituirá título o causa de pedir en el juicio de ejecución siempre que revista la forma y los requisitos exigidos por la Ley de Enjuiciamiento Civil en el Libro III.

Pero además, la transacción extrajudicial también podría considerarse como justo título de adquisición.

#### b) La transacción como justo título de adquisición

La controversia, derivada de la colisión de pretensiones entre particulares, versa sobre derechos subjetivos, nacidos de relaciones jurídicas privadas. Asimismo, las prestaciones que las partes contratantes asumen

<sup>81</sup> Bajo la vigencia de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, los autores consideraban que para acreditar la autenticidad del documento privado se precisaba acudir al procedimiento preparatorio de reconocimiento judicial y con ello alcanzaba fuerza ejecutiva. Así lo entendía, a título de ejemplo, GÓMEZ ORBANEJA, Emilio: Derecho procesal civil, vol. II, página 59.

<sup>82</sup> El artículo 812 de la Ley de Enjuiciamiento Civil dispone lo siguiente:

«Casos en que procede el proceso monitorio.

1. Podrá acudir al proceso monitorio quien pretenda de otro el pago de deuda dineraria, vencida y exigible, de cantidad determinada que no exceda de cinco millones de pesetas, cuando la deuda de esa cantidad se acredite de alguna de las formas siguientes:

1.<sup>a</sup> Mediante documentos, cualquiera que sea su forma y clase o el soporte físico en que se encuentren, que aparezcan firmados por el deudor o con su sello, impronta o marca o con cualquier otra señal, física o electrónica, proveniente del deudor.

2.<sup>a</sup> Mediante facturas, albaranes de entrega, certificaciones, telegramas, telefax o cualesquiera otros documentos que, aun unilateralmente creados por el acreedor, sean de los que habitualmente documentan los créditos y deudas en relaciones de la clase que aparezca existente entre acreedor y deudor.

2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado anterior y cuando se trate de deudas que reúnan los requisitos establecidos en dicho apartado, podrá también acudirse al proceso monitorio, para el pago de tales deudas, en los casos siguientes:

1.<sup>o</sup> Cuando, junto al documento en que conste la deuda, se aporten documentos comerciales que acrediten una relación anterior duradera.

2.<sup>o</sup> Cuando la deuda se acredite mediante certificaciones de impago de cantidades debidas en concepto de gastos comunes de Comunidades de propietarios de inmuebles urbanos».

en la transacción se referirán a dichos derechos subjetivos privados (objeto interno de la controversia) y, además, si así lo estiman conveniente, también consistirán en cuestiones distintas a dichos derechos subjetivos (objeto externo de la controversia).

En relación con una clase concreta de derechos subjetivos privados como son los derechos reales, se suscita la cuestión acerca de si la transacción constituye el título válido para que, junto con la tradición, opere su adquisición, de conformidad con la postura que sigue el Código civil.

El ordenamiento jurídico español acoge en su artículo 609 del Código civil la doctrina clásica causalista de la adquisición de la propiedad y otros derechos reales sobre bienes según la cual la justa causa de la tradición<sup>83</sup> es siempre el negocio jurídico-obligatorio antecedente, cuya existencia y validez condiciona la validez y eficacia de la transmisión. Esta concepción causalista de la adquisición y transmisión de los modos de adquirir la propiedad y los demás derechos reales sobre bienes está estrechamente relacionada con la doctrina escolástica del título y el modo, siendo el título el negocio jurídico obligatorio antecedente<sup>84</sup>, causa de la transmisión y el modo, concebido como la forma de llevarlo a cabo mediante la *traditio*<sup>85</sup>.

El mismo artículo 609 del Código civil dispone en el último inciso de su segundo párrafo que la adquisición y transmisión de la propiedad y los demás derechos reales sobre los bienes se produce «por consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición».

<sup>83</sup> La consideración de que el Derecho español acoge el sistema causalista de la adquisición del dominio y demás derechos reales no es del todo definitiva. La concepción causal es admitida por amplios sectores de la doctrina, mas algunos autores se han mostrado partidarios de la consideración de la teoría de la abstracción, a partir de los artículos 1.274 a 1.277 del Código civil, realizando una interpretación del término causa, que en ellos se trata (causa de la obligación y causa del contrato), poco ajustada al sentido y el perfil referido a la conexión entre dos actos o negocios jurídicos distintos (causa de la tradición, causa de la transmisión). En este sentido se pronuncia DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis: *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, 1995, pág. 789.

<sup>84</sup> «Título» debe entenderse en su sentido amplio y material, como contrato obligatorio cuyo cumplimiento es la tradición según interpreta BADOSA COLL, Fernando: Voz «Justo Título» en Nueva Enciclopedia Jurídica, iniciada bajo la dirección de Carlos-E. Mascareñas y continuada por Buenaventura Pellisé Prats, tomo XIV, editorial Francisco Seix, S.A., Barcelona, 1978, págs. 661 y 664 (Nota 42). En esta línea, el título debe asimilarse a la perfección del contrato, su celebración, con independencia de la forma en que los contratantes hayan consentido en obligarse. PETIT SEGURA, Miguel Ángel: *La doble venta y la doble disposición de una misma cosa*, ed. Signo, Barcelona, 1990, pág. 151.

<sup>85</sup> La adquisición legítima de la propiedad o de un derecho real viene determinada por hechos específicos en virtud de un acto jurídico voluntario o por expresa disposición de la Ley. LALAGUNA, Enrique: «Los modos de adquirir la propiedad y los contratos de finalidad traslativa en el Derecho español», en *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1973, págs. 385.

La doctrina ha entendido que cuando el contrato previo antecedente es típico y dentro de su función económico-social se encuentra el producir, en ejecución del *iter* contractual, la transmisión, este contrato se considera que constituye la base o la causa de la transmisión dominical<sup>86</sup>.

La transacción, en cuanto contrato típico, sería susceptible de constituir el título necesario para que, junto a la tradición, se obtuviese como resultado la adquisición y transmisión de la propiedad y los demás derechos reales sobre los bienes a los que el convenio transaccional se refiera.

Sin embargo, la función económico-social de este contrato no es, en sí misma, la transmisión sino la terminación de controversias mediante las concesiones recíprocas de los sujetos implicados en ellas. Ello no impide, no obstante, que la transacción traiga como consecuencia la transmisión o constitución de derechos reales sobre bienes<sup>87</sup>. Pero dicha naturaleza transmisiva no constituye la esencia de la transacción, como sucede con otros contratos, por ejemplo, la compraventa, sino que es una consecuencia de la específica configuración del instituto que prevé que las concesiones de las partes para poner fin a la controversia puedan consistir en la transmisión o constitución de derechos<sup>88</sup>.

Por ello, la particular configuración de este instituto comporta un análisis pormenorizado de la cuestión, en atención, especialmente, al objeto del contrato de transacción. Para ello, debe distinguirse el objeto interno de la controversia del objeto externo.

Respecto del objeto interno de la controversia, la transacción fija los términos de la situación jurídica inicialmente incierta, convirtién-

<sup>86</sup> DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis: *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, Volumen tercero, ob. cit., pág. 796.

<sup>87</sup> PRATO, Enrico del: *La transazione*, ob. cit., pág. 41. Este jurista considera que la transacción tiene carácter dispositivo puesto que el intento de transigir es un intento de disponer. A su modo de ver, la transacción produce constantemente efectos dispositivos y sólo eventualmente efectos traslativos cuando transfieren derechos, en virtud del segundo párrafo del artículo 1.965 del *Codice civile*: «*Con le reciproche concessioni si possono creare, modificare o estinguere rapporti diversi da quello che ha formato oggetto della pretesa e della contestazione delle parti*».

Nuestro ordenamiento no prevé precepto alguno en el cual se establezca una norma similar a la establecida en el Código civil italiano. Sin embargo, nada impide considerar que este mismo supuesto también se produce en nuestro Derecho. Por consiguiente, la transacción puede producir efectos traslativos de derechos como consecuencia de la transferencia de derechos como objeto de las prestaciones de las partes.

<sup>88</sup> La generalidad con que el Código civil alude a las posibles recíprocas concesiones posibilita la consideración de que actos y contratos de distinta índole integren el propio contrato de transacción. En este sentido, LUNA SERRANO, Agustín: *La transacción en Elementos*, ob. cit., pág. 562.

dola en una situación jurídica cierta y determinada. En virtud de las renunciaciones reconocitivas de los sujetos inmersos en la controversia, configurando la transacción, la relación jurídica con derechos subjetivos dudosos pasa a quedar específicamente delimitada en cuanto a dichos extremos.

Teniendo en cuenta que el hecho de la adquisición de la propiedad y de los derechos reales sobre bienes se puede producir de dos maneras, originaria y derivativa, en relación con el objeto interno de la controversia se comprueba que la adquisición de los derechos reales no se crea ni originaria ni tampoco derivativamente.

La adquisición originaria tiene lugar en dos supuestos: a) cuando sin previa existencia del derecho, la adquisición se produce por el mero hecho del sujeto como es el caso de la ocupación y b) cuando existiendo el derecho con anterioridad a su adquisición, ésta se ocasiona sin que medie un acto voluntario de transmisión por parte del titular legítimo del derecho que por otro se adquiere. Trasladando esta distinción al instituto concreto de la transacción, se aprecia que el primer supuesto no se origina porque el derecho no es que no exista sino que es dudosa su titularidad. En cuanto al segundo, tampoco se produce una adquisición originaria porque si bien el derecho existe, aunque dudoso, se celebra un negocio jurídico mediante el cual las partes acuerdan la fijación de su titularidad y, por tanto, deja de serlo. La terminación de la controversia no se produce sin un acto voluntario de una de las partes sino, bien al contrario, es el resultado de un negocio jurídico.

De igual modo, la transacción respecto del objeto interno de la controversia no supone una adquisición derivativa del derecho en cuestión porque éste era dudoso. La adquisición derivativa de derechos se produce cuando existiendo el derecho, su adquisición se alcanza mediante un acto de transmisión voluntaria de su legítimo titular<sup>89</sup>. En la situación jurídica previa, los derechos son dudosos y, precisamente, la transacción pone fin a dichas dudas, mediante la renuncia a todo o a una parte de la pretensión de las partes a cambio de una concesión de la otra. Por consiguiente, respecto del objeto interno de la controversia, al ser dudoso el derecho, en virtud de la controversia suscitada, no puede decirse que éste haya sido transmitido por una de las partes contratantes a la otra. La transacción, precisamente, fija los derechos dudosos.

<sup>89</sup> LALAGUNA, Enrique: «Los modos de adquirir la propiedad y los contratos de finalidad traslativa en el Derecho español», en *Revista de Derecho Privado*, cit., págs. 386.

En suma, la transacción no supone una adquisición de los derechos subjetivos privados objeto de controversia, ni originaria ni derivativamente, sino que se trata de un negocio jurídico bilateral y oneroso por el cual ambas partes realizan renunciaciones reconocitivas de sus respectivas pretensiones a cambio de una concesión de la otra, con la finalidad de fijar la situación jurídica incierta.

Una prueba de que la transacción efectuada para poner fin a la controversia no supone una transmisión de derechos viene refrendada por la postura que la legislación tributaria adopta al respecto. El artículo 28 del Real Decreto 828/1995, de 29 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (BOE del 22 de junio de 1995), punto 5.º dispone que «Cuando por efecto de la transacción queden los bienes o derechos reales en poder del que los poseía, por virtud del título ostentado en el litigio, aquél no pagará el impuesto, si resulta debidamente justificado que lo satisfizo en la época en que adquirió el dominio o la posesión».

La fijación de los derechos dudosos en una relación jurídica controvertida no supone ninguna transmisión de una parte contratante a la otra. Por tanto, si no hay transmisión no hay devengo del impuesto sobre transmisiones. Por ello, este artículo 28, 5 del Reglamento del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados establece que si como consecuencia de la transacción, los bienes o derechos reales discutidos quedan en poder de aquel que los poseía, en virtud del título esgrimido en el litigio y siempre y cuando resulte debidamente acreditado que ya lo satisfizo en el momento en que adquirió el dominio o la posesión, su titular no deberá abonar de nuevo el impuesto que correspondería a la transmisión del bien.

De esta misma norma también se puede inferir que los efectos que se derivan de la fijación de los derechos, hasta la celebración de la transacción, dudosos se retrotraen al momento en que se adquirió el dominio o la posesión. Por ello podría afirmarse que, en virtud de la transacción, la fijación de los derechos subjetivos reales dudosos comporta una eficacia adquisitiva *ex tunc*, esto es, retroactiva al momento en que se adquirió el dominio o la posesión en virtud del título ostentado en la situación o relación jurídica controvertida, sin que pueda afectar a los terceros adquirentes de los bienes cuya titularidad se reconoce desde una fecha anterior a la transacción<sup>90</sup>.

<sup>90</sup> En este sentido LUNA SERRANO, Agustín: *La transacción* en Elementos, ob. cit., página 562.

Respecto al objeto externo a la controversia, el contrato de transacción puede recoger, entre los distintos extremos que lo configuran, la transmisión de la propiedad o de otros derechos reales sobre bienes. En este caso, se trata de derechos subjetivos no dudosos que una o ambas partes, según sea el caso, transmiten a la otra como concesión, en aras de fijar la situación jurídica incierta, dando por finalizada la controversia suscitada.

Aquí, las partes persiguen efectivamente la transmisión del derecho real pleno o limitado que hayan escogido, mediante un acto de transmisión voluntaria de su legítimo titular, acto que forma parte del contrato de transacción, bajo la forma de concesión. Se trata, por tanto, de una adquisición derivativa. Existiendo el derecho, su adquisición se origina mediante un acto de transmisión voluntaria de su legítimo titular.

En atención a las dos clases de adquisición derivativa que se reconocen, la adquisición tendrá carácter traslativo cuando el derecho del adquirente tenga la integridad del contenido del derecho propio del transmitente, esto es, el pleno dominio, mientras que tendrá carácter constitutivo cuando el derecho del adquirente tiene como contenido sólo una parte del contenido íntegro del derecho propio del anterior titular, es decir, la adquisición de un derecho real de carácter limitado sobre una cosa ajena<sup>91</sup>.

Para la adquisición de dichos derechos reales sobre bienes, es preciso la concurrencia de los dos elementos que configuran la teoría del título y el modo que rige en nuestro ordenamiento.

El título, esto es, el contrato previo o antecedente que funda la causa de la transmisión será la transacción. Este contrato, causa de la adquisición, deberá reunir las coordenadas de ser existente, válido y eficaz. La ausencia de cualquiera de ellas determinaría la inefectiva eficacia llevada a cabo sobre él y, por consiguiente, el dominio no habría sido adquirido por el accipiente ni transmitido por el tradente.

El modo se identifica, en esta teoría, con la *traditio*. La tradición debe consistir en la entrega de la cosa transmitida, del tradente al accipiente, siendo aceptada por éste, acompañada por la voluntad de transferir y de adquirir el dominio o derecho real que se trate.

La tradición se desenvuelve en el plano personal y en el plano real. Desde el plano personal, la forma de cumplimiento de la obligación de

<sup>91</sup> LALAGUNA, Enrique: «Los modos de adquirir la propiedad y los contratos de finalidad traslativa en el Derecho español», en *Revista de Derecho Privado*, cit., págs. 386.

dar<sup>92</sup> que precede a la tradición debe reunir todos los requisitos necesarios para efectuar el desplazamiento patrimonial. Desde el plano real, la tradición debe consistir en un traspaso posesorio real, simbólico o ficticio.

En otro orden de cosas, la adquisición de la propiedad y otros derechos reales sobre bienes tiene eficacia *ex nunc*, es decir, desde el momento de la validez y eficacia del contrato de transacción. La razón de ser de la transmisión de estos derechos sobre bienes se halla en la concesión realizada por una ambas partes que tiene por objeto la transmisión de derechos reales sobre bienes en el marco del contrato de transacción, celebrado con la finalidad de poner fin a la controversia que en su día se suscitó.

### c) La ineficacia por vicios del consentimiento y la resolución por incumplimiento

La transacción, en cuanto contrato y por su carácter consensual, depende de la convergencia de dos o más voluntades relativas a un mismo objeto o cuestión discutida. En consecuencia, para que el contrato de transacción sea válido y eficaz, es del todo punto imprescindible que la concurrencia de voluntades sea cierta, espontánea y libre<sup>93</sup>. La existencia de error, dolo, vicio o intimidación comportaría que el consentimiento fuese nulo y por ende la transacción con motivo de la falta de uno los requisitos indispensable para la validez del contrato, según dispone el artículo 1.261 del Código civil, en relación con el artículo 1.265 de este mismo cuerpo legal.

En esta línea, de conformidad con el tenor literal del párrafo primero del artículo 1.817 del Código civil, la transacción realizada con la concurrencia de alguno de los vicios del consentimiento, como el error, dolo y la violencia, junto con la falsedad de documentos se halla sujeta al régimen general de la ineficacia, esto es, técnicamente, la anulabilidad, prevista por la norma del artículo 1.265 del Código civil<sup>94</sup>.

<sup>92</sup> Se trataría de una obligación de dar nacida de un contrato traslativo de dominio o creadora de un derecho real. DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis y GULLÓN BALLESTEROS, Antonio: *Sistema de Derecho civil*, Volumen III, 6.ª edición, Editorial Tecnos, Madrid, 1997, página 67.

<sup>93</sup> Esta declaración es de MANRESA Y NAVARRO, José María: *Comentarios al Código Civil español*, Tomo XII, ob. cit., pág. 128.

<sup>94</sup> A pesar de que el artículo 1.265 del Código civil señale que «Será nulo el consentimiento prestado por error, violencia, intimidación o dolo», técnicamente, se entiende como

La justificación de esta remisión legal a las normas de ineficacia contractual cabe encontrarla en la naturaleza jurídica del instituto: «La transacción es un contrato ó convención ¿a qué poner en ella artículos especiales para lo que puede resolverse por las reglas generales?»<sup>95</sup>.

Como consecuencia de esta remisión a las normas generales de la ineficacia de los contratos por la concurrencia de vicios del consentimiento ex artículo 1.265 del Código civil<sup>96</sup>, el párrafo primero del artículo 1.817 de este cuerpo legal podría considerarse superfluo. No obstante, tal vez su fundamento se halle en dos motivos. Por un lado, su justificación podría residir en consideración del medio para incluir un nuevo elemento, inicialmente no previsto entre los supuestos de ineficacia por vicios del consentimiento, como es la falsedad de documentos, aunque con los matices que señalaremos y, de otro lado, como introduc-

anulabilidad. En este sentido se pronuncia GULLÓN BALLESTEROS, Antonio: Comentario a los artículos 1.809 a 1.819 del Código civil, cit., pág. 1775, a propósito del comentario al artículo 1.817 del Código civil.

Por otra parte, aunque el artículo 1.817 del Código civil se remite al artículo 1.265 del mismo cuerpo legal, parece obvio que también serán de aplicación aquellas normas propias de cada uno de los vicios del consentimiento que concurren. Esta consideración fue puesta de relieve por VÁZQUEZ GONZÁLEZ, Eugenio: *Código Civil de Quintus Mucius Scaevola* (pseudónimo de Pedro de Apalategui), Tomo XXVIII, Artículos 1.790 a 1.856, II, De las transacciones y compromisos, ob. cit., pág. 390: «Claro que el artículo 1.266 y sus concordantes han de entenderse incluidos aquí, en su condición de complementarios del 1.265». Del mismo modo lo establece FRANCISCO BONET RAMÓN en los siguientes términos: «La referencia del artículo 1.817 al 1.265 no obsta en buenos principios de hermenéutica para que si concurre el dolo en una transacción, lo propio es que cuando concurre el error, la violencia o la intimidación, dejen de aplicarse los artículos siguientes, complemento y desarrollo del 1.265 hasta el 1.270, que establece la regla de que el dolo incidental sólo da derecho a la indemnización de daños y perjuicios». BONET RAMÓN, Francisco: *Código Civil comentado con sus apéndices forales*, Aguilar, 2.ª edición, Madrid, 1964, pág. 1431. En este mismo sentido se pronuncia OYUELOS, Ricardo: *Digesto. Principios, doctrina y jurisprudencia referentes al Código civil español concordados con los códigos americanos y portugués*, Tomo VII (artículos 1.604 a 1.976), Cuerpo del Derecho español, Madrid, pág. 399.

<sup>95</sup> Esta es la interpretación de GARCÍA GOYENA en el comentario al artículo 1.727 del Proyecto de Código civil isabelino, precedente del artículo 1.817 del vigente Código civil. GARCÍA GOYENA, Florencio: *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, Tomo IV, ob. cit., pág. 135.

<sup>96</sup> La doctrina jurisprudencial establece que para alcanzar la nulidad del convenio transacción se precisa, de un lado, una demostración cumplida del vicio del consentimiento y, de otro, una interpretación restrictiva. Así se desprende de las sentencias de 14 de mayo de 1982 (Ar. 2572) y la sentencia de 9 de noviembre de 1971 (Ar. 4803), respectivamente.

Más recientemente, la sentencia de 30 de junio de 2001 (Ar. 4982) entiende que la nulidad de la transacción no puede prosperar puesto que no se han cumplido los requisitos para poder ser apreciada, ni la intimidación alegada ni mucho menos el dolo. El hecho de que la demandada se retrasara en el pago de los suministros que la actora le proporcionaba no puede considerarse como maquinación, como así alega la actora, por cuanto que el Tribunal entiende que este retraso fue motivado por el aumento unilateral del precio de la mercancía anunciada por la actora.

ción al párrafo segundo de este precepto según el cual «no podrá una de las partes oponer el error de hecho a la otra siempre que éste se haya apartado por la transacción de un pleito comenzado».

A continuación se tratan, pues, las cuestiones relativas a los vicios del consentimiento que tienen alguna particularidad derivada de la materia que nos ocupa, en suma, el error, el dolo y la cuestión de la falsedad de documentos, citados en el artículo 1.817 del Código civil. Nótese además la omisión de este precepto al vicio de la intimidación, omisión ésta que podría atribuirse a un defecto de técnica <sup>97</sup>.

### c.1) El error

La determinación del régimen del error en la transacción debe partir de la teoría general de este vicio del consentimiento en el negocio jurídico, teniendo presente, no obstante, las particularidades propias que se derivan de este específico instituto <sup>98</sup>.

De acuerdo con esta premisa, el error en la transacción se regulará por las normas previstas en los artículos 1.265 y 1.266 del Código civil y concordantes como consecuencia de la remisión establecida en el artículo 1.817 de este mismo cuerpo legal al primero de ellos y, por extensión, al segundo.

De conformidad con la doctrina tradicional, debe distinguirse el error obstativo del error vicio. Así, el error obstativo, calificado también como impropio, vendrá provocado por una divergencia inconsciente entre la declaración y la voluntad, mientras que el error vicio, o propio, se produce cuando la voluntad interna se forma sobre la base de una creencia inexacta. Tanto el error obstativo como el error vicio comportan la susceptibilidad de impugnación del contrato, en nuestro caso, de transacción celebrado aunque sus efectos y regulación varían en una y en otra clase de error.

<sup>97</sup> Esta es la interpretación que efectúa José MANRESA Y NAVARRO en *Comentarios al Código Civil español*, Tomo XII, ob. cit., págs. 126 in fine y 127: «la omisión debe atribuirse a un defecto de técnica, porque no puede sostenerse seriamente que haya pretendido excluirse, no habiendo razón especial que lo abone, esa causa de impugnación». En esta misma línea se pronuncia BONET RAMÓN, FRANCISCO: *Código Civil comentado con sus apéndices forales*, ob. cit., pág. 1431.

<sup>98</sup> Así lo entiende GULLÓN BALLESTEROS, ANTONIO: *La transacción*, ob. cit., pág. 166 y, también, OGAYAR AYLLÓN, TOMÁS: *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, dirigidos por Manuel ALBALADEJO, Tomo XXII, Vol. 2.º, ob. cit., pág. 63.

El hecho de que la ley no haga referencia al error obstativo supone que se puedan adoptar dos posturas: por una parte, cabe considerar de aplicación al error obstativo la regulación legal, puesto que se trata de una clase de error o, de otra parte, cabe entender que dicha regulación no es aplicable, por cuanto que ésta hace referencia al error vicio y, por consiguiente, para el error obstativo deberán aplicarse las normas de los supuestos de discrepancia entre voluntad y declaración. Sin embargo, otro sector doctrinal ha entendido que deberán aplicarse, las normas del error vicio <sup>99</sup>, por analogía. En general y salvo las limitaciones concretas, la declaración es considerada nula <sup>100</sup>.

Por lo que se refiere al error vicio, hay que señalar que existe una declaración que recoge la voluntad interna pero que al formarse viciosamente, bien sea por un conocimiento equivocado o falso de la realidad <sup>101</sup>, ya sea por una falta de conocimiento, esto es, ignorancia de la realidad, dicha declaración es impugnable.

Para que el error en la transacción comporte la impugnación de la declaración de voluntad es preciso que cumpla, como el error que incide en todo contrato, determinados requisitos: a) que sea esencial y b) que sea excusable.

Procederá la impugnación en el caso de que el error sea esencial, es decir, que el error sea de tal índole que sin haberlo padecido, la declaración no se hubiese emitido. En esta línea se señala que éste haya sido determinante de dicha declaración o que haya constituido la causa principal de la misma <sup>102</sup>. El criterio para determinar la esencialidad del error se entiende subjetivo, esto es, atendiendo a si el sujeto concreto que sufrió el error le atribuyó carácter decisivo para emitir su declaración, de conformidad con la jurisprudencia más extendida <sup>103</sup>. Respecto del carácter esencial del error en la transacción se pronuncia la senten-

<sup>99</sup> ALBALADEJO, Manuel: *Derecho civil*, I, ob. cit., pág. 203.

<sup>100</sup> ALBALADEJO, Manuel: *Derecho civil*, I, ob. cit., pág. 213.

<sup>101</sup> La STS de 15 de junio de 1966 establece que el error a que se refiere el artículo 1.817 del Código civil al remitirse al 1.265 del mismo cuerpo legal, consiste en una falsa representación de la realidad, o sea, en la falta de toda noción sobre un determinado hecho.

<sup>102</sup> Esta interpretación ha sido vertida por ALBALADEJO, Manuel: *Derecho civil*, I, ob. cit., pág. 206.

<sup>103</sup> STS 14 de junio de 1943, STS 30 de septiembre de 1963; 26 de noviembre de 1974, 29 de diciembre de 1978 y, también, 9 de abril de 1980, entre otras.

Sin embargo, los criterios objetivos deben ser tenidos en cuenta cuando el error recae sobre el elemento básico del negocio. Así lo entiende DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, LUIS y GULLÓN BALLESTEROS, ANTONIO: *Sistema de Derecho civil*, Volumen I, ob. cit., pág. 490 y ALBALADEJO, Manuel: *Derecho civil*, I, «Introducción y parte general», volumen segundo, «La relación, las cosas y los hechos jurídicos», ob. cit., pág. 207.

cia del Tribunal Supremo de 23 de febrero de 1995 en la que se reconoce la existencia de un error en el consentimiento al firmar un finiquito y renuncia al ejercicio de acciones civiles, por el lesionado de un accidente de circulación en un proceso penal anterior, como consecuencia de un primer informe en el que las secuelas son valoradas en un sentido cuando, en una valoración posterior, éstas obtienen una valoración más gravosa. La resolución judicial del Alto Tribunal lo dispone del modo siguiente:

Fundamento de Derecho Noveno: «al momento del otorgamiento del finiquito y renuncia referidos, el interesado tuvo un conocimiento defectuoso sobre cuantas circunstancias tenían que haber contribuido en orden a una correcta formación del consentimiento para realizar tales actos dispositivos, a cuyo error no es posible negarle su categoría de esencial, de acuerdo con las prescripciones del artículo 1266 del Código civil, al afectar a la intrínseca índole de las secuelas producto del accidente. En atención a la categoría de dicho error, resulta indiscutible que originó un vicio radical en la formación del consentimiento dicho, produciendo, en su proyección jurídica, la nulidad insubsanable del tan repetido consentimiento, a tenor de lo dispuesto en el artículo 1.265 (...).»<sup>104</sup>

Puesto que la prueba del error incumbe al que la sostiene, éste deberá probar que el error fue esencial para el declarante<sup>105</sup>.

Atendiendo a los dos tipos de error reconocidos, en el error vicio o propio, se considera como esencial cuando la voluntad que se declaró no se habría formado sin el error. En cuanto al obstativo, o calificado como impropio, hay error cuando la discrepancia inconsciente entre declaración y voluntad recae en algo esencial<sup>106</sup>.

Además, según establece la jurisprudencia, el error que permite la impugnación de la declaración de voluntad debe ser excusable entendiéndose como tal aquél en el que razonablemente se puede caer y que no sea imputable al que lo padece<sup>107</sup>. Por contra, se considerará inexcusable aquel error en que se ha incurrido porque el que lo padece no guardó la diligencia que en el caso concreto se exigía, habiéndose podido evitar.

<sup>104</sup> STS 23 de febrero de 1995 (Ar. 1702).

<sup>105</sup> Y ello es así de conformidad con lo establecido en la sentencia de 4 de enero de 1982 según la cual «la común opinión del tráfico económico-jurídico sobre lo que es relevante y primordial en el bien objeto del contrato, coincidirá con lo deseado por las partes».

<sup>106</sup> ALBALADEJO, Manuel: *Derecho civil*, I, ob.cit., pág. 206.

<sup>107</sup> ALBALADEJO, Manuel: *Derecho civil*, I, ob. cit., pág. 208.

Por consiguiente, aquel que por falta de diligencia exigible incurrió en error deberá asumir el negocio.

El artículo 1.266 del Código civil establece en qué supuestos el error es invalidante del consentimiento. A continuación, se trata cada una de las clases de error teniendo en cuenta las particularidades propias del contrato de transacción<sup>108</sup>.

### c.1.1) *El error in substantia*

Según dispone la norma del artículo 1.266, párrafo primero del Código civil, para que el error invalide el consentimiento deberá recaer sobre la sustancia de la cosa que fuere objeto del contrato o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubiesen dado motivo a celebrarlo.

La doctrina ha entendido que el error que recae sobre cualidades substanciales de la cosa debe contemplarse desde la perspectiva de los contratantes de tal modo que estas cualidades hayan constituido el motivo principal de la celebración del contrato<sup>109</sup>. La jurisprudencia, sin embargo, ha corregido este subjetivismo estableciendo que a la vista de determinadas cualidades de la cosa se debe salir del círculo de los contratantes para referirse a la causa del contrato e incorporarse a la declaración de voluntad<sup>110</sup>.

La determinación de la existencia de este específico error en el contrato de transacción no es una tarea fácil debido a su especial configuración. En efecto, este contrato tiene por objeto dirimir una colisión de pretensiones sobre una cosa específica. Además, los motivos que determinan la voluntad contractual son variados (el deseo de que el conflicto se solucione rápido, evitar un pleito aunque se considere que las razones de la otra parte son infundadas, duda acerca de la posición jurídica de los sujetos inmersos en la controversia dadas las pretensiones de signo contrario que han puesto de relieve, etc.)<sup>111</sup>. La dificultad se encuentra

<sup>108</sup> La doctrina ha realizado distintas clasificaciones en atención a otros criterios distintos de los estrictamente establecidos en artículo 1.266 del Código. Así, por ejemplo, ALBALADEJO, Manuel: *Derecho civil*, I, ob. cit., págs. 210 a 212.

<sup>109</sup> DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis y GULLÓN BALLESTEROS, Antonio: *Sistema de Derecho civil*, Volumen II, ob. cit., pág. 435.

<sup>110</sup> STS 9 de abril de 1980 y 4 de enero de 1982.

<sup>111</sup> Los motivos por los cuales las partes celebran un contrato de transacción son citados por GULLÓN BALLESTEROS, Antonio: *Comentario a los artículos 1.809 a 1.819 del Código civil*, cit., pág. 1775.

en la determinación de la prueba del error habida cuenta que en una transacción el motivo real por el que se celebra dicho contrato no se declara.

En suma, la particularidad del contrato de transacción, en cuanto a su naturaleza jurídica y estructura, supone la aplicación del régimen del error con cautela<sup>112</sup>. Por este motivo, la doctrina, en su mayoría<sup>113</sup>, ha previsto una eficacia distinta del error según que éste incida sobre cuestiones relativas a la pretensión y contestación de las partes, conformando la controversia, o sobre cuestiones que no habiendo formado objeto de la controversia, las partes no han discutido y han considerado como pacíficas de tal modo que, en su defecto, no habrían estipulado el contrato. Cuando el error recae sobre las primeras, es decir, la cuestión controvertida<sup>114</sup>, la doctrina lo califica como *error in caput controversum*, mientras que si éste incide sobre las segundas, esto es, sobre un extremo no controvertido<sup>115</sup>, se refiere a él como *error in caput non controversum*<sup>116</sup>.

Distinta eficacia se predica de cada uno de los casos diferenciados. Así, se ha considerado que no procede la impugnación de la transacción

<sup>112</sup> OGÁYAR AYLLÓN, Tomás: Comentarios al Código civil y compilaciones forales, dirigidos por Manuel ALBALADEJO, Tomo XXII, Vol. 2.º, ob. cit., 1979, pág. 64.

<sup>113</sup> La distinción entre error que recaiga sobre extremos controvertidos y error en los que no lo sean es rechazada por ALBALADEJO, estimando que el error debe recibir de igual tratamiento puesto que, principalmente, la ley no hace esta distinción. Por consiguiente, este autor considera que la impugnación de la transacción por error es posible cuando sin él el contrato no se habría celebrado y ello se pruebe. ALBALADEJO, Manuel: *Derecho civil*, II, Derecho de obligaciones, volumen segundo, «Los contratos en particular y las obligaciones no contractuales», ob. cit., pág. 392.

<sup>114</sup> A título de ejemplo, este error se produciría en el siguiente supuesto. La controversia entre dos sujetos surge respecto de la propiedad de un determinado bien que ambos consideran como propio. Para poner fin a dicha controversia, ambos acuerdan que uno de ellos se lo quede a cambio de una cantidad determinada de dinero. Celebrada la transacción, una de las partes descubre un documento según el cual su titularidad respecto del bien queda acreditada. El error que se alegraría recaería sobre la titularidad del bien, esto, es, la cuestión controvertida, calificado como *error in caput controversum*.

<sup>115</sup> El ejemplo que se propone relativo al segundo supuesto es el siguiente: el heredero testamentario y un legitimario litigan sobre la parte de la herencia que le corresponde al primero y una vez acordada ésta mediante transacción se descubre que el testamento sobre el cual las partes fundaron su acuerdo había sido revocado por el testador, llegando a ser ineficaz. En este supuesto, la cuestión controvertida es la parte de la herencia que le corresponde al heredero y el motivo de la impugnación sería la ineficacia del testamento en que las partes basaron la transacción. Aquí se trata de un *error in caput non controversum*.

<sup>116</sup> Esta distinción entre el *error in caput controversum* y *error in caput non controversum* es tratada, entre otros, por OGÁYAR AYLLÓN, Tomás: Comentarios al Código civil y compilaciones forales, dirigidos por Manuel ALBALADEJO, Tomo XXII, Vol. 2.º, ob. cit., pág. 64; GULLÓN BALLESTEROS, Antonio: Comentario a los artículos 1.809 a 1.819 del Código civil, cit., pág. 1776 y RUIZ-RICO RUIZ, José Manuel: «El error en la transacción», en *Anuario de Derecho Civil*, Tomo XLIV, fascículo III, julio-septiembre de 1991, págs. 1.102 y 1.103.

cuando el error recae sobre la cuestión controvertida porque su admisión sería contraria a la naturaleza del instituto cual es la de poner fin definitivamente a una controversia. De conformidad con el artículo 1.816 del Código civil, el convenio mediante el cual la cuestión litigiosa ha quedado liquidada tiene la fuerza preclusiva de la sentencia firme como manifestación del ordenamiento jurídico a evitar la reviviscencia del conflicto. El error sobre una circunstancia que los sujetos consideraban litigiosa o incierta y respecto de la cual se celebra la transacción, carece de influencia habida cuenta que, precisamente, la transacción pretende eliminar dicho litigio. La incidencia sobre la cuestión controvertida se considera como un error sobre la situación precedente, esto es, la que se presenta a las partes y no en el modo en que la situación viene deducida como objeto de la transacción. Se trata, por tanto, de error en los motivos y, por consiguiente, es irrelevante<sup>117</sup>.

En cambio, el *error in caput non controversum* se entiende que provoca un efecto de signo contrario al referido para el *error in caput controversum*. La doctrina ha estimado que el error que incide en los presupuestos o fundamentos de una transacción o en las premisas de que se parte para lograr la autocomposición de la controversia sí que es relevante a los efectos de la eficacia del contrato de transacción. Si las premisas anteriores y externas de las que parte la transacción son inexistentes, la transacción puede ser nula<sup>118</sup>.

En el caso de que el error incida sobre cuestiones no controvertidas, el contrato podrá ser impugnado por error-vicio por cuanto que, por un lado, el error no afectó a la cuestión controvertida y, de otro lado, porque de haberse conocido la situación real no se hubiese celebrado el contrato de transacción o se habría realizado de un modo distinto.

Esta dicotomía del *error in caput controversum* y el *error in caput non controversum* ha sido promovida por la doctrina con base en un argumento histórico. Tomando como premisa la constitución recogida en el

<sup>117</sup> En estos términos se pronuncia SANTORO-PASSARELLI en SANTORO-PASSARELLI, Francesco: *La transazione*, ob. cit., pág. 159: «L'errore sulla questione controversa si risolve in un errore sulla situazione litigiosa preesistente e quindi in un errore non sul modo in cui la situazione viene dedotta ad effetto della transazione, ma sul modo della situazione quale si è presentata alle parti al momento della transazione. Per questa ragione esso può considerarsi un errore retrospettivo ed essere trattato alla stregua di un errore sui motivi».

En esta línea, en nuestra doctrina, LUNA SERRANO, Agustín: *La transacción* en Elementos, ob. cit., pág. 568: «La tesis dominante considera, aun en presencia de este precepto (artículo 1.817 del Código civil), que no es impugnabile la transacción cuando el error recae *in caput controversum*».

<sup>118</sup> GULLÓN BALLESTEROS, Antonio: *La transacción*, ob. cit., pág. 173.

Código de Justiniano C. 2, 4, 42, la doctrina ha elaborado la teoría según la cual cabe distinguir estos dos tipos de error con diferente eficacia. Según dicha constitución:

«*Si ex falsis instrumentis transactiones vel pactiones initaе fuerint, quamvis iusiurandum his interpositum sit, etiam civiliter falso revelato eas retractari praecipimus: ita demum ut, si de pluribus causis vel capitulis eadem pactiones seu transactiones initaе fuerint, illa tantummodo causa vel pars retractetur, quae ex falso instrumento composita convicta fuerit, aliis capitulis firmis manentibus, nisi forte etiam de eo, quod falsum dicitur, controversia orta decisa sopiatur*»<sup>119</sup>.

Según la doctrina, esta constitución pone de relieve dos cuestiones: de una parte, manifiesta que el legislador romano ya tenía en su mente, aunque no de forma expresa, la doctrina del *error in caput controversum* y el error *in caput non controversum* al prever la anulación de la transacción por falsedad de los documentos salvo que la falsedad haya sido el objeto del litigio que culminó en la transacción, como consta en su inciso final, y, de otra parte, constituye la justificación de la consideración de la falsedad de documentos como vicio específico del consentimiento relativo a la transacción, contemplado en el artículo 1.817 del Código civil<sup>120</sup>.

Por ende, esta constitución, junto con otras, como C. 2, 4, 19<sup>121</sup> y C. 2, 4, 30<sup>122</sup> constituyen una muestra del tratamiento que el Derecho romano atribuía al error en la transacción en el sentido de que tenían una escasa eficacia anulatoria, de modo que sólo se permitía anular aquellas transacciones celebradas con un equivocado o inexistente conocimiento de la realidad, esto es, el *error in caput non controversum*.

La concreta eficacia del error transaccional, manifestada en el Derecho romano justinianeo, también se pone de relieve en la Partida 5, título

<sup>119</sup> KRUEGER, Paulus: *Corpus Iuris Civilis*, volumen secundum, ob. cit., 1989, pág. 97.

<sup>120</sup> RUIZ-RICO RUIZ, José Manuel: «El error en la transacción», en *Anuario de Derecho Civil*, Tomo XLIV, fascículo III, julio-septiembre de 1991, ob. cit., págs. 1104 a 1107.

<sup>121</sup> C. 2, 4, 19: «*Sub praetextu instrumenti post reperti transactionem bona fide finitam rescindi iura non patiuntur. sane si eam per se vel per alium subtractis, quibus veritas argui potuit, decisionem litis extorsisse probetur, si quidem actio superest, replicationis auxilio doli mali pacti exceptio removetur, si vero iam perempta est, infra constitutum tempus tantum actionem per dolo potes exercere*». KRUEGER, Paulus: *Corpus Iuris Civilis*, volumen secundum, *Codex Justinianus*, Weidmann, 1989, pág. 96.

<sup>122</sup> C. 2, 4, 30: «*Transactione finita, cum ex partibus tuis magis dolum intercessisse quam eorum, contra quos preces fundis, confitearis, instaurare grave, nec non cimosiam tibi est*». KRUEGER, Paulus: *Corpus Iuris Civilis*, volumen secundum, *Codex Justinianus*, Weidmann, 1989, pág. 96.

lo 14, Ley 34: «Fueras ende, si el demandador pudiera prouar, que el demandado le fizo 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, entonces bien podria demandar, e cobrar, aquella parte que ouiesse assi quita»<sup>123</sup>. Esta Ley de Partida fue tomada en consideración, junto a la constitución C. 2, 4, 42, en la elaboración del artículo 1.727 del Proyecto de Código civil de 1851<sup>124</sup>.

Sin embargo, pese a la postura doctrinal actual según la cual cabe señalar una distinta eficacia en función de que el error incida en el *caput controversum* o en el *caput non controversum*, no se aprecia texto legal alguno que de modo expreso contemple esta dicotomía. El argumento histórico, entre otros<sup>125</sup>, no ha sido acogido de forma manifiesta por el codificador del siglo XIX. Por consiguiente, una interpretación literal y sistemática del artículo 1.817,1 del Código civil no admitiría la asunción implícita de esta postura doctrinal<sup>126</sup>.

Por otra parte, el error puede ser de hecho, error *facti*, o de Derecho, error *iuris*<sup>127</sup>. Sabido es que el error de hecho es aquel que incide sobre circunstancias del negocio (hecho, persona o cosa) mientras que el error de Derecho recae cuando la voluntad (si es error vicio) o la discrepancia entre la voluntad y la declaración (si es obstativo) viene determinada por la ignorancia, falso conocimiento o interpretación de una norma o regla jurídica. Trasladando los conceptos generales del error de hecho y el error de Derecho a la transacción, cabría entender que el primero se produce cuando éste recae sobre las circunstancias fácticas que han llevado a la parte que lo alega a mantener dichas pretensiones, mientras que el error de Derecho se entendería como aquel que se produce cuando el fundamento jurídico de su pretensión en la

<sup>123</sup> LÓPEZ, Gregorio: *Las siete partidas del sabio Rey D. Alonso el IX*, ob. cit., pág. 373.

<sup>124</sup> GARCÍA GOYENA, Florencio: *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, Tomo IV, ob. cit., pág. 135.

<sup>125</sup> Otros argumentos como el sistemático, teleológico y sociológico son expuestos para justificar esta dualidad en la eficacia del error en la transacción por LUNA SERRANO, Agustín: «La ineficacia de la transacción», en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, Tomo XXIII, cit., pág. 147 y RUIZ-RICO RUIZ, José Manuel: «El error en la transacción», en *Anuario de Derecho Civil*, Tomo XLIV, fascículo III, julio-septiembre de 1991, ob. cit., páginas 1107 a 1113.

<sup>126</sup> RUIZ-RICO RUIZ, José Manuel: «El error en la transacción», en *Anuario de Derecho Civil*, Tomo XLIV, fascículo III, julio-septiembre de 1991, ob. cit., págs. 1124 y 1125.

<sup>127</sup> ALBALADEJO, Manuel: *Derecho civil*, I, ob. cit., pág. 209 y Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis y GULLÓN BALLESTEROS, Antonio: *Sistema de Derecho civil*, Volumen I, ob. cit., página 491.

controversia se debe a la ignorancia o mal entendimiento de las normas jurídicas<sup>128</sup>.

El artículo 1.817, párrafo primero del Código civil permite la alegación del error para anular la transacción, sin diferenciar el de hecho del de derecho. Sin embargo, en su párrafo segundo, restringe esta posibilidad, al referirse al error de hecho cuando por la transacción la otra parte se ha apartado de un pleito comenzado<sup>129</sup>. Por su parte, el artículo 1.818 del Código civil, relativo al descubrimiento de nuevos documentos, limita también la alegación del error, lo mismo que el artículo 1.819 del Código civil sobre la ignorancia de la existencia de la sentencia firme. Estas consideraciones justifican el estudio de los términos en que debe comprenderse la regla del artículo 1.817 del Código civil.

La doctrina es, en su mayoría, partidaria de considerar que el error de Derecho no invalida la declaración por la propia naturaleza del instituto y la finalidad que se le reconoce<sup>130</sup>. La transacción es el medio que las partes emplean para la terminación de una controversia y fijar la situación jurídica existente entre ellas. Por consiguiente, no resulta congruente que posteriormente persiga la impugnación del resultado de la transacción alegando el desconocimiento de una norma jurídica. Otro argumento en favor de esta postura es que la ley adopta y regula la transacción como una figura que permite la composición de controversias entre los propios interesados, al margen del proceso judicial. Por tanto, el otorgamiento a los propios interesados de la posibilidad de impugnar

<sup>128</sup> GULLÓN BALLESTEROS, Antonio: Comentario a los artículos 1.809 a 1.819 del Código civil, cit., pág. 1776.

<sup>129</sup> En la doctrina italiana se defiende la irrelevancia del error de hecho sobre las cuestiones controvertidas. Así, a título de ejemplo, SEGNI M.: «Natura della transazione e disciplina dell'errore e della risoluzione», en *Rivista di Diritto civile*, maggio-giugno 1982, I, cit., página 280 a 283.

<sup>130</sup> Por todos, MANRESA Y NAVARRO, José María: *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento civil*, Tomo V, quinta edición, Editorial Reus, S.A., Madrid, 1929, pág. 127; VÁZQUEZ GUNDÍN, Eugenio: Código Civil de Quintus Mucius Scaevola (pseudónimo de Pedro de Apalategui), Tomo XXVIII, Artículos 1.790 a 1.856, II, De las transacciones y compromisos, ob. cit., pág. 392; OGÁYAR AYLLÓN, Tomás: *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, dirigidos por Manuel ALBALADEJO, Tomo XXII, Vol. 2.º, ob. cit., Madrid, 1979, pág. 65 y GULLÓN BALLESTEROS, Antonio: Comentario a los artículos 1.809 a 1.819 del Código civil, cit., pág. 1776.

Adopta una postura contraria LUNA SERRANO quien considera que «no hay inconveniente alguno en admitir el error de derecho como causa de anulabilidad de la transacción sino que, a lo que creo (aparte de que la ley no distingue sobre esta materia), es la propia ley la que asigna, a veces, al error de derecho valor invalidante: no cabe duda de que es error de derecho la ignorancia de la existencia de una sentencia firme —que dice lo que es derecho para el caso concreto— a que se refiere el art. 1.819». LUNA SERRANO, Agustín: *La transacción* en Elementos, ob. cit., pág. 570.

el contrato de transacción por la vía del error de derecho significa la apertura de la controversia ante la autoridad judicial quien fijará la norma aplicable<sup>131</sup>. La falsa idea que se tiene sobre una disposición legal o la ignorancia acerca de su existencia no deberían influir sobre la transacción porque, de lo contrario, la admisión de la posibilidad de impugnación por este error comportaría el abrir la controversia que la transacción terminó por el conocimiento de una norma aplicable a la controversia concreta. El Tribunal Supremo ha negado en distintas sentencias la trascendencia del error de Derecho para anular la transacción, de entre las cuales se destaca la resolución de 20 de marzo de 1951<sup>132</sup> y la de 16 de diciembre de 1953<sup>133</sup>.

Por lo que al error de hecho se refiere, los comentaristas del Código civil de 1889 también coinciden en establecer la eficacia del error de hecho en la transacción según incida en el contrato o negocio (una de las partes cree otorgar una transacción y la otra un mero gravamen); en el objeto, señalándose una distinta eficacia según que recaiga en su sustancia, en cuyo caso procede la anulación de la transacción, o en las cualidades o en la cantidad, esto es, condiciones meramente accidentales (no invalidan la eficacia de la transacción) y en la persona (ex artículo 1.266, párrafo 2.º)<sup>134</sup>. Por su parte, la doctrina más reciente ha considerado que el error de hecho debe reconducirse a la distinción entre el *error in caput controversum* y el *error in caput non controversum* de modo que error de hecho únicamente es invalidante de la declaración de voluntad en el caso de que recaiga sobre cuestiones no discutidas por los sujetos, esto

<sup>131</sup> GULLÓN BALLESTEROS, Antonio: Comentario a los artículos 1.809 a 1.819 del Código civil, cit., pág. 1777.

<sup>132</sup> STS 20 de marzo de 1951: «... este error sería de derecho, no siempre y en absoluto inexcusable, por su posible equiparación en algún caso al de hecho, pero sin trascendencia anulatoria en las conversiones transaccionales, cuya naturaleza y finalidad, definidas claramente en el artículo 1.809 del Código civil, no consienten que el vicio de error en el consentimiento productor para ellas de invalidez sea otro que el de hecho al que hacen referencia el artículo 1.817 y la regla general que la doctrina de esta Sala funda en el 1266 en relación con el 2.º del propio Código».

<sup>133</sup> En esta sentencia se destaca la inexcusabilidad del error de Derecho porque el transigente podía haberse asesorado jurídicamente y no probó ni que lo había hecho ni que dicho asesoramiento le hubiese inducido a error. STS 16 de diciembre de 1953: «que no vicia el consentimiento el error que es inexcusable, carácter que tenía el invocado por el demandado, y en la sentencia recurrida, porque estaba en la mano del que lo oponía el desvanecerlo con el examen en tiempo del documento de mandato o asesorándose debidamente, y si hizo esto último, lo que tenía que demostrar era el error o el engaño de que fue víctima por parte de sus asesores...».

<sup>134</sup> MANRESA Y NAVARRO, José María: *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento civil*, Tomo V, ob. cit., pág. 127 y VÁZQUEZ GUNDÍN, Eugenio: *Código Civil* de Quintus Mucius Scaevola, ob. cit., 1953, pág. 396 a 399.

es, el *error in caput non controversum* pero que de haber conocido su existencia no hubiesen celebrado dicho contrato<sup>135</sup>.

Por último, en cuanto al párrafo segundo del artículo 1.817 del Código civil, cabe destacar que la norma que encierra supone una restricción del ámbito de aplicación del error de hecho, al no poder alegarse frente a la otra parte que se apartó por la transacción de un pleito comenzado. Esta limitación podría considerarse como una interpretación del legislador que ha entendido que, de forma ordinaria, quien ha planteado un litigio o se opone a él es porque considera que ostenta algún derecho y medios para su prueba. Por tanto, si más tarde se transige con la otra parte parece conveniente otorgar la protección correspondiente a una de las partes para el caso de una posible alegación de error de hecho realizada por la otra parte<sup>136</sup>. Se entiende como una imposición del principio de buena fe<sup>137</sup> que debe regir en estos casos de modo que el sacrificio del particular que transigió, apartándose del litigio promovido, no sea baldío y, por consiguiente, la transacción prevalezca<sup>138</sup>.

Este segundo párrafo del artículo 1.817 del Código civil constituye una adición introducida en el Proyecto de Código civil de 1851 al texto previsto para el Proyecto de Código civil de 1836, en su artículo 1.646<sup>139</sup>.

Este artículo 1.646 del Proyecto de Código civil de 1836 rezaba lo siguiente:

«La nulidad de las transacciones tiene lugar por dolo, error o miedo grave, según la forma establecida en el capítulo II, título II de este libro. Sin embargo no lo tendrá por lesión enorme».

<sup>135</sup> OGÁYAR AYLLÓN, Tomás: Comentarios al Código civil y compilaciones forales, dirigidos por Manuel ALBALADEJO, Tomo XXII, Vol. 2.º, ob. cit., pág. 65 y GULLÓN BALLESTEROS, Antonio: Comentario a los artículos 1.809 a 1.819 del Código civil, cit., pág. 1776 y 1777.

<sup>136</sup> VÁZQUEZ GUNDÍN, Eugenio: Código Civil de Quintus Mucius Scaevola (pseudónimo de Pedro de Apalategui), Tomo XXVIII, Artículos 1.790 a 1.856, II, De las transacciones y compromisos, ob. cit., págs. 399 y 400.

<sup>137</sup> OGÁYAR AYLLÓN, Tomás: Comentarios al Código civil y compilaciones forales, dirigidos por Manuel ALBALADEJO, Tomo XXII, Vol. 2.º, ob. cit., pág. 67.

<sup>138</sup> En esta línea se pronuncia VÁZQUEZ IRUZUBIETA, Carlos en los siguientes términos «El párrafo segundo del artículo se establece una excepción fundada razonablemente en la circunstancia de que quien ha transado, haciendo perder a la otra parte el derecho a la jurisdicción, no puede válidamente argumentar error de hecho porque ello llevaría a irrogar a la parte adversa prácticamente la pérdida de su derecho material, según haya sido la forma del apartamiento del proceso y los términos utilizados» VÁZQUEZ IRUZUBIETA, Carlos: *Doctrina y Jurisprudencia del Código civil*, EDERSA, Madrid, 1988, pág. 2681.

<sup>139</sup> LASSO GAITE, Juan Francisco: *Crónica de la codificación española*, 4, ob. cit., página 257.

El Proyecto de Código civil de 1851 modificó parcialmente la dicción de este precepto del Código civil de 1836 y añadió un segundo párrafo, los cuales fueron tomados, también parcialmente, en consideración por los codificadores de finales del siglo XIX. En concreto, el artículo 1.727 del Proyecto de Código civil de 1851<sup>140</sup> disponía lo siguiente:

«La transacción en que intervenga, dolo, violencia ó falsedad de documentos, está sujeta á lo dispuesto en el artículo 988.

Sin embargo, no podrá una de las partes oponer el error de hecho á la otra, siempre que esta se haya apartado por la transacción de un pleito comenzado; ó haya desistido de intentarlo, si podía hacerlo sin temeridad».

La inclusión de este segundo párrafo en el artículo 1.727 del Proyecto de Código civil isabelino fue realizada con la finalidad de que sucedido el supuesto de hecho descrito no tuviese lugar la repetición de lo pagado indebidamente, aunque se probase que no hubo causa alguna para transigir y que no se debía aquello sobre lo que se transigió<sup>141</sup>.

#### c.1.2) *Error en la persona*

Esta clase de error queda subsumida a las normas generales del artículo 1.266, párrafo segundo del Código civil, habida cuenta que la transacción no supone una variación del régimen general que se predica de todo contrato<sup>142</sup>. Sin embargo, podría entenderse que la sanción derivada de dicho error sería, más que la anulabilidad, la nulidad absoluta porque si la transacción se hiciese con una persona respecto de la cual se creyese que posee una cualidad para sostener pretensiones sobre el derecho dudoso cuando, de hecho, está desprovisto de esta cualidad, no hay consentimiento y, por tanto, tampoco existe contrato<sup>143</sup>. En esta misma línea, se ha considerado que el error en la persona es estimable en la transacción porque si ésta se concierta con persona distinta del sujeto de la situación jurídica controvertida, el negocio transaccional

<sup>140</sup> GARCÍA GOYENA, Florencio: *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, ob. cit., pág. 135.

<sup>141</sup> GARCÍA GOYENA, Florencio: *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, ob. cit., pág. 137.

<sup>142</sup> OGÁYAR AYLLÓN, Tomás: *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, ob. cit., pág. 67.

<sup>143</sup> Así lo dispone GULLÓN BALLESTEROS, Antonio: Comentario a los artículos 1.809 a 1.819 del Código civil, cit., pág. 1777.

carecería de objeto, al no mediar ninguna relación entre los sujetos que la pactan para aclarar o fijar la relación jurídica <sup>144</sup>.

### c.1.3) Error de cálculo

La doctrina proporciona un tratamiento distinto según que el error de cálculo se produzca en el resultado final de la transacción de aquel error que una de las partes comete en la exposición de sus pretensiones.

Respecto del error en las operaciones aritméticas, la doctrina considera que el error que incide sobre las operaciones que son el resultado de la transacción no puede ser menos que reparable puesto que lo contrario vulneraría la voluntad de las partes <sup>145</sup>. Por contra, si se trata de errores de cálculo cometidos por las partes en la exposición de las pretensiones sobre las que han transigido, algún autor ha considerado que este supuesto merece un tratamiento distinto. De este modo, se entiende que la transacción sobre cuenta litigiosa no podría atacarse por descubrirse errores en la misma <sup>146</sup>. La justificación de la distinción cabe encontrarla en que mientras en las operaciones aritméticas sobre convenios, el error en las operaciones matemáticas sería contra la voluntad recíproca de las partes, si se tratara de errores de cálculo cometidos por las partes en la exposición de las pretensiones sobre que se ha transigido, esta voluntad no podría mirarse igualmente como cierta, de manera que la transacción sobre cuenta litigiosa no podría ser atacada por descubrirse errores o incertidumbres en dicha cuenta. No obstante esta distinción, la doctrina no es pacífica <sup>147</sup>.

<sup>144</sup> OGÁYAR AYLLÓN, Tomás: Comentarios al Código civil y compilaciones forales, dirigidos por Manuel ALBALADEJO, Tomo XXII, Vol. 2.º, ob. cit., pág. 66.

<sup>145</sup> En este sentido se pronuncia MANRESA Y NAVARRO, José María: *Comentarios al Código Civil español*, ob. cit., pág. 129 y OGÁYAR AYLLÓN, Tomás: *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, dirigidos por Manuel ALBALADEJO, Tomo XXII, Vol. 2.º, ob. cit., pág. 67.

<sup>146</sup> Esta es la interpretación manifestada por GARCÍA GOYENA en GARCÍA GOYENA, Florencio: *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, Tomo IV, ob. cit., pág. 136. La justificación cabe encontrarla en D. 49, 8, 1, 1 y C. 7, 52, 2 y, también en nuestra Ley de Partida 3, título 26, ley 4 porque según ellas el error de cálculo, cuando viene de los litigantes, no invalida la sentencia y, si aquellos no apelan, pasa irrevocable en fuerza de cosa juzgada.

<sup>147</sup> El hecho de que esta distinción no es pacífica es puesta de relieve por GULLÓN BALLESTEROS, Antonio: Comentario a los artículos 1.809 a 1.819 del Código civil, cit., página 1777.

### c.2) El dolo

En consonancia con el concepto legal establecido en los artículos 1.269 y 1.270 del Código civil, el contrato de transacción podrá ser impugnado cuando una de las partes, con palabras insidiosas o maquinaciones, ha inducido a la otra a celebrarlo, puesto que de no haber concurrido dicha parte no lo hubiese realizado.

En líneas generales, el dolo en la transacción queda subsumido, pues, a las reglas generales de todo contrato <sup>148</sup>. Sin embargo, la doctrina ha tratado la transacción sobre una *litis temeraria*, esto es, cuando una de las partes contratantes, consciente de la falta de fundamento de su pretensión debido a la inexistencia del derecho que alega, amenaza a la otra parte con el planteamiento de una controversia que podría derivar en un juicio para forzarla a la formalización del contrato de transacción <sup>149</sup>.

En este caso, se ha interpretado que se trata de un supuesto en el que la mala fe de una de las partes contratantes ha propiciado la manifestación de un consentimiento que está viciado. Consideramos, por tanto, que este caso no deba tratarse de un modo específico y al margen del régimen general que el ordenamiento jurídico prevé para los vicios del consentimiento, aquí, el dolo, como así ocurre en el ordenamiento jurídico italiano.

En efecto, el ordenamiento jurídico italiano lo ha considerado como un caso distinto, independiente de aquellos en que ha existido dolo, calificado como *pretesa temeraria*, y como tal, regulado de un modo específico en una disposición concreta, el artículo 1.971, del *Codice civile* de 1942 <sup>150</sup>.

<sup>148</sup> MANRESA Y NAVARRO, José María: *Comentarios al Código Civil español*, Tomo XII, ob. cit., pág. 126; VÁZQUEZ GUNDÍN, Eugenio: *Código Civil de Quintus Mucius Scaevola*, ob. cit., pág. 400; OGÁYAR AYLLÓN, Tomás: *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, dirigidos por Manuel ALBALADEJO, Tomo XXII, Vol. 2.º, ob. cit., pág. 62 y GULLÓN BALLESTEROS, Antonio: Comentario a los artículos 1.809 a 1.819 del Código civil, cit., página 1777.

<sup>149</sup> Este supuesto ya se recogía en el Digesto, en concreto, en D. 12, 6, 65, 1: «... *sin autem evidens calunnia detegitur et transactio imperfecta est, repetitio dabitur*».

<sup>150</sup> Artículo 1971 del *Codice civile* italiano vigente: «*Transazione su pretesa temeraria. Se una delle parti era consapevole della temerarietà della sua pretesa, l'altra può chiedere l'annullamento della transazione*».

La doctrina italiana, por otra parte, ha tratado extensamente esta cuestión como lo revela el número de trabajos publicados sobre ella. Los estudios sobre la *litis temeraria* han servido de argumento en numerosas ocasiones para refutar la teoría de la incertidumbre subjetiva, que trataba de explicar y justificar la *res dubia* como presupuesto previo de la transacción. Al respecto, los defensores de la postura que la incertidumbre debía ser subjetiva en el sentido de que era suficiente que los sujetos dudasen acerca de la existencia de su derecho fueron

Por el contrario, nuestro ordenamiento jurídico no prevé precepto alguno relativo a la que se califica como transacción sobre *litis temeraria*, sin contemplar expresamente qué sucede cuando una de las partes mantiene en la controversia conscientemente pretensiones que carecen de fundamento legal con la finalidad de obtener ventajas en una futura transacción en el caso de que ésta llegara a celebrarse, eludiendo así el correspondiente juicio. Aquí, se ha considerado que el planteamiento temerario de una controversia es equiparable a la maniobra insidiosa, aunque según otro sector doctrinal podría entenderse también que se trata de un caso de nulidad absoluta por ilicitud de la causa, puesto que la mala fe distorsiona la causa, que consiste en la sustracción de un litigio, porque la conducta que lo origina es contraria a la moral<sup>151</sup>.

Una revisión de los precedentes legislativos inmediatos del Código civil se aprecia como este supuesto estaba previsto en el artículo 1.727 del Proyecto de Código civil de 1851<sup>152</sup>. En este precepto se decía que el error de hecho no podía oponerse al transigente que se hubiese apartado de un pleito comenzado<sup>153</sup> o «haya desistido de intentarlo, si podía hacerlo sin temeridad». Este inciso final no fue tomado en consideración por el codificador de finales del siglo XIX, por lo que se ha entendido que el legislador no persiguió calificar en modo alguno la *litis*<sup>154</sup>.

En este sentido, los supuestos concretos por los que la transacción del artículo 1.809 del Código civil podría ser objeto de impugnación por dolo son los siguientes:

#### 1. El descubrimiento de nuevos documentos, ocultados de mala fe.

En este caso, las maquinaciones insidiosas de una de las partes consisten en la ocultación de documentos que compelen a la otra a la celebración de un contrato de transacción.

atacados con el argumento de que en los supuestos de *litis temeraria* uno de los dos sujetos era plenamente consciente de la ausencia del fundamento de su pretensión y, por consiguiente, la transacción era válida y eficaz, salvo la aportación de una prueba que demostrase la existencia de dicha temeridad.

<sup>151</sup> GULLÓN BALLESTEROS, Antonio: Comentario a los artículos 1.809 a 1.819 del Código civil, cit., pág. 1777.

<sup>152</sup> GARCÍA GOYENA, Florencio: *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, tomo IV, ob. cit., pág. 135.

<sup>153</sup> Este inciso del precepto 1.717 del Proyecto de Código civil isabelino coincide con el segundo párrafo del vigente artículo 1.817 del Código civil de 1889.

<sup>154</sup> GULLÓN BALLESTEROS, Antonio: Comentario a los artículos 1.809 a 1.819 del Código civil, cit., pág. 1777.

En este supuesto, como en el anterior, el contrato podrá ser impugnado, pero aquí porque ello se desprende de la interpretación a sensu contrario de la disposición contenida en el artículo 1.818 del Código civil, según la cual, «El descubrimiento de nuevos documentos no es causa para anular o rescindir la transacción, si no ha habido mala fe».

De conformidad con este precepto, el descubrimiento de nuevos títulos no invalida la transacción, si es de buena fe<sup>155</sup>. Por el contrario, la parte afectada podrá impugnar el contrato por dolo si con el descubrimiento de los documentos se conoce que la otra parte sabía de su existencia y, por tanto, actuó de mala fe<sup>156</sup>.

#### 2. El conocimiento de la falsedad del documento o causante de su falsedad.

Consideramos la transacción impugnada por dolo cuando una de las partes tuviese conocimiento de la falsedad del documento por el cual induce a la otra parte a la celebración del contrato o, también, cuando una de las partes hubiese sido la causante de la falsedad del documento<sup>157</sup>.

En estos casos, una de las partes ha incurrido en mala fe al utilizar medios reprobables por los cuales la otra parte ha consentido en celebrar una transacción que, de no haber sido por los documentos aportados por la otra parte, no habría formulado<sup>158</sup>.

Para que en todos los casos expuestos prospere el proceso de impugnación por causa del dolo sufrido, la parte que lo ha padecido no sólo

<sup>155</sup> Ello se desprende de los pasajes del Código y de Las Partidas. Así, el C. 2, 4, 19: «*Sub praetextu instrumenti post reperti, transactionem bona fide finitam rescindi, jura non patiuntur*» ya que tiene para las partes la autoridad de la cosa juzgada y, por consiguiente no puede revocarse por instrumentos hallados nuevamente, como dispone el C. 7, 52, 4 y nuestra Ley de Partida, en la partida 3, título 22, ley 19.

<sup>156</sup> Porque si hubo mala fe, como señala GARCÍA GOYENA, «se cae en el caso de dolo, y de consiguiente la transacción será nula» D. 2, 15, 9, 2: «*quia non tam paciscitur, quam decipitur*» y D. 12, 6, 65, 1: «*Si evidens calumnia detegitur, transactio imperfecta est*» y C. 2, 4, 19: «*Si per se, vel per alium, subtractis instrumentis, quibus veritas argui poterat: actionem de dolo potes exercere*». Así, nuestra Ley de Partida 5, título 14, ley 34 «Fueras ende, si el demandador pudiere provar que el demandado le fizo engaño, en fazerle perder las cartas». Véase GARCÍA GOYENA, Florencio: *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, tomo IV, ob. cit., pág. 137.

<sup>157</sup> GULLÓN BALLESTEROS, Antonio: Comentario a los artículos 1.809 a 1.819 del Código civil, cit., pág. 1778: «la falsedad de documentos puede incidir también en dolo en la formación de la voluntad transaccional cuando el autor sea uno de los transigentes, o la consozca y no se la haga saber a la contraparte».

<sup>158</sup> Como conducta general opuesta a la buena fe que debe presidir la contratación, el dolo en la transacción se establece en los artículos 1.818 y 1.819 del Código civil, según establece GULLÓN BALLESTEROS, Antonio: *La transacción*, ob. cit., pág. 183.

deberá alegarlo sino que, también, deberá probarlo<sup>159</sup>. Esta impugnación no podrá ser solicitada por aquel que actuó de mala fe<sup>160</sup>.

Los efectos derivados de la impugnación por dolo son aquellos que se desprenden de la anulabilidad del contrato, aunque el tenor literal de los artículos 1.265 y siguientes del Código civil se refieren a la «nulidad». Por consiguiente, son de aplicación de los artículos 1.301 y siguientes del Código civil. Cabe señalar que la falsedad provoca la anulación de aquellas partes de la transacción que tengan relación directa con ello, sin alcanzar, en principio, toda la transacción salvo que la parte que esté interesada pida la nulidad total de la transacción habida cuenta que pruebe que las demás estipulaciones no pueden existir sin la parte que ha sido anulada<sup>161</sup>.

### c.3) La falsedad de los documentos

La falsedad de documentos no constituye ninguno de los supuestos legales considerados como vicios del consentimiento por lo que entendemos que su existencia comportará el que sea encuadrado en alguno de los casos previstos por el Código civil, según sean las circunstancias en que se produzca. Por consiguiente, para la determinación del vicio del consentimiento que se ha producido, es preciso fijar de qué modo incide la falsedad de los documentos en la celebración del contrato de transacción. Al respecto, distinguimos varios supuestos:

1.º: la falsedad de los documentos es conocida por las partes contratantes.

Una vez concluido el contrato en estas circunstancias, la transacción deviene inatacable puesto que en este caso podría entenderse que las partes han llegado a dicho acuerdo transaccional con base en otros criterios, con independencia de que los documentos fuesen falsos. Aquí, las partes acceden a la terminación de la controversia mediante un contrato de transacción con base en una determinada realidad, al margen de que

<sup>159</sup> Así se establece en C. 2, 4, 22: «*Si maior transegeris, ad rescindendam transactionem de dolo contestatio non sufficit*».

<sup>160</sup> Así lo disponía C. 2, 4, 30: «*Transacione finita, cum ex partibus tuis magis dolum intercessisse, quam eorum, contra quos preces fundis, confitearis, instaurari grave, nec non criminis tibi est*». Véase BERTOLINI, Cesare: *Della transazione secondo il diritto romano*, ob. cit., página 381.

<sup>161</sup> GULLÓN BALLESTEROS, Antonio: Comentario a los artículos 1.809 a 1.819 del Código civil, cit., pág. 1778.

los documentos fuesen falsos. Y, por consiguiente, no podrían alegar el error con base en dicha falsedad, puesto que las partes ya lo conocían y en nada cambió su voluntad contractual. En efecto, en este caso, las partes no podrían alegar que de haber conocido la situación real hubiesen actuado de un modo distinto porque ya estaban al corriente. La impugnación de la transacción por falsedad de los documentos comportaría una actuación contraria a los propios actos<sup>162</sup>.

En este caso, también podría entenderse que las partes contratantes han actuado de mala fe y, por tanto, deberá estarse a lo dispuesto en la norma del párrafo primero del artículo 1.270 del Código civil, a sensu contrario.

2.º: la falsedad de los documentos es conocida por una de las partes o, también, una de las partes es la causante de la falsedad de los documentos.

En este caso, la transacción será anulable por dolo, esto es, por la mala fe de la parte que ha inducido a la otra a la celebración de un contrato de transacción, bajo la amenaza de un pleito, en consonancia con las normas generales a tal efecto y según hemos indicado supra.

3.º: La falsedad de los documentos, no imputable a ninguna de las partes contratantes, es descubierta con posterioridad a la formalización del contrato de transacción.

Dicha falsedad quedaría subsumida en los supuestos en los cuales ha existido un error sobre el cual se ha configurado el negocio transaccional y como tal anulable, de conformidad con las reglas generales<sup>163</sup>.

4.º: La falsedad de los documentos como objeto de la controversia que ha motivado la celebración del acuerdo transaccional.

Cuando las partes llegan a un acuerdo transaccional para poner fin a la controversia surgida acerca de la falsedad de los documentos, el con-

<sup>162</sup> GULLÓN BALLESTEROS, Antonio: Comentario a los artículos 1.809 a 1.819 del Código civil, cit., pág. 1778: «Si las partes han transigido precisamente sobre la falsedad o no falsedad del documento, la transacción no podrá atacarse. Esta era la solución romana, y es justa, porque no se puede decir que de haber conocido la verdadera situación el resultado hubiese sido diferente».

<sup>163</sup> GULLÓN BALLESTEROS, Antonio: Comentario a los artículos 1.809 a 1.819 del Código civil, cit. ibidem: «Es una aplicación del error *in caput controversum* (porque las pretensiones de la parte que impugna no tenían base verdadera). De ahí que la parte que ejercita la acción de anulabilidad debió desconocer al transigir la falsedad del documento o de la sentencia que la declaraba (artículo 1.819) aunque lógicamente el precepto se refiere a una declaración de falsedad posterior a la transacción».

trato de transacción no podrá ser impugnado por error del objeto de la transacción porque la falsedad de dichos documentos<sup>164</sup> constituía, precisamente, el origen de la controversia que las partes han pretendido superar mediante el contrato de transacción. Con ello no se excluyen las categorías generales relativas a la impugnación de los contratos, esto es, el error, el dolo, la violencia o la intimidación, en los términos previstos en el ordenamiento jurídico.

Por consiguiente, la circunstancia de la falsedad de documentos no es más que un antecedente del error o del dolo de tal modo que únicamente cuando fundamente un error o un movimiento suficiente como para viciar el consentimiento podrá ser esgrimido para la impugnación de la transacción<sup>165</sup>.

La falsedad de documentos comporta la anulabilidad de los extremos de la transacción salvo que la parte que la alega también pruebe que las demás estipulaciones no pueden existir sin la parte anulada.

Tratadas las cuestiones relativas a la ineficacia de la transacción por los vicios del consentimiento previstos en el artículo 1.817 del Código civil en relación con el artículo 1.265 y siguientes de este mismo cuerpo legal, debe abordarse el tema relativo a la resolución por incumplimiento en la transacción, puesto que esta cuestión se halla estrechamente relacionada con la naturaleza que se predica del contrato de transacción.

Como es sabido, el artículo 1.124 del Código civil prevé la facultad de exigir el cumplimiento o de resolver las obligaciones recíprocas para el caso de que uno de los obligados no cumpliera lo que le incumbe. Al respecto, se suscita la cuestión acerca de si, por lo que a la resolución se refiere, este precepto tiene o no su aplicación en el contrato de transacción, en atención a su específica causa<sup>166</sup>.

La resolución prevista en el artículo 1.124 del Código civil se concibe como la extinción sobrevenida de la relación contractual que se produce como consecuencia de una declaración de voluntad o de una acción ejer-

<sup>164</sup> En opinión de GULLÓN BALLESTEROS, «El *caput controversum* será aquí la cuestión de la falsedad, y no podrá invocarse ésta, porque el error recaerá sobre aquel *caput*...». GULLÓN BALLESTEROS, Antonio: *La transacción*, ob. cit., pág. 180.

<sup>165</sup> En estos términos se pronuncia MANRESA Y NAVARRO, José María: *Comentarios al Código Civil español*, ob. cit., pág. 127.

<sup>166</sup> En una monografía recientemente publicada, la autora ha dedicado su labor investigadora al estudio en profundidad de la cuestión relativa, precisamente, a la posibilidad o no de resolución del contrato de transacción por incumplimiento, en virtud del artículo 1.124 del Código civil. LÓPEZ BARBA, Elena M.ª: *El contrato de transacción. Su resolución por incumplimiento*, cit.

citada por una de las partes porque uno de los obligados no cumpliera lo que le incumbe. Ello supone que la regla negocial inicialmente acordada va a ser sustituida por el retorno a la situación anterior al negocio o por otra regla alternativa<sup>167</sup>.

Por lo que a la transacción se refiere, la cuestión concreta que se plantea es si, por causa de dicha resolución, la controversia, superada mediante el contrato de transacción, resolviéndola, revive.

En primer lugar, debe señalarse que la resolución por incumplimiento prevista en este artículo 1.124 del Código civil sería posible, en su caso, cuando la transacción es extrajudicial porque en el caso de que la transacción sea judicial y firme, por tanto, aprobada y homologada por el Juez, revistiendo la forma de resolución judicial, en concreto, un auto, el ordenamiento jurídico prevé la vía específica de apremio para obtener el cumplimiento, mecanismo éste previsto habitualmente para la sentencia judicial, a la cual parece aproximarse la transacción judicial. Por otra parte, la transacción extrajudicial se configura como un contrato, sin el plus que el auto de homologación concede a la transacción judicial y, como tal, salvo que se diga lo contrario, la transacción está sometida a las disposiciones legales previstas para su validez y eficacia<sup>168</sup>. Por consiguiente, en caso de incumplimiento de alguna de las partes, la transacción judicial comportará el procedimiento de ejecución para lograr el cumplimiento del acuerdo alcanzado, mientras que la transacción extrajudicial estará sujeta a las disposiciones previstas por el ordenamiento jurídico a tal efecto.

Sentada pues esta premisa, debe analizarse si el artículo 1.124 del Código civil es aplicable a la transacción. La determinación de la aplicabilidad de este artículo 1.124 del Código civil en el contrato de transacción supone poner en relación el presupuesto previsto en dicho precepto y la específica configuración del contrato de transacción.

Es opinión mayoritaria que el presupuesto recogido en la norma del artículo 1.124 del Código civil es la existencia de una relación obligatoria sinalagmática<sup>169</sup> puesto que se refiere, de forma literal, a «obligaciones

<sup>167</sup> MONTES PENADES, Vicente Luis: «Comentario al artículo 1.124 del Código civil» en *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, dirigidos por Manuel ALBALADEJO, tomo XV, vol. 1.º, pág. 1173.

<sup>168</sup> El término transacción empleado a lo largo de este apartado debe entenderse referido a la transacción extrajudicial.

<sup>169</sup> Por todos, DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis: *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, Volumen I, ob. cit., pág. 841.

recíprocas»<sup>170</sup>. Por tanto, la aplicación de la resolución por incumplimiento del artículo 1.124 del Código civil a la transacción podría ser rechazada si se considera que en dicho instituto hay una ausencia de intercambio de prestaciones. En la transacción, las partes realizan sacrificios recíprocos respecto de pretensiones lo que no es asimilable a un intercambio de prestaciones con contenido económico de un patrimonio a otro. Se trata de renunciaciones respecto a las posiciones extremas iniciales dirigidas a realizar aquel acuerdo que debe definir el estado de derecho existente entre las partes, fijar sus relaciones recíprocas, señalar los límites entre las respectivas figuras jurídicas. Una vez concluida la transacción mediante las concesiones recíprocas, todo nexo causal entre las concesiones transaccionales y las respectivas relaciones jurídicas que se establecieron se rompe. Las partes no han adquirido derechos y obligaciones sino que se hallan en una situación jurídica cierta localizada en el lugar de la situación jurídica anteriormente incierta<sup>171</sup>.

Debe destacarse, no obstante, que las anteriores consideraciones se centran en el supuesto en que las partes transigen mediante mutuos reconocimientos que fijan la existencia de una relación discutida, esto es, cuando el objeto de la transacción sólo comprende el objeto interno de la controversia. En esta línea, respecto de la relación jurídica controvertida, la transacción nada crea, modifica o extingue, sino que únicamente establece los extremos de dicha relación de tal modo que deja de ser incierta. Todo ello en consonancia con la naturaleza jurídica declarativa de la transacción respecto del objeto interno de la controversia que hemos puesto de relieve anteriormente.

Por ende, la resolución por incumplimiento prevista en el artículo 1.124 del Código civil no tendría aplicación en la transacción si atendemos a una interpretación del artículo 1.816 del Código civil. Según este precepto, la transacción tiene para las partes la autoridad de la cosa juzgada. Y puesto que el incumplimiento de una resolución judicial fir-

<sup>170</sup> La doctrina prevé, además, otros requisitos como son el previo cumplimiento por parte de quien insta la resolución, esto es, el perjudicado y el incumplimiento de una o varias de las prestaciones contractualmente establecidas consideradas como principales. Así lo considera MONTES PENADES, Vicente Luis: «Comentario al artículo 1.124 del Código civil» en *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, dirigidos por Manuel ALBALADEJO, tomo XV, vol. 1.º, ob. cit., pág. 1229 y DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis: *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, Volumen I, ob. cit., pág. 847.

<sup>171</sup> Así lo expone GROPALLO, Enrico: «La natura giuridica della transazione», en *Rivista di diritto civile*, 1931, I, cit., págs. 365 y 366 cuya postura vendría entendida por la consideración de la transacción «non tanto come un genuino contratto bilaterale, quanto piuttosto come una figura di intesa o accordo».

me no supone que el litigio pueda volver a suscitarse, del mismo modo, en la transacción, el incumplimiento de una de las partes también impide que la controversia que ya fue decidida entre ellas pueda volver a plantearse<sup>172</sup>. En ambos supuestos, la única facultad que posee aquella persona que persigue el cumplimiento de lo acordado es exigirlo de forma forzosa. Sin embargo, no debe olvidarse que esta interpretación descansa en una interpretación literal de este precepto cuando, en realidad, el legislador empleó los términos de forma metafórica para indicar que la controversia también queda resuelta en la transacción, como sucede en la sentencia.

En cambio, si atendemos a la estructura negocial del contrato, en concreto al carácter bilateral<sup>173</sup> y recíproco que se predica de la transacción, la resolución por incumplimiento prevista en el artículo 1.124 del Código civil puede ser aplicable a este instituto<sup>174</sup>. En efecto, atendiendo a las recíprocas concesiones (o medios) a través de las cuales las partes pretenden alcanzar la finalidad, es decir, la terminación de la controversia y la sustitución de una situación jurídica incierta por otra cierta, la resolución de la transacción es posible y, por consiguiente, cabría un planteamiento de la controversia anterior<sup>175</sup>.

En esta línea, la Jurisprudencia ha admitido la resolución de la transacción por incumplimiento de alguna de las cláusulas del contrato; mas debe señalarse, también, que las Sentencias del Tribunal Supremo sobre esta cuestión no se pronuncian en cuanto a que reviva o no la controversia que suscitó la celebración del acuerdo. Así, lo estableció la sentencia de 9 de junio de 1917, según la cual «oponiendo en el pleito la demandada la nulidad de la transacción, en vez de someterla a la sanción judicial en el plazo que medió hasta la interposición de la demanda, es evidente que por su parte dejó incumplida una obligación recíproca y condicionada que da lugar a la resolución del contrato, según el art. 1.124 del Código civil» y, en esta misma línea, la sentencia de 29 de septiembre de 1930 que declara que «el artículo 1.124 del Código civil, al hablar de resolución, no de rescisión, se refiere a toda clase de obligaciones recíprocas, sin distinguirlas ni exceptuarlas por su origen, ni mucho menos excluir de sus preceptos las nacidas de los contratos de transacción» y también las sentencias de 12 de marzo de 1947 y de 26 de abril de 1963<sup>176</sup>.

<sup>172</sup> GULLÓN BALLESTEROS, Antonio: *La transacción*, ob. cit., pág. 155.

<sup>173</sup> BOYER, Louis: *La notion de transaction. Contribution a l'étude des concepts de cause et d'acte déclaratif*, ob. cit., pág. 283, nota 2.

<sup>174</sup> LUNA SERRANO, Agustín: *La transacción en Elementos*, ob. cit., pág. 571.

<sup>175</sup> GULLÓN BALLESTEROS, Antonio: *La transacción*, ob. cit., pág. 157.

<sup>176</sup> STS 12 de marzo de 1947 (Ar. 442) y STS 26 de abril de 1963 (Ar. 2418).

En este caso, la justificación de la posibilidad de la resolución del contrato por la vía del artículo 1.124 del Código civil se fundamenta en la naturaleza constitutiva, dispositiva o traslativa, según las prestaciones que las partes hayan acordado, de la transacción respecto del objeto externo a la controversia, que como indicamos, está configurada por los sacrificios mutuos de las partes distintos a lo que se configuraba como el objeto del conflicto.

Sin embargo, con todo, cabría considerar que el contrato de transacción no sea susceptible de resolución por incumplimiento en atención a su específica causa: la superación de controversias mediante los sacrificios mutuos de las partes. Por consiguiente, el incumplimiento de una de las partes de la transacción tan sólo podrá superarse mediante la ejecución forzosa de la prestación que se trate puesto que la situación jurídica controvertida se extinguió con la transacción celebrada<sup>177</sup>.

### C. LA TRANSACCIÓN HOMOLOGADA O JUDICIAL

#### 1. EL EFECTO TOTAL DE COSA JUZGADA

Como venimos indicando, la transacción es calificada como judicial cuando el contrato por el cual los particulares inmersos en una controversia la superan mediante concesiones recíprocas, la someten a la homologación o aprobación judicial, obteniéndola. En suma, el proceso iniciado por las partes termina mediante el auto que homologa la transacción celebrada<sup>178</sup>.

En este caso, el contrato de transacción inicial resulta modalizado por la intervención de la autoridad judicial quedando plasmado en una resolución (auto)<sup>179</sup> que, como cualquier otro, en cuanto deviene firme,

<sup>177</sup> «... las partes siguen obligadas por su anterior relación, que ahora es indubitada gracias a la autocomposición por ellas efectuada. Autocomposición que se materializa en el contrato de transacción donde uno de los elementos fundamentales de su causa es poner término a la controversia que enfrenta a las partes de manera definitiva, como si de una sentencia firme se tratara. Contenido del contrato que las partes conocen y aceptan cuando prestan su consentimiento al acuerdo, de ahí que el contrato de transacción celebrado sea irrevocable o de lo contrario no es transacción». LÓPEZ BARBA, Elena M.ª: *El contrato de transacción. Su resolución por incumplimiento*, ob. cit., pág. 328.

<sup>178</sup> Así ha considerado también la transacción judicial LÓPEZ BARBA, Elena M.ª: *El contrato de transacción. Su resolución por incumplimiento*, ob. cit., pág. 140.

<sup>179</sup> La transacción judicial, en cuanto contrato *inter partes*, produciría los mismos efectos indicados para la transacción extrajudicial como acción, título o causa de pedir y como justo título de adquisición. Y según el tenor literal del artículo 415 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la transacción homologada podrá ser impugnada por las mismas causas que la transacción judicial.

produce como consecuencia su inalterabilidad, en aras del principio de seguridad jurídica consagrado en el artículo 9 de la Constitución, ya que dicha seguridad jurídica impone que la discusión inicialmente suscitada tenga un momento final que se alcanza cuando el resultado obtenido se convierte en irrevocable<sup>180</sup>.

Por ende, la inmutabilidad de las sentencias y demás resoluciones judiciales firmes forma parte del contenido del derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 24.1 de la Carta Magna. Así lo establece la sentencia del Tribunal Constitucional del 17 de diciembre de 1996<sup>181</sup>: «De este modo, si los órganos judiciales, después de haber dictado una sentencia o resolución que haya adquirido firmeza, modificaren el contenido del fallo al margen de los procedimientos taxativamente establecidos en la ley, vulnerarán el derecho a la tutela judicial efectiva, incluso en la hipótesis de que con posterioridad llegasen a la convicción de que la decisión judicial que dictaron no se ajustaba a la legalidad, pues en otro caso resultaría gravemente afectado el principio de seguridad jurídica».

En esta misma línea, la modificación de las resoluciones judiciales que se orienta a hacer posible que los propios Juzgados y Tribunales puedan aclarar algún concepto oscuro, suplir omisiones o rectificar o corregir errores materiales o aritméticos que se contengan en las resoluciones que ellos mismos hayan dictado, como vía aclarativa, añade la sentencia citada que «es plenamente compatible con el principio de inmutabilidad de las sentencias y demás resoluciones judiciales firme, en la medida en que va dirigida a lograr una mejor efectividad del derecho a la tutela judicial, que no incluye el derecho a beneficiarse de simples errores materiales o de omisiones evidentes en la redacción o transcripción del fallo, siempre que puedan deducirse, con toda certeza, del propio texto de la resolución judicial. Sin embargo, este cauce procesal, por su excepcionalidad, no puede ser utilizado para rectificar o modificar el sentido de la

<sup>180</sup> Así, el principio de seguridad jurídica prevalece por encima del principio de justicia. A éste último podría convenirle que en cualquier momento el tema ya resuelto en un proceso anterior pudiera someterse nuevamente al conocimiento judicial, con la expectativa de obtener un mayor grado de adecuación a la legalidad. Sin embargo, esta posibilidad comportaría que las relaciones jurídico-materiales estarían perpetuamente sometidas a discusión, por lo que nunca podrían alcanzar la estabilidad.

Por este motivo, la seguridad jurídica se impone de modo que el resultado alcanzado sea inmutable.

Así lo ha interpretado MONTERO AROCA, Juan en MONTERO AROCA, Juan (...): *Derecho Jurisdiccional*, II, cit., pág. 362.

<sup>181</sup> STC 17 de diciembre de 1996 (Ar. 208).

fundamentación jurídica que condujo al fallo firme (...), pues ello entrañaría una revisión de las resoluciones judiciales realizada al margen del sistema de recursos y remedios procesales establecido que afecta al principio de inmutabilidad de las resoluciones judiciales firmes y vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 de la Constitución Española.»<sup>182</sup>

En suma, la naturaleza jurídica de resolución judicial del auto que homologa la transacción comporta que éste sea inmutable, desde el momento en que adquiere firmeza. Esta inmutabilidad de la resolución judicial con base en el principio de seguridad jurídica supone que la transacción judicial se configure como el contrato homologado que provoca de forma plena que la situación jurídica inicialmente incierta, provocada por la controversia entre los sujetos, devenga definitivamente segura<sup>183</sup>.

Sin embargo, este principio de seguridad jurídica que se predica de todas las resoluciones judiciales firmes y que se traduce en el efecto de cosa juzgada formal, parece no tener su aplicación respecto del auto mediante el cual se homologa la transacción, ya que el artículo 415 de la Ley de Enjuiciamiento Civil prevé de forma expresa que el acuerdo homologado judicialmente «podrá ser impugnado por las causas y en la forma que se prevén para la transacción judicial»<sup>184</sup>. En efecto, la doctrina designa la cosa juzgada formal como un efecto de todas las resoluciones judiciales, estrechamente vinculado a su inimpugnabilidad o firmeza y que supone una vinculación para el órgano jurisdiccional y, también, para las partes<sup>185</sup>. No obstante lo anterior, según el tenor literal de la norma citada, el auto homologado judicialmente carecería de este efecto de cosa juzgada formal, en cuanto vinculación para las propias partes

<sup>182</sup> Véase, entre otras, la STC de 13 de octubre de 1992 (RTC 142/1992); STC de 27 de enero de 1994 (RTC 24/1994); STC de 6 de marzo de 1995 (RTC 57/1995) y AUTO del Tribunal Constitucional de 21 de marzo de 1995 (RTC 106/1995).

<sup>183</sup> Por su naturaleza contractual, la transacción es susceptible de ser impugnada por los medios legalmente admitidos. Cabría considerar que, tal vez, el auto que homologa la transacción la modaliza de tal forma que, una vez la resolución es firme, ésta deviene inimpugnable y, por consiguiente, también lo es la transacción de la que trae causa.

<sup>184</sup> Al respecto, hay que destacar que esta consideración de la norma, reflejada en el último inciso del punto 2 del artículo 415 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, realiza una remisión a las causas y la forma que se prevén para la transacción judicial cuando no existe precepto alguno en nuestro ordenamiento que establezca cuáles son. Posiblemente, el legislador tuviera en mente los medios de impugnación previstos para la transacción en el Código civil, fijados en el artículo 1.817 del Código civil; mas, en este caso, en cuanto contrato, se trata siempre de una transacción extrajudicial, en lugar de una judicial, como se afirma en el artículo 415.

<sup>185</sup> En esta sentido lo pone de relieve OLIVA SANTOS, Andrés de la y DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio: *Derecho procesal civil. El proceso de declaración*, ob. cit., pág. 490.

que han celebrado el contrato de transacción, puesto que éste podría ser objeto de impugnación por cualquiera de los medios admitidos por el ordenamiento jurídico<sup>186</sup>.

Y si bien es cierto que, en cuanto contrato, la transacción estaría sujeta a las normas de impugnación previstas por el ordenamiento jurídico, la homologación judicial del acuerdo debería producir los efectos propios de toda resolución judicial, en especial, cuando está en juego el principio de seguridad jurídica. En efecto, y como consecuencia de ello, parece del todo punto imprescindible que el ordenamiento reconozca a la resolución judicial su inalterabilidad, transcurrido el plazo legalmente determinado para su impugnación. En caso contrario, es decir, si siendo firme la resolución, no le fuese reconocida la invariabilidad de su contenido, la propia resolución judicial perdería toda su virtualidad, en detrimento del principio de seguridad jurídica que se predica de toda resolución judicial firme.

Manifestada, pues, esta cuestión, debemos señalar que la homologación del contrato de transacción produce como consecuencia dos efectos relevantes cuales son, de un lado, la vía de apremio, legalmente establecida en el artículo 1.816 del Código civil, para la transacción judicial y, de otro lado, la tradicionalmente calificada como *exceptio litis per transactionem finitae* que, habiendo sido homologada por el juez y, por tanto, produciendo el efecto de cosa juzgada, entendemos debería resolverse en la audiencia previa del juicio ordinario, por los motivos que en breve señalaremos.

<sup>186</sup> A nuestro modo de ver, la transacción judicial podría recibir una consideración distinta de cuanto se ha dicho respecto de la cosa juzgada. En este sentido, la transacción judicial comportaría el efecto de la cosa juzgada formal desde el momento en que el auto dictado por el Juez deviene firme. Hasta ese preciso instante y al igual que sucede con la sentencia, la posibilidad de impugnación supone una negativa a la consideración como cosa juzgada formal en cuanto que la resolución todavía es atacable y, por tanto, todavía puede ser alterada por el resultado del recurso pertinente. Sin embargo, desde el momento en que transcurre el plazo legal fijado para recurrir el auto a través del cual el Juez aprueba la transacción, de la resolución judicial se predica el efecto de la cosa juzgada formal. Además, la transacción judicial también tendrá el efecto de la cosa juzgada material porque la resolución judicial supone el cierre de toda posibilidad de que se emita por la vía de un nuevo proceso decisión alguna que contradiga la que ostenta esta clase de autoridad. Y, además, ello se predica de la cosa juzgada material en el doble sentido. En su función negativa, por cuanto que la inatacabilidad del resultado procesal imposibilita la generación de nuevos procesos, de conformidad con el aforismo «ne bis in idem» y su función positiva. Al respecto, no es posible que el mismo problema sea replanteado indefinidamente ante los Tribunales de Justicia. La transacción judicial, esto es, homologada, también produce el efecto de cosa juzgada material en su efecto positivo. En dicha función positiva, se produce una vinculación de los jueces respecto de un fallo futuro de modo que al conocer de un objeto con cuestiones controvertidas resueltas por una resolución anterior, éstos vendrían vinculados a dictar una resolución en la cual dicha resolución fuera tomada como indiscutible.

### a) La vía de apremio

En consonancia con el segundo inciso de la norma del artículo 1.816 del Código civil, la vía de apremio, sólo procederá tratándose del cumplimiento de la transacción judicial. Así, mientras que el efecto de cosa juzgada que se recoge en el primer inciso del precepto, antes del punto y coma, tiene lugar una vez se ha perfeccionado cualquier contrato de transacción que cumpla con todos los requisitos de validez, como contrato, y los específicos de este concreto negocio jurídico, la vía de apremio, en cambio, recogida en el segundo de este mismo precepto, sólo tiene aplicación cuando el contrato celebrado consiste en una transacción calificada como judicial.

Como venimos indicando, la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000 prevé a la transacción judicial como un acuerdo *inter partes* homologado por el tribunal que conoce de la controversia, una vez examinados los requisitos de capacidad y poder de disposición de las partes o de sus representantes debidamente acreditados, que asistan al acto, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 415, 1, párrafo 2 y 3 de dicha Ley. Este mismo precepto, en su punto 2, dispone, además, que dicho acuerdo homologado judicialmente surtirá los efectos atribuidos por la ley a la transacción judicial<sup>187</sup> y a continuación dispone que podrá llevarse a efecto por los trámites previstos para la ejecución de sentencias y convenios judicialmente aprobados<sup>188</sup>.

Llegados a este punto, debemos cuestionarnos por qué el codificador estableció una eficacia distinta para la transacción judicial e, interpretando a sensu contrario el artículo 1.816, in fine, del Código civil, la extrajudicial, en cuanto al cumplimiento de este contrato. Para resolver este interrogante, debemos remontarnos a los precedentes legislativos remotos del artículo 1.816 del Código civil, anteriormente indicados, a los cuales nos remitimos y cuyo estudio nos muestra un origen distinto para el primer y el segundo inciso de este precepto.

La disposición del pasaje del Código de Justiniano C. 2, 4, 20, origen remoto del artículo 1816, según hemos señalado anteriormente, tendría su razón de ser en un período histórico en que la transacción se celebraba bajo una forma que no proporcionaba la fuerza obligatoria propia de

<sup>187</sup> Entendemos que se refiere a los efectos previstos en la propia Ley de Enjuiciamiento Civil así como al artículo 1.816 del Código civil.

<sup>188</sup> Para ello, deberá estarse a lo dispuesto en el Libro III de la Ley de Enjuiciamiento Civil relativo a la ejecución forzosa y de las medidas cautelares.

los contratos. En efecto, en el Derecho romano, la transacción no era considerada como un contrato generador de obligaciones. Fuera de aquellos negocios previstos expresamente en alguna de las cuatro categorías clásicas, los demás negocios carecían de la fuerza obligatoria necesaria o, lo que viene a ser lo mismo, de las acciones precisas para proporcionar los medios coactivos de cumplimiento o defensa de los intereses pactados. En este sentido, la observancia de la cosa juzgada era garantizada por una acción propia mientras que la observancia de la transacción era impuesta por una razón práctica y por constituciones y senadoconsultos, asimilándola a la cosa juzgada, habida cuenta que, por ella misma, la transacción, como simple pacto, no habría tenido fuerza coactiva.

Caso de que se interpretara de este modo, este pasaje del Código de Justiniano C. 2, 4, 20 y todos aquellos que pretendían el otorgar al contrato de transacción la fuerza coactiva suficiente para que se diera cumplimiento al acuerdo celebrado, con la finalidad de terminar con la controversia jurídica suscitada, perdería toda su virtualidad desde el momento en que la transacción adquiere por ella misma la condición de contrato y, con ello, las acciones necesarias que garantizan el cumplimiento de aquellos pactos destinados a la terminación de la controversia originaria.

De hecho, este inciso primero del artículo 1.816 del Código civil no supone una alteración sustancial de la naturaleza jurídica contractual de la transacción pudiendo considerarse como el recordatorio de que las partes que han celebrado el contrato de transacción no pueden volver a tratar de la controversia o cuestión que le dio lugar, en consonancia con la finalidad que éstas pretenden, esto es, la terminación de la controversia jurídica que se ha suscitado. En realidad, la imposibilidad de volver sobre dicha controversia resuelta mediante el contrato de transacción sería una consecuencia lógica derivada de la causa de este contrato, esto es, poner fin a la controversia jurídica en la que se encontraron los sujetos. Y para ello, el ordenamiento jurídico proporciona a este contrato los medios de protección adecuados para aquella parte que se ve afectada por el incumplimiento del compromiso que, ambos contratantes, asumieron al celebrarlo, como es la excepción por transacción terminada. Lo que ocurre es que el ordenamiento jurídico, para establecer la eficacia del contrato de transacción para las partes emplea esta expresión que asimila este contrato a la autoridad de la cosa juzgada, efecto propio de la sentencia judicial firme.

Este inciso primero del artículo 1.816 del Código civil tendría plena virtualidad si la consideración que en él se contiene, esto es, la autoridad

de la cosa juzgada permitiera el trasladar la excepción propia que se deriva de dicha consideración, es decir, la excepción de la cosa juzgada al contrato de transacción. De ser así, ante la demanda interpuesta por una de las partes que ha celebrado el contrato de transacción y que pretende el volver sobre la cuestión a la que la transacción puso fin, la otra podría alegar la excepción de la cosa juzgada.

En cambio, el segundo inciso del artículo 1.816 del Código civil no encuentra su razón de ser en los precedentes históricos de este precepto sino que constituye una adición efectuada por el codificador<sup>189</sup> de finales del XIX. Según este segundo inciso, «no procederá la vía de apremio sino tratándose del cumplimiento de la transacción judicial».

En efecto, el estudio de los precedentes legislativos del artículo 1.816 del Código civil muestra como éstos se refieren, únicamente, a la cuestión relativa a la autoridad de la cosa juzgada. El tema referente a la vía de apremio aparece por primera vez en el Anteproyecto de Código civil 1882-1888, de lo que cabe deducir que se trató de una adición<sup>190</sup> que pretende innovar la tradición histórica seguida hasta el momento<sup>191</sup>.

Con este inciso del artículo 1.816 del Código civil, el codificador de finales del XIX introduce una salvedad al principio que parecía que pretendía establecer en el inciso primero. En efecto, porque si bien inicialmente parece que el legislador está situando el contrato de transacción y la sentencia judicial firme en un mismo nivel de eficacia al otorgar al primero el mismo efecto de la cosa juzgada que a la segunda, el inciso último de este precepto introduce una distinta regulación para el contrato

<sup>189</sup> Véase en las anotaciones de LASSO GAITE al artículo 12 del Capítulo primero, del Título relativo a las transacciones y al compromiso, en el Anteproyecto de Código civil 1982-88. LASSO GAITE, Juan Francisco: *Crónica de la codificación española*, 4, ob. cit., página 735.

<sup>190</sup> Véase el contenido del paréntesis relativo al artículo 12 del Anteproyecto de 1882-1888 en LASSO GAITE, Juan Francisco: *Crónica de la codificación española*, 4, ob. cit., página 735.

<sup>191</sup> A falta de disposición expresa, bajo el régimen de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, a justificación de la limitación de la vía de apremio al cumplimiento de la transacción judicial cabía encontrarla en el artículo 919 de la Ley de Enjuiciamiento civil. Según este precepto, «Luego que sea firme una sentencia se procederá a su ejecución, siempre a instancia de parte, y por el Juez o Tribunal que hubiere conocido del asunto en primera instancia».

Según este precepto, la vía de apremio tan sólo podría proceder por el Juez o Tribunal que hubiere conocido del asunto en primera instancia. Por consiguiente, el cumplimiento de la transacción por la vía de apremio únicamente podía proceder en aquellos casos en que el Juez o Tribunal competente tuviere conocimiento de ésta, es decir, que se trate de una transacción judicial.

de transacción según éste haya sido tomado en consideración, homologándolo, por el Juez o Tribunal competente<sup>192</sup>.

De todo ello cabría concluir que la distinta eficacia que este precepto otorga a cada uno de las clases de transacción en función de si ésta ha sido conocida o no por el Juez o Tribunal competente determina el que pueda llegar a considerarse que nos encontramos frente a dos institutos distintos puesto que, precisamente, distinta eficacia se predica por causa de la toma en consideración y aprobación o no de dicho contrato por parte de los Tribunales judiciales, primordialmente, por lo que a su ejecución se refiere<sup>193</sup>.

Con ello, la norma del artículo 1.816 del Código civil produce como consecuencia primordial la consideración, de hecho, de dos tipos distintos de transacción, en atención, precisamente, de la eficacia que se predica de cada una de ellas. La norma de este precepto otorga a todo contrato de transacción la misma eficacia que a la sentencia judicial firme, esto es, la autoridad de la cosa juzgada, mas, por lo que a su ejecución se refiere, el inciso final de este precepto añade un efecto propio de la transacción que califica, aunque sin definir, como judicial. Al respecto, podría entenderse, por tanto, que bajo la denominación de contrato de

<sup>192</sup> De acuerdo con el tenor literal del artículo 545 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000: «1. Será competente para la ejecución de resoluciones judiciales y de transacciones y acuerdos judicialmente homologados o aprobados el tribunal que conoció del asunto en primera instancia o el que homologó o aprobó la transacción o acuerdo».

<sup>193</sup> Por otra parte, la limitación de la vía de apremio al cumplimiento, únicamente, de la transacción judicial prevista en la proposición que sigue al punto y coma del artículo 1.816 del Código civil comporta el planteamiento de otra cuestión en relación con el artículo 517 de la Ley de Enjuiciamiento civil. En este precepto de la Ley Rituaria se establece que el principio según el cual la acción ejecutiva debe fundarse en un título que tenga aparejada ejecución, relacionándose a continuación los títulos que la ley considera que llevan aparejada ejecución, de entre los cuales destacamos, a los efectos que queremos poner de relieve, la escritura pública. Poniendo en relación la segunda proposición del artículo 1.816 del Código civil, de un lado, y el artículo 517 de la Ley de Enjuiciamiento civil, de otro, la cuestión que se plantea gira en torno a la determinación de la norma que prevalece frente a la otra en el caso de que la transacción se formalice en escritura pública mas no sea aportada y, por consiguiente, desconocida por la autoridad judicial habida cuenta que, de la confrontación de ambos preceptos, surge un distinto régimen aplicable a un mismo supuesto. En efecto, como resultado de la interpretación de la norma del artículo 517, in fine, aunque la transacción esté formalizada en escritura pública no procederá la vía de apremio sino tratándose del cumplimiento de la transacción judicial mientras que el artículo 517, 2, 4.º de la Ley de Enjuiciamiento civil, de otro, señala que la acción ejecutiva deberá fundarse en un título que tenga aparejada ejecución y a continuación dispone que sólo tendrán aparejada ejecución los títulos que se relacionan a continuación, en cuyo cuarto punto se sitúa la referencia a la escritura pública. Sin embargo, el artículo 545 parece impedir la ejecución de la escritura pública al establecer como tribunal competente para conocer de la ejecución de una transacción judicial aquel que la homologó o aprobó.

transacción no se configura un único tipo contractual sino, en realidad, dos tipos distintos, en atención, precisamente, a la eficacia distinta que se predica de ambos tipos.

Además de la vía de apremio, como efecto específico previsto para alcanzar la ejecución de los acuerdos de la transacción judicialmente homologada, debemos referirnos a la tradicionalmente calificada como *exceptio litis per transactionem finitae*, en los términos que señalamos seguidamente.

#### b) La *exceptio litis per transactionem finitae*

Tradicionalmente se ha considerado que la celebración de un contrato de transacción conlleva consigo la posibilidad de la interposición de la excepción correspondiente para el caso de que una de las partes contratantes pretenda que la misma controversia superada mediante dicho contrato sea tratada nuevamente por un tercero. La finalidad que se persigue no es otra que la de otorgar la máxima eficacia al acuerdo tomado y, por consiguiente, el evitar el que una misma cuestión, con identidad en todos los aspectos de la controversia legalmente previstos, pueda ser tratada nuevamente por otro sujeto distinto y al objeto de obtener una resolución favorable a los propios intereses.

En el Derecho histórico la excepción por transacción terminada fue considerada, junto con la excepción de cosa juzgada, como una excepción mixta y, por tanto, participaban tanto de la característica propia de las excepciones dilatorias cuanto de la de las perentorias. En Derecho canónico, las excepciones por *litis finitae* tenían carácter perpetuo, como se predicaba de las excepciones perentorias, y a su vez, eran susceptibles de tratamiento previo a la contestación, por lo que también participaban de la característica primordial de las excepciones dilatorias.

Durante el siglo XIX, la Ley de Estilo 235 mantuvo la naturaleza mixta prevista por el Derecho canónico respecto a las excepciones que hacían referencia a la *litis finitae* (esto es, la referente a la cosa juzgada, la de la transacción y la de pleito acabado por juramento) de tal modo que si alguna de estas excepciones se oponía antes de contestar a la demanda, se evitaba el procedimiento sobre el fondo del negocio, habida cuenta que no sólo impedía la introducción de la acción en el juicio sino que impedía dicha acción de forma absoluta puesto que se interpretaba como la falta de acción del demandante <sup>194</sup>.

<sup>194</sup> CARAVANTES, Vicente de: *Tratado histórico, crítico y filosófico de los procedimientos judiciales en materia civil según la nueva Ley de Enjuiciamiento civil*, tomo II, 1856, págs. 107 y 108.

La Ley de Enjuiciamiento civil de 1855 terminó con la consideración de las excepciones por *litis finitae* como mixtas, a caballo entre las perentorias y las dilatorias, y a partir de su promulgación, se establece, concretamente en su artículo 254, una lista cerrada con los casos en que se consideran como excepciones dilatorias, de tal modo que todas aquellas que no se encontraban incluidas dentro de los supuestos previstos por la norma de este precepto, debían considerarse como perentorias.

La Ley de Enjuiciamiento civil de 1881 continuó con esta línea iniciada por su precedente inmediato y mantuvo el criterio de los *numerus clausus* respecto a las excepciones dilatorias, entre las cuales, nuevamente, el legislador no incluye a las excepciones derivadas de la *litis finitae*, por lo que debe deducirse que se trataba de una excepciones perentorias <sup>195</sup>.

En el texto de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000, el legislador ha suprimido la consideración de las excepciones para referirse por el mismo concepto a las cuestiones o circunstancias procesales, de acuerdo con lo establecido en su artículo 406. De conformidad con dicho precepto, el tribunal resolverá sobre cualesquiera circunstancias que puedan impedir la válida prosecución y término del proceso mediante sentencia sobre el fondo, enumerando a continuación las cuestiones procesales a las cuales hace referencia.

Por lo que a la tradicionalmente calificada como excepción por transacción terminada en concreto se refiere, es preciso realizar una distinción en función de si el contrato se ha realizado sin que sea aportado al juicio, es decir, si se trata de una transacción extrajudicial o, por el contrario, el Juez competente del litigio surgido como consecuencia de la pretensión formulada por el actor en la demanda y la oposición por el demandado tiene conocimiento y toma en consideración en el pleito el contrato de transacción celebrado y lo homologa.

En el primer caso, es decir, en el supuesto que la transacción se celebre al margen del proceso judicial, iniciado o no, la excepción por transacción terminada se circunscribiría al ámbito de los hechos aportados por el demandado con la finalidad de hacer inaplicable la pretensión del actor y, por consiguiente, se trata de una excepción de derecho material o de fondo.

<sup>195</sup> La jurisprudencia avala, aunque de forma escasa, esta postura según la cual la transacción puede comportar el alegar la excepción *litis per transactionem finitae* en el supuesto en que uno de los sujetos contratantes pretenda obtener una declaración de los Tribunales respecto de una controversia jurídica que ya ha sido resuelta mediante la transacción. Así la sentencia de 26 de abril de 1963 (Ar. 2418), la de 22 de enero de 1968 (Ar. 223), la de 25 de mayo de 1974 (Ar. 3222) o la de 28 de septiembre de 1984 (Ar. 4365), entre otras.

Dentro de esta categoría, el demandado deberá proponer la cuestión en el momento de la contestación de la demanda, si bien, en atención, precisamente, de su naturaleza, desde antiguo considerada como no perentoria, su resolución no se producirá hasta el momento en que se dicte sentencia. El fallo judicial será absolutorio en cuanto al fondo si el demandado aporta las pruebas documentales o de otro tipo suficientes que permitan acreditar la prueba documental de la existencia de la transacción.

Por el contrario, cuando la transacción celebrada por las partes es aportada al juicio en su día comenzado y es homologada por el Juez, en este caso, consideramos que se trata de una cuestión procesal puesto que aquí la transacción ha sido judicialmente homologada y, por consiguiente, el auto, una vez firme, produce como efecto la autoridad de la cosa juzgada, efecto éste propio en esencia de la sentencia judicial firme. Por consiguiente, se impide que se vuelva a tratar sobre el derecho esgrimido por el actor. En este supuesto, será necesario acreditar que se cumplen los requisitos legalmente establecidos como sucede con la cuestión relativa a la autoridad de cosa juzgada, con la finalidad de que la circunstancia de transacción terminada prospere.

Así las cosas, el auto, que judicialmente homologa la transacción y que siendo firme produciría los mismos efectos que la cosa juzgada, debe considerarse como una cuestión procesal, por consiguiente, subsumible dentro de la categoría de las cuestiones procesales cuya resolución se prevé en el artículo 416 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Por tanto, una de las partes puede alegar en la audiencia previa del juicio ordinario esta cuestión procesal cuando la otra parte pretende volver sobre la controversia resuelta mediante el contrato, esta vez, por la vía judicial. Y siendo así, el juez examinará y estudiará la cuestión y la resolverá en atención a los supuestos establecidos en el artículo 421 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Selección de resoluciones judiciales dictadas por el Tribunal Supremo sobre el contrato de transacción, desde la promulgación del Código civil de 1889

### ARTÍCULO 1.809

- STS 9 de marzo de 1892
- STS 14 de diciembre de 1898
- STS 9 de enero de 1903
- STS 16 de abril de 1904
- STS 28 de noviembre de 1905
- STS 10 de mayo de 1916
- STS 13 de diciembre de 1916
- STS 17 de octubre de 1924
- STS 27 de marzo de 1925
- STS 20 de diciembre de 1930 (Ar. 1368)
- STS 7 de octubre de 1931 (Ar. 2176)
- STS 19 de diciembre de 1932 (Ar. 1368)
- STS 8 de marzo de 1933 (Ar. 1529)
- STS 10 de julio de 1933 (Ar. 1784)
- STS 14 de enero de 1935 (Ar. 92)
- STS 2 de marzo de 1936 (Ar. 659)
- STS 18 de febrero de 1944 (Ar. 295)
- STS 10 de mayo de 1944 (Ar. 712)
- STS 23 de febrero de 1945 (Ar. 262)
- STS 18 de mayo de 1945 (Ar. 941)
- STS 30 de enero de 1947 (Ar. 135)
- STS 14 de enero de 1948 (Ar. 404)
- STS 9 de marzo de 1948 (Ar. 291)
- STS 17 de junio de 1949 (Ar. 937)

— STS 31 de enero de 1950 (Ar. 541)  
— STS 30 de marzo de 1950 (Ar. 573)  
— STS 1 de mayo de 1950 (Ar. 728)  
— STS 31 de mayo de 1950 (Ar. 1039)  
— STS 25 de octubre de 1950 (Ar. 1529)  
— STS 15 de diciembre de 1950 (Ar. 1774)  
— STS 20 de marzo de 1951 (Ar. 1001)  
— STS 16 de mayo de 1951 (Ar. 1616)  
— STS 13 de junio de 1951 (Ar. 1654)  
— STS 6 de julio de 1951 (Ar. 1907)  
— STS 14 de mayo de 1952 (Ar. 843)  
— STS 20 de octubre de 1952 (Ar. 3879)  
— STS 27 de noviembre de 1953 (Ar. 3110)  
— STS 16 de diciembre de 1953 (Ar. 3514)  
— STS 14 de junio de 1954 (Ar. 1545)  
— STS 20 de octubre de 1954 (Ar. 3001)  
— STS 26 de noviembre de 1954 (Ar. 2877)  
— STS 22 de febrero de 1955 (Ar. 858)  
— STS 14 de marzo de 1955 (Ar. 765)  
— STS 20 de abril de 1955 (Ar. 1549)  
— STS 17 de mayo de 1955 (Ar. 1705)  
— STS 30 de septiembre de 1955 (Ar. 2737)  
— STS 11 de octubre de 1955 (Ar. 2808)  
— STS 1 de diciembre de 1955 (Ar. 3601)  
— STS 27 de enero de 1956 (Ar. 665)  
— STS 24 de marzo de 1956 (Ar. 1531)  
— STS 24 de marzo de 1956 (Ar. 1538)  
— STS 5 de abril de 1956 (Ar. 1787)  
— STS 18 de octubre de 1956 (Ar. 3202)  
— STS 3 de noviembre de 1956 (Ar. 3579)  
— STS 25 de enero de 1957 (Ar. 371)  
— STS 11 de febrero de 1957 (Ar. 702)  
— STS 11 de junio de 1957 (Ar. 2517)  
— STS 15 de junio de 1957 (Ar. 2523)  
— STS 14 de octubre de 1957 (Ar. 2869)  
— STS 28 de octubre de 1957 (Ar. 3023)  
— STS 26 de noviembre de 1957 (Ar. 3474)  
— STS 17 de febrero de 1958 (Ar. 1024)  
— STS 19 de febrero de 1958 (Ar. 753)  
— STS 10 de marzo de 1958 (Ar. 731)  
— STS 3 de mayo de 1958 (Ar. 2479)

— STS 23 de diciembre de 1958 (Ar. 4208)  
— STS 31 de enero de 1959 (Ar. 450)  
— STS 6 de febrero de 1958 (Ar. 462)  
— STS 7 de abril de 1959 (Ar. 1949)  
— STS 26 de junio de 1959 (Ar. 2935)  
— STS 27 de junio de 1960 (Ar. 2605)  
— STS 28 de septiembre de 1960 (Ar. 3149)  
— STS 8 de noviembre de 1960 (Ar. 3476)  
— STS 14 de diciembre de 1960 (Ar. 4007)  
— STS 19 de noviembre de 1960 (Ar. 1809)  
— STS 23 de febrero de 1961 (Ar. 903)  
— STS 5 de junio de 1961 (Ar. 2351)  
— STS 14 de octubre de 1961 (Ar. 3601)  
— STS 30 de noviembre de 1961 (Ar. 4445)  
— STS 19 de febrero de 1962 (Ar. 1096)  
— STS 8 de marzo de 1962 (Ar. 1229)  
— STS 18 de junio de 1962 (Ar. 2819)  
— STS 9 de octubre de 1962 (Ar. 3607)  
— STS 20 de octubre de 1962 (Ar. 3879)  
— STS 23 de noviembre de 1962 (Ar. 4612)  
— STS 18 de abril de 1963 (Ar. 2560)  
— STS 26 de abril de 1963 (Ar. 2418)  
— STS 28 de octubre de 1963 (Ar. 4221)  
— STS 19 de noviembre de 1963 (Ar. 4838)  
— STS 25 de noviembre de 1963 (Ar. 4961)  
— STS 6 de diciembre de 1963 (Ar. 183)  
— STS 17 de enero de 1964 (Ar. 241)  
— STS 10 de abril de 1964 (Ar. 1859)  
— STS 8 de mayo de 1964 (Ar. 2274)  
— STS 20 de junio de 1964 (Ar. 3658)  
— STS 29 de octubre de 1964 (Ar. 4742)  
— STS 6 de noviembre de 1965 (Ar. 5331)  
— STS 23 de noviembre de 1965 (Ar. 5413)  
— STS 14 de abril de 1966 (Ar. 1773)  
— STS 29 de abril de 1966 (Ar. 2170)  
— STS 13 de junio de 1966 (Ar. 3103)  
— STS 23 de junio de 1966 (Ar. 3186)  
— STS 13 de octubre de 1966 (Ar. 4404)  
— STS 6 de febrero de 1967 (Ar. 477)  
— STS 11 de mayo de 1967 (Ar. 2288)  
— STS 7 de noviembre de 1967 (Ar. 4113)

- STS 1 de diciembre de 1967 (Ar. 4916)
- STS 20 de abril de 1968 (Ar. 3413)
- STS 10 de junio de 1968 (Ar. 3179)
- STS 7 de noviembre de 1968 (Ar. 4964)
- STS 18 de diciembre de 1968 (Ar. 5880)
- STS 4 de febrero de 1969 (Ar. 583)
- STS 26 de junio de 1969 (Ar. 3663)
- STS 4 de noviembre de 1969 (Ar. 5110)
- STS 3 de junio de 1970 (Ar. 2790)
- STS 10 de noviembre de 1971 (Ar. 4806)
- STS 4 de febrero de 1972 (Ar. 392)
- STS 3 de mayo de 1972 (Ar. 2553)
- STS 28 de marzo de 1973 (Ar. 1611)
- STS 14 de marzo de 1974 (Ar. 3218)
- STS 30 de marzo de 1974 (Ar. 3219)
- STS 22 de mayo de 1974 (Ar. 2415)
- STS 17 de abril de 1975 (Ar. 1720)
- STS 21 de enero de 1976 (Ar. 47)
- STS 30 de abril de 1976 (Ar. 1933)
- STS 14 de octubre de 1976 (Ar. 4187)
- STS 28 de junio de 1977 (Ar. 3053)
- STS 11 de octubre de 1977 (Ar. 3719)
- STS 21 de octubre de 1977 (Ar. 3904)
- STS 30 de marzo de 1978 (Ar. 1058)
- STS 12 de junio de 1978 (Ar. 2237)
- STS 3 de enero de 1979 (Ar. 32)
- STS 11 de diciembre de 1979 (Ar. 4133)
- STS 25 de octubre de 1980 (Ar. 3637)
- STS 29 de enero de 1981 (Ar. 260)
- STS 26 de febrero de 1981 (Ar. 611)
- STS 10 de abril de 1981 (Ar. 1532)
- STS 5 de diciembre de 1981 (Ar. 5046)
- STS 9 de marzo de 1982 (Ar. 1681)
- STS 20 de marzo de 1982 (Ar. 1386)
- STS 8 de mayo de 1982 (Ar. 2559)
- STS 14 de mayo de 1982 (Ar. 2572)
- STS 27 de mayo de 1982 (Ar. 2604)
- STS 20 de diciembre de 1982 (Ar. 7701)
- STS 24 de septiembre de 1984 (Ar. 4334)
- STS 24 de septiembre de 1984 (Ar. 4335)
- STS 18 de octubre de 1984 (Ar. 4899)

- STS 6 de abril de 1985 (Ar. 1682)
- STS 12 de abril de 1985 (Ar. 1694)
- STS 24 de septiembre de 1985 (Ar. 4407)
- STS 15 de octubre de 1985 (Ar. 4846)
- STS 4 de diciembre de 1985 (Ar. 6202)
- STS 11 de junio de 1987 (Ar. 4278)
- STS 27 de noviembre de 1987 (Ar. 8701)
- STS 14 de diciembre de 1988 (Ar. 9442)
- STS 20 de abril de 1989 (Ar. 3244)
- STS 12 de febrero de 1991 (Ar. 1196)
- STS 11 de marzo de 1991 (Ar. 2211)
- STS 4 de abril de 1991 (Ar. 2634)
- STS 16 de mayo de 1991 (Ar. 3705)
- STS 11 de noviembre de 1991 (Ar. 8233)
- STS 2 de marzo de 1992 (Ar. 1830)
- STS 15 de diciembre de 1992 (Ar. 10407)
- STS 6 de noviembre de 1993 (Ar. 8618)
- STS 5 de diciembre de 1994 (Ar. 10493)
- STS 23 de enero de 1995 (Ar. 347)
- STS 16 de marzo de 1995 (Ar. 2659)
- STS 16 de octubre de 1995 (Ar. 7539)
- STS 30 de julio de 1996 (Ar. 6079)
- STS 13 de octubre de 1997 (Ar. 7073)
- STS 29 de julio de 1998 (Ar. 6452)
- STS 7 de diciembre de 1999 (Ar. 9194)
- STS 20 de diciembre de 2000 (Ar. 352)
- STS 30 de junio de 2001 (Ar. 4982)
- STS 21 de septiembre de 2001 (Ar. 7126)

#### ARTÍCULO 1.810

- STS 8 de junio de 1919
- STS 6 de diciembre de 1926
- STS 12 de junio de 1927
- STS 23 de junio de 1930 (Ar. 1035)
- STS 24 de abril de 1941 (Ar. 509)
- STS 22 de junio de 1948 (Ar. 1107)
- STS 22 de febrero de 1950 (Ar. 356)
- STS 23 de junio de 1950 (Ar. 1529)
- STS 22 de febrero de 1952 (Ar. 293)

- STS 14 de marzo de 1955 (Ar. 765)
- STS 11 de noviembre de 1955 (Ar. 2567)
- STS 16 de junio de 1956 (Ar. 2077)
- STS 5 de mayo de 1958 (Ar. 1717)
- STS 15 de noviembre de 1960 (Ar. 3478)
- STS 29 de septiembre de 1961 (Ar. 3325)
- STS 30 de noviembre de 1961 (Ar. 4445)
- STS 12 de enero de 1963 (Ar. 75)
- STS 8 de octubre de 1968 (Ar. 4040)
- STS 30 de junio de 1969 (Ar. 3903)
- STS 22 de diciembre de 1969 (Ar. 5992)
- STS 22 de mayo de 1974 (Ar. 2415)
- STS 13 de septiembre de 1975 (Ar. 3297)
- STS 24 de febrero de 1977 (Ar. 672)
- STS 26 de febrero de 1981 (Ar. 611)
- STS 14 de julio de 1982 (Ar. 4657)
- STS 1 de junio de 1983 (Ar. 3284)
- STS 7 de junio de 1983 (Ar. 3096)
- STS 4 de diciembre de 1985 (Ar. 6202)
- STS 13 de diciembre de 1985 (Ar. 6255)
- STS 8 de marzo de 1986 (Ar. 1414)
- STS 1 de junio de 1983 (Ar. 3284)
- STS 22 de diciembre de 1989 (Ar. 8864)

#### ARTÍCULO 1.811

- STS 25 de junio de 1909
- STS 24 de abril de 1941 (Ar. 509)
- STS 16 de octubre de 1956 (Ar. 3198)
- STS 11 de abril de 1961 (Ar. 1804)

#### ARTÍCULO 1.812

- STS 24 de abril de 1941 (Ar. 509)
- STS 10 de abril de 1954 (Ar. 1015)
- STS 23 de noviembre de 1956 (Ar. 4118)
- STS 30 de abril de 1976 (Ar. 1933)
- STS 7 de marzo de 1996 (Ar. 1942)
- STS 7 de marzo de 1996 (Ar. 1942)

#### ARTÍCULO 1.813

- STS 6 de abril de 1911
- STS 20 de diciembre de 1930 (Ar. 1368)
- STS 18 de noviembre de 1941 (Ar. 1386)
- STS 6 de noviembre de 1948 (Ar. 1264)
- STS 27 de mayo de 1958 (Ar. 2103)
- STS 11 de abril de 1961 (Ar. 1804)
- STS 10 de abril de 1964 (Ar. 1859)
- STS 22 de mayo de 1974 (Ar. 2415)
- STS 24 de febrero de 1977 (Ar. 672)
- STS 29 de enero de 1981 (Ar. 260)
- STS 13 de diciembre de 1985 (Ar. 6255)
- STS 7 de octubre de 1997 (Ar. 7093)

#### ARTÍCULO 1.814

- STS 6 de abril de 1911
- STS 19 de diciembre de 1932 (Ar. 1368)
- STS 17 de junio de 1944 (Ar. 942)
- STS 8 de marzo de 1948 (Ar. 290)
- STS 10 de noviembre de 1948 (Ar. 1412)
- STS 27 de noviembre de 1953 (Ar. 3110)
- STS 15 de noviembre de 1960 (Ar. 3478)
- STS 4 de noviembre de 1961 (Ar. 3634)
- STS 13 de junio de 1966 (Ar. 3103)
- STS 13 de octubre de 1966 (Ar. 4404)
- STS 2 de marzo de 1967 (Ar. 1239)
- STS 14 de mayo de 1971 (Ar. 2082)
- STS 21 de mayo de 1971 (Ar. 2902)
- STS 24 de febrero de 1977 (Ar. 672)
- STS 31 de enero de 1985 (Ar. 210)

#### ARTÍCULO 1.815

- STS 8 de julio de 1930 (Ar. 1807)
- STS 7 de octubre de 1931 (Ar. 2176)
- STS 21 de febrero de 1933 (Ar. 1507)
- STS 8 de marzo de 1933 (Ar. 1529)

- STS 28 de octubre 1933 (Ar. 436)
- STS 4 de octubre de 1934 (Ar. 1532)
- STS 20 de febrero de 1940 (Ar. 100)
- STS 13 de julio de 1940 (Ar. 707)
- STS 9 de abril de 1941 (Ar. 497)
- STS 17 de abril de 1943 (Ar. 417)
- STS 7 de octubre de 1944 (Ar. 1081)
- STS 26 de febrero de 1946 (Ar. 255)
- STS 26 de junio de 1946 (Ar. 841)
- STS 15 de marzo de 1949 (Ar. 272)
- STS 1 de mayo de 1950 (Ar. 728)
- STS 28 de mayo de 1951 (Ar. 1633)
- STS 17 de abril de 1952 (Ar. 821)
- STS 27 de noviembre de 1953 (Ar. 3110)
- STS 19 de febrero de 1955 (Ar. 740)
- STS 20 de abril de 1955 (Ar. 1549)
- STS 6 de mayo de 1955 (Ar. 1564)
- STS 13 de octubre de 1955 (Ar. 2747)
- STS 5 de abril de 1956 (Ar. 1787)
- STS 17 de enero de 1957 (Ar. 177)
- STS 11 de febrero de 1957 (Ar. 702)
- STS 11 de junio de 1957 (Ar. 2517)
- STS 28 de octubre de 1957 (Ar. 3023)
- STS 26 de junio de 1959 (Ar. 2935)
- STS 19 de noviembre de 1960 (Ar. 1809)
- STS 5 de junio de 1961 (Ar. 2351)
- STS 19 de junio de 1961 (Ar. 2734)
- STS 19 de febrero de 1962 (Ar. 1096)
- STS 17 de abril de 1962 (Ar. 1293)
- STS 23 de junio de 1962 (Ar. 3025)
- STS 23 de noviembre de 1962 (Ar. 4612)
- STS 26 de abril de 1963 (Ar. 2418)
- STS 25 de noviembre de 1963 (Ar. 4961)
- STS 9 de enero de 1964 (Ar. 120)
- STS 8 de mayo de 1964 (Ar. 2274)
- STS 14 de febrero de 1966 (Ar. 491)
- STS 14 de abril de 1966 (Ar. 1773)
- STS 29 de abril de 1966 (Ar. 2170)
- STS 13 de junio de 1966 (Ar. 3103)
- STS 13 de octubre de 1966 (Ar. 4404)
- STS 10 de julio de 1969 (Ar. 3857)

- STS 26 de enero de 1971 (Ar. 291)
- STS 16 de febrero de 1974 (Ar. 578)
- STS 10 de febrero de 1977 (Ar. 333)
- STS 31 de mayo de 1979 (Ar. 1953)
- STS 14 de mayo de 1982 (Ar. 2572)
- STS 27 de mayo de 1982 (Ar. 2604)
- STS 1 de junio de 1983 (Ar. 3284)
- STS 1 de junio de 1983 (Ar. 3284)
- STS 16 de mayo de 1991 (Ar. 3705)
- STS 5 de noviembre de 1993 (Ar. 8969)
- STS 16 de marzo de 1995 (Ar. 2659)
- STS 29 de junio de 1998 (Ar. 5284)
- STS 29 de julio de 1998 (Ar. 6452)
- STS 30 de enero de 1999 (Ar. 635)

#### ARTÍCULO 1.816

- STS 6 de marzo de 1894
- STS 3 de junio de 1902
- STS 27 de junio de 1907
- STS 22 de abril de 1911
- STS 14 de junio de 1911
- STS 3 de noviembre de 1911
- STS 22 de abril de 1922
- STS 27 de junio de 1928
- STS 7 de diciembre de 1929
- STS 8 de julio de 1930 (Ar. 1807)
- STS 14 de enero de 1932 (Ar. 863)
- STS 4 de octubre de 1934 (Ar. 1532)
- STS 10 de mayo de 1941 (Ar. 627)
- STS 21 de abril de 1942 (Ar. 477)
- STS 23 de febrero de 1945 (Ar. 262)
- STS 24 de mayo de 1945 (Ar. 689)
- STS 12 de marzo de 1947 (Ar. 442)
- STS 24 de enero de 1949 (Ar. 8)
- STS 1 de mayo de 1950 (Ar. 728)
- STS 15 de diciembre de 1950 (Ar. 1774)
- STS 25 de enero de 1951 (Ar. 292)
- STS 6 de febrero de 1953 (Ar. 268)
- STS 27 de noviembre de 1953 (Ar. 3110)

- STS 16 de diciembre de 1953 (Ar. 3514)
- STS 5 de enero de 1954 (Ar. 294)
- STS 14 de junio de 1954 (Ar. 1545)
- STS 17 de mayo de 1955 (Ar. 1705)
- STS 5 de abril de 1956 (Ar. 1787)
- STS 13 de abril de 1956 (Ar. 1373)
- STS 28 de octubre de 1957 (Ar. 3023)
- STS 10 de marzo de 1958 (Ar. 731)
- STS 8 de noviembre de 1960 (Ar. 3476)
- STS 23 de febrero de 1961 (Ar. 903)
- STS 23 de noviembre de 1962 (Ar. 4612)
- STS 26 de abril de 1963 (Ar. 2418)
- STS 8 de octubre de 1963 (Ar. 4074)
- STS 25 de noviembre de 1963 (Ar. 4961)
- STS 6 de diciembre de 1963 (Ar. 183)
- STS 9 de enero de 1964 (Ar. 120)
- STS 8 de mayo de 1964 (Ar. 2274)
- STS 11 de mayo de 1965 (Ar. 2199)
- STS 3 de noviembre de 1965 (Ar. 4850)
- STS 6 de febrero de 1967 (Ar. 477)
- STS 11 de mayo de 1967 (Ar. 2288)
- STS 22 de enero de 1968 (Ar. 223)
- STS 10 de julio de 1969 (Ar. 3857)
- STS 25 de abril de 1970 (Ar. 2044)
- STS 4 de julio de 1970 (Ar. 3634)
- STS 11 de noviembre de 1970 (Ar. 4751)
- STS 17 de noviembre de 1971 (Ar. 4846)
- STS 21 de marzo de 1972 (Ar. 1212)
- STS 26 de marzo de 1972 (Ar. 1496)
- STS 15 de enero de 1973 (Ar. 5)
- STS 30 de marzo de 1974 (Ar. 3219)
- STS 25 de mayo de 1974 (Ar. 3222)
- STS 1 de junio de 1974 (Ar. 2611)
- STS 21 de octubre de 1977 (Ar. 3904)
- STS 3 de enero de 1979 (Ar. 32)
- STS 23 de marzo de 1981 (Ar. 1071)
- STS 10 de junio de 1981 (Ar. 1533)
- STS 14 de mayo de 1982 (Ar. 2572)
- STS 27 de mayo de 1982 (Ar. 2604)
- STS 3 de febrero de 1983 (Ar. 531)
- STS 28 de abril de 1983 (Ar. 1891)

- STS 6 de marzo de 1984 (Ar. 577)
- STS 28 de septiembre de 1984 (Ar. 4365)
- STS 23 de octubre de 1984 (Ar. 5316)
- STS 12 de marzo de 1985 (Ar. 1324)
- STS 10 de abril de 1985 (Ar. 1690)
- STS 22 de abril de 1985 (Ar. 1806)
- STS 14 de diciembre de 1988 (Ar. 9442)
- STS 20 de abril de 1989 (Ar. 3244)
- STS 30 de octubre de 1989 (Ar. 6972)
- STS 4 de abril de 1991 (Ar. 2634)
- STS 5 de diciembre de 1994 (Ar. 10493)
- STS 23 de enero de 1995 (Ar. 347)
- STS 16 de marzo de 1995 (Ar. 2659)
- STS 30 de enero de 1999 (Ar. 635)
- STS 30 de junio de 2001 (Ar. 4982)
- STS 21 de septiembre de 2001 (Ar. 7126)
- STS 2 octubre de 2001 (Ar. 7535)

#### ARTÍCULO 1.817

- STS 9 de julio de 1891
- STS 7 de junio de 1911
- STS 29 de septiembre de 1930 (Ar. 1144)
- STS 20 de diciembre de 1930 (Ar. 1368)
- STS 11 de abril de 1932 (Ar. 1004)
- STS 13 de julio de 1940 (Ar. 707)
- STS 21 de mayo de 1940 (Ar. 421)
- STS 20 de marzo de 1951 (Ar. 1001)
- STS 6 de febrero de 1953 (Ar. 268)
- STS 20 de abril de 1955 (Ar. 1549)
- STS 13 de abril de 1956 (Ar. 1373)
- STS 20 de abril de 1956 (Ar. 1713)
- STS 28 de octubre de 1957 (Ar. 3023)
- STS 3 de mayo de 1958 (Ar. 2479)
- STS 8 de mayo de 1964 (Ar. 2274)
- STS 18 de junio de 1964 (Ar. 3284)
- STS 6 de noviembre de 1965 (Ar. 5331)
- STS 18 de diciembre de 1968 (Ar. 5880)
- STS 10 de marzo de 1980 (Ar. 1112)
- STS 19 de octubre de 1981 (Ar. 3805)

- STS 27 de mayo de 1982 (Ar. 2604)
- STS 22 de abril de 1985 (Ar. 1806)
- STS 27 de noviembre de 1987 (Ar. 8701)
- STS 23 de febrero de 1995 (Ar. 1702)
- STS 5 de abril de 1997 (Ar. 2640)
- STS 7 de octubre de 1997 (Ar. 7093)
- STS 23 de febrero de 1995 (Ar. 1702)
- STS 30 de junio de 2001 (Ar. 4982)

ARTÍCULO 1.818

- STS 29 de septiembre de 1930 (Ar. 1144)
- STS 3 de mayo de 1958 (Ar. 2479)
- STS 25 de noviembre de 1963 (Ar. 4961)
- STS 6 de febrero de 1967 (Ar. 477)
- STS 3 de mayo de 1972 (Ar. 2553)

ARTÍCULO 1.819

- STS 17 de febrero de 1958 (Ar. 1024)

- ACCARIAS, Calixt: *Etude sûr la transaction en droit romain et en droit française*, Cotillon, Librairie du Conseil d'Etat, Paris, 1863.
- ACCURSIO: *Institutiones divi caesaris iustiniani*, editio postrema, Venetiis, MDLXXIII.
- ACCURSIO: *Thesaurus accursianus, dictiones et sententias*, novum, sextum volumen, in quo haec sequentia extant, Venetiis, MDCVI.
- ACCURSIO: *Codicis Dn. Iustiniani repetitae praelectionis, Accursii commentaris*, ac Contii et Dionysii Gothofredi atque aliorum quorundam illustrium Iuriscultorum lucubrationibus illustrati, libri duodecim, Lugduni, MDCXXVII.
- ACCURSIO: *Corpus Iuris Civilis Iustinianei, Digestum vetus*, Tomus primus, Lugduni, MDCXXVII.
- AGULLÓ AGÜERO, Antonia: «La introducción en el Derecho tributario español de las fórmulas convencionales previstas en la ley 30/1992», en *Convención y arbitraje en el Derecho Tributario*, Instituto de Estudios Fiscales. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Madrid, 1996, págs. 181 a 189.
- ALBALADEJO, Manuel: «La causa» en *Revista de Derecho Privado*, 1958, pág. 315 y ss.
- ALBALADEJO, Manuel: *Instituciones de Derecho Civil, I, «Parte general y Derecho de obligaciones»*, 2.<sup>a</sup> edición, Librería Bosch, Barcelona, 1972.
- ALBALADEJO, Manuel: *Derecho civil, I, «Introducción y parte general»*, volumen segundo, «La relación, las cosas y los hechos jurídicos», decimocuarta edición, José María Bosch editor, Barcelona, 1996.
- ALBALADEJO, Manuel: *Derecho Civil, II, «Derecho de obligaciones»*, Volumen primero «Las obligaciones y el contrato en general», Volumen segundo, «Los contratos en particular y las obligaciones no contractuales», 9.<sup>a</sup> edición, José María Bosch editor, Barcelona, 1994.
- ALBALADEJO, Manuel: «La naturaleza real o no del contrato de préstamo», en *Revista de Derecho Privado*, julio-agosto de 1997, pág. 560 y ss.
- ALBERICI GENTILIS: *Opera Iuridica selectoria*, in duos tomos distributa, Neapoli, ex Typographia Joannis Gravier, MDCCLXX.
- ALBERICUS DE ROSATE: *In primam Codicis partem commentarii*, Venetiis MDLXXXVI (edición anastática en *Opera Iuridica Rariora, selecta cura et studio Dominici Maffei, Enni Cortese e Guidonis Rossi*, Arnoldo Forni editore).

- ALBERICUS DE ROSATE: *Vocabularius vtriusque iuris difficillimas quasque voces iuxta receptos iuris interpretes edifferens nunc demum exactissima cura recognitus*. Non paucis dictionibus ac uocabulis elegantiffimis hac ultima imprefione locupletatus. Venetiis Apud Cominum de Tridino Montisferrati. MDLXIII.
- ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto: *Proceso, autocomposición y autodefensa (Contribución al estudio de los fines del proceso)*, 2.ª edición, Textos universitarios UNAM, México, 1970.
- ALCIATUS, Andrea: *Opera omnia in quator tomos legitime Digesta*, Francofurti, sumptibus haeredum Lazari Zetzneri, MDCXVII.
- ALCALDE PRIETO, Domingo: *Curso teórico-práctico, sinóptico-bibliográfico de Derecho Civil español, común y foral*, Imprenta, Librería Nacional y Extranjera de los Hijos de Rodríguez, Valladolid, 1880.
- ALEXANDER DE IMOLA: *Prima et secunda Super Codice*, MDXXXV.
- ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús: «Autonomía privada y derechos fundamentales», en *Anuario de Derecho Civil*, 1993-I, pág. 57 a 122.
- ALIBRANDI, Tomaso: «Transazione, novazione e competenza arbitrale», en *Rivista giuridica dell'edilizia*, 1968, Tomo II, pág. 333 a 343.
- ALMAGRO NOSETE, José: *Comentarios a la reforma de la Ley de Enjuiciamiento civil*, coordinados por Valentín Cortés, Editorial Tecnos, Madrid, 1985, página 547 y ss.
- ALMAGRO NOSETE, José; CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín; GIMENO SENDRA, Vicente y MORENO CATENA, Víctor: *Derecho procesal*. Tomo I (Vol. II) Proceso civil (2), Tirant lo Blanch, Valencia, 1988.
- ALMAGRO NOSETE, José; CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín; GIMENO SENDRA, Vicente y MORENO CATENA, Víctor: *Derecho procesal*, Tomo I (Vol. I) Parte General. Proceso civil (1), 6.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1992.
- ALMAGRO NOSETE, José y TOMÉ PAULE, José: *Instituciones de derecho Procesal*. Procesal civil, Trivium, Madrid, 1994.
- ALONSO-CUEVILLAS Y SAYROL, Jaime: *La comparecencia preparatoria del juicio de menor cuantía*, José María Bosch editor, S.A., Barcelona, 1992.
- ALONSO-CUEVILLAS Y SAYROL, Jaime (Coord): *Instituciones del nuevo proceso civil. Comentarios sistemáticos a la Ley 1/2000*. Economist & Jurist, Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, S.A., Barcelona, 2000.
- ALONSO-CUEVILLAS Y SAYROL, Jaime (Coord): «La audiencia previa al juicio» en *Instituciones del nuevo proceso civil. Comentarios sistemáticos a la Ley 1/2000*. Economist & Jurist, Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, S.A., Barcelona, 2000, págs. 131 a 170.
- ÁLVAREZ, Ursicino: *Curso de Derecho romano*, Tomo I, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955.
- ÁLVAREZ-LINARES Y URÍA, César: «Efectos jurídico-procesales y materiales de la admisión de la demanda» en Cuadernos de Derecho Judicial, Efectos jurídicos del proceso (Cosa Juzgada. Costas e intereses. Impugnaciones y jura de cuentas), dirigidos por Juan Montero Aroca, Madrid, septiembre 1995, páginas 13 a 66.
- ÁLVAREZ SUÁREZ, Ursicino: *El problema de la causa en la tradición*, Madrid, 1945.
- ÁLVAREZ MARTÍNEZ, Cirilo: *Instituciones de Derecho Civil*, Imprenta de Don Julián Pastor, Valladolid, 1840.
- ÁLVAREZ PASTOR, Daniel y EGUIDAZU, Fernando: *Control de cambios. Regimen jurídico de las transacciones españolas en España y en la Comunidad Europea*, 8.ª edición, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1993.
- AMES, James Barr: «Two Theories of Consideration», *Harvard Law Review* 12 (1899), págs. 515 a 531.
- AMORÓS GUARDIOLA, Manuel: «Las limitaciones de la autonomía de la voluntad según el pensamiento de Federico de Castro», en *Anuario de Derecho Civil*, 1983, pág. 1.129 a 1147.
- ANASTASI, Alessandro: Voz «Novazione (Diritto Lavoro)», en Enciclopedia del Diritto, Tomo XXVIII, pág. 837 a 851.
- ANDERSON, Miriam: *La cesión de créditos hipotecarios. Requisitos para la transmisión-adquisición*, CEDECS, Barcelona, 1999.
- ÁNGEL YAGÜEZ, Ricardo de: «El Proyecto de convención europea sobre la reserva de dominio simple», en *Revista de Derecho Inmobiliario*, 1983, páginas 561 a 580.
- ÁNGEL YAGÜEZ, Ricardo de: *Tratado de responsabilidad civil*, Universidad de Deusto, Civitas, Madrid, 1993.
- ANSON: *Anson's law of contract*, 26th edition by A.G. GUEST, Clarendon Press, Oxford, 1984.
- ARAGONESES, Pedro: *Proceso y derecho procesal. Concepto, naturaleza, tipos, método, fuentes y aplicación del Derecho procesal*. Aguilar, Madrid, 1960.
- ARECHEDERRA ARANZADI, Luis Ignacio: *La equivalencia de las prestaciones en el Derecho Contractual*, Editorial Montecorvo, Madrid, 1978.
- ARENA, Jacobus de: *Commentarii in universum iur civile*, MDXLI (edición anastática Opera Iuridica Rariora selecta cura et studio Dominici Maffei, Ennii Cortese e Guidonis Rossi, Forni editore, Bologna).
- ARIAS DE MESA, Ferdinandus: *Variarum Resolutionum & Interpretationum Iuris Libri tres ... Adiectus quamplurimis decisionibus supremorum eiusdem Regni Neapolis Tribunalium*, Typis Iacobi Gaffari, Nápoles, 1643.
- ARNAUD, André Jean: *Les origines doctrinales du Code Civil Français. Bibliothèque de Philosophie du Droit, Librairie Générale de Droit et de jurisprudence, R. Pichon et R. Durand-Anzias*, Paris, 1969.
- ARNDT, Ludovico: *Trattato delle Pandette*, Versione di Filippo Serafini, Volume II, Tipi Fava e Garagnane, Bologna, 1880.
- ASCARELLI, Tulio: «Arbitri e arbitratori. Gli arbitrati liberti» en *Rivista di diritto processuale civile*, 1929, Parte prima, pág. 308 a 340.
- ASCARELLI, Tulio: «L'astrattezza nei titoli di credito», en *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 1932, parte prima, pág. 383 a 420.
- ASTUTI, Guido: *I contratti obbligatori nella storia del diritto italiano*, parte generale, volume primo, Giuffrè editore, Milano, 1952.

- ATIYAH, Patrick S.: *An introduction to the law of contract*, 5th ed., Clarendon Press, Oxford, 1995.
- ATTARD ALONSO, Emilio: «La causa ilícita», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, enero-febrero 1957, pág. 641 a 657.
- AUBRY, Charles et RAU, Frédéric: *Cours de Droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, Tome cinquième, Imprimerie et Librairie Générale de Jurisprudence, Paris, 1920.
- AZO PORTIUS: *Ad singulas Leges XII Librorum Codicis Iustiniani*, *Commentarius*, Parisiis, MDLXXVII en *Lectura Super Codicem, Augustae Taurinorum*, edición anastática, MCMLXVI.
- AZO PORTIUS: *Summa Super Codicem. Extraordinaria. Augustae Taurinorum*, edición anastática, MCMLXVI.
- BADOSA COLL, Fernando: Voz «Justo Título» en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, iniciada bajo la dirección de Carlos-E. Mascareñas y continuada por Buenaventura Pellisé Prats, tomo XIV, editorial Francisco Seix, S.A., Barcelona, 1978, págs. 660 a 712.
- BADOSA COLL, Ferran: *Dret d'obligacions*, Barcanova, Barcelona, 1990.
- BACCIGALUPI, Mario: «Note sull'errore nella transazione», en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1949, pág. 587 a 595.
- BALDUS DE UBALDIS: *In primum, secundum, & tertium Codicis Libros Commentaria*, Venetiis, MDLXXXVI.
- BALDUS DE UBALDIS: *In primam Digesti veteris partem commentaria*, Venetiis, MDLXXXVI.
- BARBIERA, Lelio: «Appunti sulla natura e sul concetto della transazione», en *Annali della Facoltà di Giurisprudenza, Pubblicazioni dell'Università dei Bari*, Editore Cressati, Bari, 1958, pág. 157 a 191.
- BARCELLONA, Pietro: *Profili della teoria dell'errore nel negozio giuridico*, Milano, 1962.
- BARCELLONA, Pietro: Voz «errore (diritto privato)», en *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè editore, 1966, pág. 247 a 280.
- BARONA VILAR, Silvia: *Solución extrajudicial del conflicto: «alternative dispute resolution» (ADR) y derecho procesal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- BARONA VILAR, Silvia: Comentario al artículo 415 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en *El proceso civil. Doctrina, jurisprudencia y formularios*, Volumen IV, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.
- BARTOLUS A SAXOFERRATO: *Prima Super Codice*, Inest huic volumini, Excudebatur, MDXXX.
- BARTOLUS A SAXOFERRATO: *In primam Digesti veteris partem*, Augustae Taurinorum, MDLXXVIII.
- BATALLA GARCÍA, Aniceto: *Contratos de transacción y compromiso: Juicios de árbitros y amigables componedores*, Barcelona, 1945.
- BATTISTA, Michele: Voz «Novazione (diritto romano e intermedio)» en *Nuovo Digesto Italiano*, T. VIII, 1957, pág. 1122 a 1131.
- BAUDRY-LACANTINERIE, G. y WAHL, Albert: *Traité théorique et pratique de Droit Civil, Des contrats aléatoires, du mandat, du cautionnement, de la transaction*, troisième édition, Librairie de la Société du Recueil J.B. Sirey et du Journal du Palais, Paris, 1907.
- BAYO DELGADO, Joaquim: «Quina mediació familiar ha estat regulada?», en *La Llei de Catalunya*, 3 de setembre de 2001, pág. 1 y 2.
- BECK, Alexander: «Ueberlegungen zum klassischen vergleichsrecht», en *Studi in onore di Pietro de Francisci*, Giuffrè editore, Milano, 1956.
- BELTRÁN DE HEREDIA, José: *Nota bibliográfica de la obra de Michele Giorgianni, Negozio d'accertamento* (Pubblicazioni della Facoltà di Giurisprudenza della R. Università di Catania), Dott. A. Giuffrè, Editore, Milano, 1939, en *Revista de Derecho Privado*, Tomo XXVII, Enero-diciembre 1943, pág. 590 a 591.
- BELTRÁN DE HEREDIA DE ONÍS, Pablo: *El derecho de retención en el Código civil español*, Acta Salmanticensia, Iussu Senatus Universitatis Edita, Universidad de Salamanca, 1955.
- BÉNABENT, Alain: *Droit Civil, Les contrats spéciaux*, 2.<sup>a</sup> édition, Montchrestien, Paris, 1995.
- BENTIVOGLIO, Adolfo Mario: *Commento alla sentenza della Corte d'Appello di Venezia, Udienza 28 maggio 1914*, en *Il Foro italiano*, Parte prima, pág. 878 a 887.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo: *Comentarios a la Ley de Arbitraje, Ley 36/1988, 5 de diciembre*, Tecnos, Madrid, 1991.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo y VALLADARES RASCÓN, Etelevina: *Manual de introducción al derecho*, Introducción al Derecho, Derecho Civil Patrimonial, Bercal, S.A., Madrid, 1994.
- BERTOLINI, Cesare: *Della transazione secondo il diritto romano*, Unione tipografico-editrice, Torino, 1900.
- BERZOSA FRANCOS, M.<sup>a</sup> Victoria: *Demanda, «causa petendi» y objeto del proceso*, Ediciones El Almendro, Córdoba, MCMLXXXIV.
- BERZOSA FRANCOS, M.<sup>a</sup> Victoria: «Principios del proceso», *Justicia*, 92, III, págs. 553 a 621.
- BETTI, Emilio: *Sul valore dogmatico della categoria «contrahere» in giuristi procucliani e sabiniani*, en *Bullettino dell'istituto di diritto romano*, publicado per cura del segretario perpetuo Vittorio Scialoja, anno XXVIII, 1915, pág. 3 a 96.
- BETTI, Emilio: *Diritto romano*, CEDAM, Padua, 1935.
- BETTI, Emilio: *Istituzioni di Diritto romano*, CEDAM, Padua, 1960.
- BETTI, Emilio: *Teoría general del negocio jurídico* (traducción y concordancias con el Derecho español por Antonio MARTÍN PÉREZ), Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1970.
- BETTI, Emilio: *Teoría general de las obligaciones* (traducción y notas de Derecho español por José Luis DE LOS MOZOS), t. II, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1970.
- BRONDI, Biondo: *Istituzioni di diritto romano*, Seconda edizione, Dott. A. Giuffrè, Milano, 1952.
- BIRET: *Applications au Code Civil des Institutes de Justinien et des cinquante livres du Digeste*, Tome second, Chez Arthus Bertrand, Libraire, Paris, 1824.

- BISCONTINI, Guido: *Onerosità, corresponsività e qualificazione dei contratti. Il problema della donazione mista*. Edizione scientifica italiana. Pubblicazioni della Scuola di perfezionamento in diritto civile dell'Università di Camerino, Napoli, 1984.
- BISEGNA, Ulderico: «L'annullabilità della transazione temeraria per colpa grave», comentario de la sentencia de casación de 9 de mayo de 1958, n. 1537, en *Il foro italiano*, 1959, I, pág. 821 a 831.
- BOILEUX, Jean Marie: *Commentaire sur le Code Civil*, Tome troisième, Quatrième édition, Joubert, Libraire-Éditeur, Paris, 1838.
- BONET CORREA, José: Comentario a los artículos 1.809 a 1.819 del Código civil en *Código civil con concordancias, jurisprudencia y doctrina*, tomo VIII, Civitas, Madrid, 1993, pág. 211 a 235.
- BONET RAMÓN, Francisco: *Código Civil comentado con sus apéndices forales*, Aguilar, 2.ª edición, Madrid, 1964.
- BONFANTE, Pietro: *Istituzioni di Diritto romano*, reimp. 10.ª ed., Torino, 1946.
- BONO, Fabrizio del: *Dichiarazione riproduttiva*, Giuffrè editore, Milano, 1948.
- BOQUERA OLIVER, Vicente: «Los límites subjetivos de la cosa juzgada material», en Cuadernos de Derecho Judicial, Efectos jurídicos del proceso (Cosa Juzgada. Costas e intereses. Impugnaciones y jura de cuentas), dirigidos por Juan Montero Aroca, Madrid, septiembre 1995, pág. 139 a 160.
- BORRELL Y SOLER, Antonio María: *Derecho civil vigente en Cataluña*, tomo III, Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1944.
- BOTELLA GARCÍA-LASTRA, Carmen: «La finalización convencional de los procedimientos tributarios y otras técnicas transaccionales para la resolución de conflictos», en *Convención y arbitraje en el Derecho Tributario*, Instituto de Estudios Fiscales. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Madrid, 1996, págs. 199 a 209.
- BOYER, Louis: *La notion de transaction. Contribution a l'étude des concepts de cause et d'acte déclaratif*, Paris, 1947.
- BOZZOLA, Giampietro: «Presupposti ed effetti preclusivi della transazione», en *I Contratti*, marzo-aprile 1994, 2/1994, Parte seconda, pág. 176 a 182.
- BROGGINI: *D. 12. 6, 23, 3: Transactio post litem contestatam*, LXXIII, 356 (Coniectanea. Studi di diritto romano), Giuffrè editore, Milano, 1966.
- BRONZINI, Mario: «Le caratteristiche della transazione», en *Archivio civile*, Luglio-agosto 1987, pág. 738.
- BROWN, Jeff: «Meriti e limiti del patteggiamento» en la obra colectiva dirigida por AMODIO e CHERIF BASSIOUNI: *Il processo penale negli Stati Uniti d'America*, Giuffrè editore, Milano, 1988.
- BUEN LOZANO, Demófilo de: *Introducción al estudio del Derecho civil: ideas generales, fuentes históricas del Derecho civil español, codificación, normas jurídicas*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1931.
- BUENO LOZANO, Marta: «El valor de la terminología jurídica», en *Initium*, 4, 1999, págs. 449 a 478.
- BUCCISANO, Orazio: Voz «novazione» en Enciclopedia jurídica, XXI, 1990 (no hay número de página porque cada una de las voces inicia su propia numeración).
- BURDESE, Alberto: *Manuale di diritto privato romano*, Uniones tipografico - editrice torinese, Torino, 1964.
- BUSTILLO BOLADO, Roberto O.: *Convenios y contratos administrativos. Transacción, arbitraje y terminación convencional del procedimiento*, Aranzadi, Navarra, 2001.
- BUSTOS GIBERT, Antonio: *Lecciones de Hacienda Pública (El papel del sector público)*, Editorial Colex, Madrid, 2001.
- BUTA, Grazia: «Transazione e azione revocatoria», en *Giustizia civile*, luglio-agosto, 1994, pág. 311 a 330.
- BUTRIGARIUS, Jacobus: *Lectura Super Codice*, Parisiis, 1516 (edición anastática Opera Iuridica Rariora selecta cura et studio Dominici Maffei, Enni Cortese e Guidonis Rossi, Forni editore, Bologna, 1973).
- BUZZELLI, D.: «Commento a Cass. 12 maggio 1994, n. 4647 - contratto di transazioni e rapporti di famiglia» en *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 1995, I, pág. 884 y 885.
- CABALLOL ANGELATS, Lluís: *El tratamiento procesal de la excepción de arbitraje*, José María Bosch editor, Barcelona, 1997.
- CABALLOL ANGELATS, Lluís: «Els mecanismes de col·laboració i substitució de la justícia ordinària», apartados 1 a 4, en Informe Pi i Sunyer sobre la Justícia a Catalunya, Fundació Carles Pi i Sunyer d'Estudis Autònomic i Locals, Barcelona, 1998, pág. 527 a 533.
- CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio: Comentario al artículo 6 del Código civil en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dirigidos por Manuel Albaladejo y Silvia Díaz, tomo I, vol. 1, 2.ª ed., EDERSA, 1992, pág. 714 y ss.
- CABELLO DE LOS COBOS Y MANCHA, Luis M.ª: «Contrato de transacción: Título inscribible (Comentario a las resoluciones de 25 de febrero, 9 y 10 de marzo de 1988)», en *Revista crítica de Derecho inmobiliario*, marzo-abril 1991, núm. 603, pág. 319 a 353.
- CACCIALUPUS, Johannem Baptistem: *Tractatus solemnibus et utilis de transactionibus en Tractatum ex variis iuris interpretibus collectorum*, volumen III, Lugduni, MDXLIX.
- CALAMANDREI, Piero: «Il concetto di «lite» nel pensiero di Francesco Carnelutti. I. Lite e giurisdizione», en *Rivista di diritto processuale civile*, Volume V, Parte I, 1928, pág. 4 a 22.
- CALAMANDREI, Piero: «Il concetto di «lite» nel pensiero di Francesco Carnelutti. II. Lite e processo», en *Rivista di diritto trimestrale civile*, Volume V, Parte I, 1928, pág. 89 a 98.
- CAMACHO EVANGELISTA, Fermín: *Curso de Derecho romano*, Impredisur, S.L., Granada, 1990.
- CAMAGNA, Giovanni Battista Silvestri: Voz «transacción» en Nuovo digesto italiano, a cura di Mariano D'Amelio, con la collaborazione di Antonio Azara, Unione tipografico-editrice Torinese, Torino, 1940, Tomo XVIII, páginas 273 a 276.
- CÁMARA, DE LA: «Meditaciones sobre la causa», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1978, pág. 637 a 693.

- CANCER, Iacobo: *Variae resolutiones iuris caesarei, pontifici & municipalis Principatus Cathaloniae*, pars prima, Venetiis, MDCXLII.
- CAPORICCI, Antonio: «Natura ed effetti del negozio di accertamento», en *Il nuovo diritto*, 1967, 500 a 512.
- CAPOTOSTI, Renzo A.: «La 'res litigiosa' come presupposto del contratto di transazione», en *Il foro italiano*, 1958, Volume LXXXI, parte IV, pág. 4 a 9.
- CARAVANTES, Vicente de: *Tratado histórico, crítico y filosófico de los procedimientos judiciales en materia civil según la nueva Ley de Enjuiciamiento civil*, tomo II, 1856.
- CARBONNIER, Jean: *Derecho civil, tome II, volume III* (estudio introductorio y traducción de la 1.ª edición francesa con adiciones de conversión al Derecho español por Manuel María ZORRILLA RUIZ), Bosch casa editorial, Barcelona, 1971.
- CARIOTA FERRARA, Luigi: *El negocio jurídico*, Editorial Aguilar, Madrid, 1956.
- CARLEVALIUS, Thomas: *Disputationum iuris variarum ad interpretationem regiarum legum Regni Castellae, & illis sicilium*, Tam ex iure Neapolitano, quam ex utroque Comuni civili & canonico, tomus posterior, apud Bertanos, Venetiis, MDCLX.
- CARNELUTTI, Francesco: «Sulla causa della transazione», en *Rivista di diritto commerciale*, 1914, II, pág. 573 a 583.
- CARNELUTTI, Francesco: *Lezioni di diritto processuale civile*, volumen I, Padova, 1920.
- CARNELUTTI, Francesco: «Arbitri e arbitratori», en *Rivista di diritto processuale civile*, Volume I, Parte I, 1924, pág. 121 a 135.
- CARNELUTTI, Francesco: «Lite e funzione processuale», en *Rivista di diritto processuale civile*, Volume V, parte I, 1928, pág. 23 a 37.
- CARNELUTTI, Francesco: «Lite e processo», en *Rivista di diritto processuale civile*, Volume V, parte I, 1928, pág. 99 a 105.
- CARNELUTTI, Francesco: *Sistema di diritto processuale civile*, Cedam, Padova, 1936.
- CARNELUTTI, Francesco: «Note sull'accertamento negoziale» en *Rivista di diritto processuale civile*, 1940, I, pág. 3 a 24.
- CARNELUTTI, Francesco: «Transazione, giuramento, sentenza su obbligazione in solido senza partecipazione di tutti i condebitori o concreditori» en *Rivista di diritto processuale civile*, Volume XIX, Parte I, 1942, pág. 51 y 52.
- CARNELUTTI, Francesco: «Compensazione giudiziale» en *Rivista di diritto processuale civile*, Volume XIX, Parte I, 1942, pág. 52 y 53.
- CARNELUTTI, Francesco: «Documento ricognitivo» en *Rivista di diritto processuale civile*, Volume XIX, Parte I, 1942, pág. 233 a 235.
- CARNELUTTI, Francesco: «Confessione e ricognizione» en *Rivista di diritto processuale civile*, Volume XIX, Parte I, 1942, pág. 235 y 236.
- CARNELUTTI, Francesco: «La transazione è un contratto?», en *Rivista di diritto processuale*, 1953, I, pág. 185 a 190.
- CARNELUTTI, Francesco: «Transazione e eccessiva onerosità», en *Rivista di diritto processuale*, 1955, parte I, pág. 85 a 89.
- CARRASCO PERERA, Ángel: Comentario a los artículos 1.809 a 1.819 del Código civil en *Comentarios al Código civil*, dirigidos por RODRIGO BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Aranzadi, Madrid, 2001, pág. 2040 a 2047.
- CARRERAS LLANSANA, Jorge: «Tratamiento procesal de la excepción de cosa juzgada en el derecho positivo español». En: FENECH, Miguel y CARRERAS, Jorge. *Estudios de Derecho procesal*. Librería Bosch, Barcelona, 1962.
- CARRERAS LLANSANA, Jorge: «La solución de conflictos». En: Regimen jurídico de las garantías contractuales en el comercio internacional. Centro de Estudios Comerciales, Ministerio de Economía y Comercio, Madrid, 1981.
- CARRESI, Franco: Recensión a CORRADO, Renato del *Il negozio di accertamento*, en *Rivista di diritto civile*, 1942, pág. 349 a 352.
- CARRESI, Franco: «Concetto e natura giuridica della transazione. I.- El concetto», en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1953, pág. 361 a 420.
- CARRESI, Franco: «Concetto e natura della transazione. II.- La natura giuridica» en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1954, pág. 62 a 104.
- CARRESI, Franco: *La transazione*, en *Tratado de Derecho civil italiano*, volume nono, tomo terzo, fasc. 2.º, Unione tipografico-editrice torinese, Torino, 1956.
- CARRESI, Franco: Voz «Transazione (derecho vigente)», en *Novissimo digesto italiano*, UTET, 1957, pág. 481 a 505.
- CARRESI, Franco: «Transazione e risoluzione per eccessiva onerosità», en *Rivista di diritto civile*, 1958, II, pág. 451 a 455.
- CASANOVAS Y LA ROSA, Oriol: «La autonomía de la voluntad en Derecho internacional privado», en *Anuario de Derecho Civil*, 1976, pág. 1003 a 1020.
- CASAREGIUS, Josephus Laurentius Mariae de: *Opera omnia, elucubrationes ac resolutiones in aliquot, & ad integra Statuta de decretis, ac de successioneibus ab iniestato*, tomus quartus, Venetiis, MDCCXL.
- CASSO Y ROMERO, Ignacio de y CERVERA Y JIMÉNEZ-ALFARO, Francisco: *Diccionario de Derecho Privado, Derecho civil, común y foral, Derecho mercantil, Derecho notarial y registral, Derecho canónico*, Tomo II (G-Z), Editorial Labor, S.A., Barcelona - Madrid - Buenos Aires - Río de Janeiro - México - Montevideo, 1950, pág. 3854 a 3858.
- CASTÁN TOBEÑAS, José: «El concepto de derecho subjetivo», en *Revista de Derecho Privado*, 1940, pág. 121 a 130.
- CASTÁN TOBEÑAS, José: «Situaciones jurídicas subjetivas», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1963, pág. 193 a 270.
- CASTÁN TOBEÑAS, José: *Derecho civil Español, Común y Foral*, T.1. Introducción y Parte General, Vol. II, Teoría de la relación jurídica. La persona y los derechos de la personalidad, 14.ª edición revisada y puesta al día por José Luis DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS, Editorial Reus, Madrid, 1984.
- CASTÁN TOBEÑAS, José: *Derecho civil Español, Común y Foral*. T. III Derecho de obligaciones. La obligación y el contrato en general, 12.ª edición, revisada y puesta al día, por Gabriel GARCÍA CANTERO, editorial Reus, Madrid, 1978.
- CASTÁN TOBEÑAS, José: *Derecho civil Español, Común y Foral*. T. IV Derecho de obligaciones. Las particulares relaciones obligatorias, 12.ª edición, revisada y puesta al día, por José FERRÁNDIZ VILELLA, editorial Reus, Madrid, 1978.

- CASTRILLO SANTOS, Juan: «Autonomía y heteronomía de la voluntad en los contratos», en *Anuario de Derecho Civil*, 1949, pág. 565 a 605.
- CASTRO, Paulus de: *In Primam Digesti veteris partem*, Lugduni, MDLIII.
- CASTRO, Paulus de: *In primam Codicis partem*, Lugduni, MDLIII.
- CASTRO, Paulus de: *Consiliorum sive responsorum*, volumen primum habet haec omnium postrema editio tum consuetas multorum annotationes & praefertum Nicolai Michaelis, Venetiis, MDLXXX.
- CASTRO, Federico de: «Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la voluntad», en *Anuario de Derecho Civil*, 1982, pág. 987 a 1085.
- CASTRO Y BRAVO, Federico de: *El negocio jurídico*, Editorial Civitas, S.A., Madrid, 1985.
- CASTRO Y BRAVO, Federico de: *Derecho civil de España*, I, 2.ª ed. Editorial Civitas, S.A., Madrid, 1984.
- CASTRO GARCÍA, Jaime: «La intervención judicial en la aprobación, modificación y cesación del convenio regulador» en *Convenios reguladores de las relaciones conyugales paterno-filiales y patrimoniales en las crisis del matrimonio*, Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1984, pág. 329 a 362.
- CATAUDELLA, Antonino: *Sul contenuto del contratto*, Giuffrè editore, Milano, 1974.
- CAVATORTA, Renato: «Risarcimento del danno. Transazione ad un danno subito da un minore. Non necessita la preventiva autorizzazione del giudice tutelare. Errore rilevabile ai fini dell'annullabilità della transazione» en *Diritto e pratica nell'assicurazione*, Luglio-settembre 1971, pág. 626 a 628.
- CERAMI, P.: «Vulgaria actionum nomina» ed «agere praescriptis verbis in D. (19, 5, 2 (Cels. 8 Dig.), en *Iura*, 1982, XXXIII pág. 121 a 131.
- CHIOVENDA, Giuseppe: *Instituciones de Derecho procesal civil*, traducción de la segunda edición italiana y notas de derecho español por E. Gómez Orbaneja, primera edición, Editorial Revista de derecho privado, Madrid, 1940.
- CHIOVENDA, Giuseppe: *Principios de Derecho Procesal Civil*, traducción de la tercera edición de José Casais Santaló y notas de Alfredo Salvador, tomo I, Reus, S.A., Madrid, 1977.
- CHITTY, Joseph: *Chitty on contracts*, 27th ed. [general editor, A.G. GUEST, Sweet & Maxwell, London, 1994. Series: The common Law Library. Vol 1: general Principles. Vol. 2: Specific Contracts.
- CLEMENTE DE DIEGO Y GUTIÉRREZ, Felipe: *Instituciones de Derecho civil español, por el Dr....*, nueva edición revisada y puesta al día por Alfonso DE COSSÍO Y CORRAL y Antonio GULLÓN BALLESTEROS, T. II, Derecho de obligaciones. Contratos. Derecho de familia. Editorial Artes Gráficas Julio San Martín, Madrid, 1959.
- COBO PLANA, Juan José: *La sentencia civil. Forma, contenido, motivación, plazo, firma, aclaración, congruencia, Iura Novit Curia, reformatio in peius, condena al pago de intereses, imposición de costas*, Jurisprudencia práctica, Dykinson 1995.
- CÓDIGO CIVIL DE LA REPÚBLICA ARGENTINA: Estudio preliminar de José María Mustapich, Instituto de Cultura Hispánica, Madrid, 1960.
- CÓDIGO CIVIL DE CHILE: Estudio preliminar de Dr. Pedro Lira Urquieta, Instituto de Cultura Hispánica, Madrid, 1961.
- CÓDIGO CIVIL DE COLOMBIA: Estudio preliminar del Dr. Alfonso Uribe Misas, Instituto de Cultura Hispánica, Madrid, 1963.
- CÓDIGO CIVIL DE COSTA RICA: Estudio preliminar, Compendio y Concordancias a cargo de los licenciados Héctor Beeche Lujan y Fabio Fournier Jimenez, Instituto de Cultura Hispánica, Madrid, 1962.
- CÓDIGO CIVIL para el Distrito y Territorios Federales en materia común y para toda la República en materia federal, Talleres Gráficos de la Nación, México D.F., 1928.
- CÓDIGO CIVIL DE VENEZUELA, Vadell hermanos editores, Valencia 1982.
- CODEX IURIS CANONICI: *Pii Pontificis Maximi, iussu Digestus Benedicti Papae XV, Typis Polyglottis Vaticanis*, Romae, 1917.
- COLIN, Ambrosio y CAPITANT, Henri: *Curso elemental de Derecho Civil*, con notas sobre el Derecho Civil español por Demófilo de Buen, Tomo Cuarto, Contratos Usuales, Editorial Reus, S.A., Madrid, 1925.
- COLOMBO, Carlos J.: *La transacción* (Un contrato civil con proyecciones procesales), Valerio Abeledo, Editor, Buenos Aires, 1944.
- CONDE DE LA CAÑADA: *Instituciones prácticas de los juicios civiles, así ordinarios como extraordinarios, en todos sus trámites, según que empiezan, continúan y acaban en los tribunales reales*, 2.ª edición, tomo I, Madrid, 1794.
- CONNANI, Francisci: *Commentariorum Iuris civilis*, tomus prior, quinque libros complectens, libro V, cap. VI & VII, Parisiis, MDLIII.
- CONNANI, Francisci: *Commentariorum Iuris civilis*, libri X. Argumentis et summaris ante singulorum librorum capita et legis numero atq. ordine in margine annotatis, per D. Francis. cum Hotomanum exornati atque illustrati, lib. V, cap. VI et VII, Lugduni, MDLXVI.
- CONTE, Elió del: «Il rifiuto dell'assicuratore di R.C. di concludere una transazione conveniente col danneggiato» en *Diritto e pratica nell'assicurazione*, 1981, pág. 626 a 631.
- CONTINO, Enrica: «Transazione contestuale all'atto divisionale e rescissione per lesione (impugnativa divisione-rescissione)» en *Giustizia civile*, 1994, I, página 2264 a 2266.
- CORASIUS, Joannius: *Iuris consulti miscellaneorum iuris civilis*, libri sex, Coloniae, MDLXXXI.
- COROMINAS, Joan: *Diccionario etimológico castellano e hispánico*, Editorial Gredos, Madrid, 1984.
- CORPUS IURIS CANONICI: *Editio Lipsiensi Secunda post Aemilii Ludovici Richteri curas ad librorum manu scriptorum et editionis Romanae fidem recognovit et adnotatione critica instruxit Aemilius Friedberg. Pars secunda Decretatum collectiones. Ex officina Bernhardi Tauchnitz*, Leipzig, 1881.
- CORPUS IURIS CIVILIS: Volumen Primum, Digesta, recognovit Theodorus MOMMSEN, retractavit Paulus KRUEGER, Weidmann, 1988.
- CORPUS IURIS CIVILIS: *Editio Sexta Decima Lucis ope Expressa, volumen primum. Institutiones, recognovit Paulus Krueger, Digesta, recognovit Theodorus Mommsen, retractavit Paulus Krueger*, Apud Weidmannos, Berlin, 1959.

- CORRADO, Renato: Voz «Negozio di accertamento», en *Novissimo digesto italiano*, XI, 1957, pág. 196 a 202.
- CORTÉS DOMÍGUEZ, Valentín, GIMENO SENDRA, Vicente y MORENO CATENA, Víctor: *Derecho procesal, proceso civil*, Tirant lo Blanch, 1993.
- CORTÉS DOMÍGUEZ, Valentín, GIMENO SENDRA, Vicente y MORENO CATENA, Víctor: *Derecho procesal civil*, Editorial Colex, 1996.
- COSSÍO, Alfonso de: *Instituciones de Derecho Civil*, 1, parte general, Derecho de Obligaciones, Alianza editorial, Madrid, 1977.
- COSTANZA M.: *Obbligazioni solidali e transazione* (Collana: Quaderni di giurisprudenza commerciale, 18) Milano, Giuffrè, 8.º, 1978.
- COSTANZA M.: *Il contratto atipico*, Giuffrè editore, Milano, 1981.
- COVIELLO N.: «Note critiche in tema di accertamento e di negozio di accertamento» en *Archivio giuridico*, 1962, pág. 88 a 125.
- CRISCUOLO, Fabrizio: *Arbitraggio e determinazione dell'oggetto del contratto*, Edizioni Scientifiche Italiane, pubblicazioni della Scuola di specializzazione in diritto civile dell'Università di Camerino, a cura di Pietro Perlingieri, Napoli, 1995.
- CROME, Carlo: *Manuale del Diritto Civile francese di ZACHARIAE VON LIGENTHAL*, vol. II, Milán, 1907.
- CUGNUS, Guillelmus de: *Lectura super Codice*, 1552 (edición anastática en Opera Iuridica Rariora selecta cura et studio Dominici Maffei, Ennii Cortese e Guidonis Rossi, Forni editore, Bologna, 1968).
- CULIACIUS, Iacobo: *Opera ad parisensem Fabrotonam editionem diligentissime exacta*, Venetiis, MDCCLVIII.
- CURTIUS, Franciscus: *In rubrica C. de tranfactio*, en *Repetitionum seu commentariorum Iuris civilis*, Volumen septimum, Lugduni, MDLIII.
- CYNUS: *In Codicem, et aliquot titulos primi Pandectorum tomi, id est, Digesti veteris*, MDLXXVIII (reimpresión anastática, Bottega d'Erasmus, Torino, 1964).
- CHIOVENDA, Giuseppe: «Azioni e sentenze di mero accertamento» en *Rivista di diritto processuale civile*, Volume X, Parte I, 1933, pág. 3 a 31.
- DANOVI, Remo: «Transazione giudiziale e solidarietà delle parti nel pagamento degli onorari degli avvocati», en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1986, pág. 719 a 730.
- DALEY, Richard M.: «Il plea bargaining: uno strumento di giustizia senza dibattito» en la obra colectiva dirigida por AMODIO e CHERIF BASSIOUNI: *Il processo penale negli Stati Uniti d'America*, Giuffrè editore, Milano, 1988.
- DAWSON, John P. & HARVEY, WM. Burnett: *Cases and Contracts and Contract remedies*, 2nd. ed., The Foundation Press, Inc., Mineola, New York, 1969.
- DE STEFANO: «L'oggetto del processo in un libro recente di Walter J. Habscheid» en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1957.
- DEKKERS, René: *Précis de Droit Civil belge*, Tome deuxième, les obligations, les preuves, les contrats, les sûretés, Établissements Émile Bruylant, Bruxelles, 1955.
- DELSOL, Jean Jacques: *Explication élémentaire du Code Civil*, troisième édition, revue, corrigée et augmentée avec la collaboration de Ch. Lescoeur, Tome second, A. Cotillon et Cie., Éditeurs, Libraires du Conseil d'État, Paris, 1878.
- DELVINCOURT, M.: *Cours de Code Civil*, t. III, París, 1819.
- DEMANTE, Antoine Marie: *Cours analytique de Code Civil*, continué depuis l'article 980 par E. Colmet de Santerre, Tome huitième, art. 1.832-2.091 y 2.219-2281, E. Plon, Nourrit et Cie, imprimeurs-éditeurs, Paris, 1884.
- DENTI, Vittorio: «Rilievi in tema di transazioni nei giudizi di falso» en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1956, pág. 848 a 863.
- DENTI, Vittorio: «Profili dell'intervento del giudice nella conciliazione» en *Rivista di diritto processuale*, Volume XVI, 1961, pág. 16 a 39.
- DERNBURG, Arrigo: *Pandette*, Volume secondo, Diritto delle obbligazioni, prima traduzione dal tedesco sulla 6.ª edizione di Francesco Bernardino Cicala con prefazione di V. Scialoja e G.P. Chironi, Fratelli Bocca, editori, Torino-Roma-Milano-Firenze, 1903.
- DI PRISCO: «Novazione» en *Tratato di diritto privato, diretto da Pietro Rescigno, Obbligazioni e contratti*, IX, tomo I, UTET, 1988, pág. 262 a 289.
- DI STEFANO, Filippo: «Brevi osservazioni sull'inoppugnabilità della transazione per errore incidente sulla questione controversa» en *Rassegna giuridica dell'energia elettrica*, 1985, pág. 142 a 145.
- DI TILIO, Maria: «Il negozio di accertamento» en *Giustizia civile*, 1986, II, página 411 a 422.
- DI TILLA, Maurizio: «Transazione, conciliazione e rinuncia ai diritti (rinnovazione, proroga, acciamento, canone) scatureti dalla disciplina fissata dalla L. 27 luglio 1978 n. 392», en *Giustizia Civile*, 1990, I, pág. 2085 a 2094.
- DI TILLA, Maurizio: «Esecutività del decreto ingiuntivo, transazione precedente e deducibilità di questa nella opposizione alla esecuzione», en *Il monitore dei tribunale*, 1969, 1325.
- DÍAZ BAUTISTA, Antonio: *Derecho romano*, Promociones Publicaciones Universitarias, 1.ª edición, 1987.
- DÍAZ CRUZ, Mario (padre): *Todavía sobre el derecho subjetivo*, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1947, tomo 181, pág. 555 a 596.
- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis: *El arbitrio de un tercero en los negocios jurídicos*, Bosch, casa editorial, Barcelona, 1957.
- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis: *La doctrina de los actos propios*, ed. Bosch, Madrid, 1963.
- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis: «El concepto de causa en el negocio jurídico» en *Anuario de Derecho civil*, 1963, pág. 3 a 32.
- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis: *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, Volumen primero, Introducción. Teoría del contrato, cuarta edición, Editorial Civitas, S.A., Madrid, 1993.
- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis: *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, Volumen tercero, Las relaciones jurídico-reales, El Registro de la Propiedad. La posesión, 4.ª edición, Editorial Civitas, Madrid, 1995.
- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis y GULLÓN BALLESTEROS, Antonio: *Instituciones de Derecho civil*, Volumen I, Editorial Tecnos, Madrid, 1973.

- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis y GULLÓN BALLESTEROS, Antonio: *Sistema de Derecho civil*, Volumen I, 9.ª edición, Editorial Tecnos, Madrid, 1998.
- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis y GULLÓN BALLESTEROS, Antonio: *Sistema de Derecho civil*, Volumen II, 8.ª edición, Editorial Tecnos, Madrid, 1999.
- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis y GULLÓN BALLESTEROS, Antonio: *Sistema de Derecho civil*, Volumen III, 6.ª edición, Editorial Tecnos, Madrid, 1997.
- DÍEZ DE VELASCO VALLEJO, Manuel: *Instituciones de Derecho Internacional Público*, 11.ª edición, Tecnos, 1997.
- DOMAT: *Les loix civiles dans leur ordre naturel*, Tome premier, A Paris, Chez Nyon, aîné, Libraire rue Hautefeuille, MDCCLXXVII.
- DOMINGO DE MORATÓ, Domingo Ramón: *El derecho civil español con las correspondencias del romano*, tomadas de los Códigos de Justiniano y de las doctrinas de su intérpretes, en especial de las instituciones y del Digesto romano hispano de D. Juan Sala, Tomo segundo, Valladolid, 1868.
- DONELLUS, Hugonius: *Commentarii de iure civili, Editio sexta quam curavit D. Carolus Bucher*, Volumen Sextum Decimum, Norimbergae, MDCCCXXXIV.
- DONELLUS, Hugonius: *Opera omnia*, tomus septimus et Commentariorum in Codicem Justiniani, ad Signum Clus, Florentiae, MDCCCXLVI.
- D'ONOFRIO: La transazione e il contratto, en *Scritti Giuridici*, raccolti per il centenario della casa editrice jovene, Napoli, 1955, pág. 193 a 197.
- D'ONOFRIO, Paolo: *Della Transazione*, in *Commentario del codice civile*, a cargo de A. Scialoja y G. Branca, Libro cuarto, Delle obbligazioni (art. 1969-1991), Bologna-Roma, 1974, pág. 219 a 285.
- D'ORS, Álvaro: *De la guerra y de la paz*, Ediciones Rialp, Madrid, 1954.
- D'ORS, Álvaro: *Derecho privado romano*, 8.ª edición, revisada, Ediciones Universidad de Navarra, S.A., Pamplona, 1991.
- DOS SANTOS V. FACTOR, Javier: *La excepción de inminente evicción*, ed. Signo, Barcelona, 1990.
- DOU Y DE BASSOLS, Ramón Lázaro de: *Instituciones del Derecho público general de España con noticia particular de Cataluña y de las principales reglas de Gobierno en cualquier estado*, Tomo VIII, Madrid, 1803.
- DUARENUS, Franciscus: *Opera omnia*, volumen primum quo in Digestorum priores quatuor et Justiniani Codicis titulos aliquot commentarii continentur, Lucae, MDCCLXV.
- DURANDI, Gullielmus: *Speculum iuris*, pars III et IIII, Venetiis, MDLXXXV.
- DURANTON, Alexandre: *Corso di diritto civile secondo il codice francese*, quarta edizione napoletana, Volume IX, Stabilimento Tipografico Batelli, Napoli, 1855.
- ELEFANTE, Agostino: Voz «novazione», en *Novissimo Digesto Italiano*, Tomo XI, 1957, pág. 425 a 431.
- ELÍAS, José Antonio y FERRATER, Esteban de: *Manual de Derecho Civil*, vigente en Cataluña, Leocadio López, Madrid y Juan Llordachs, Barcelona, 1885.
- ENNECCERUS, Ludwig, KIPP, Theodor y WOLFF, Martín: *Tratado de Derecho Civil*, Segundo tomo, Derecho de obligaciones, por Ludwig ENNECCERUS, Volumen segundo, Doctrina general, traducción de la 35.ª edición alemana con estudios de comparación y adaptación a la legislación y jurisprudencia españolas por Blas PÉREZ GONZÁLEZ y José ALGUER, Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1935.
- ESCRIBANO MORA, Fernando (Coord.); BARONA VILAR, Silvia; FERNÁNDEZ SEIJO, José María; FLORS MATÍES, José; GUZMÁN FLUJA, Vicente; MARIMÓN DURÁ, María Consuelo; MORENO CATENA, Víctor; OLIVER LÓPEZ, Carlos y SALINAS MOLINA, Fernando: *El proceso civil, Doctrina, jurisprudencia y formularios, Volumen II, Libro I: artículos 99 a 247 inclusive*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.
- ESCRICHE, Joaquín: *Diccionario razonado de Legislación y jurisprudencia*, corregida y aumentada con artículos, notas y adiciones sobre el derecho americano, por Juan B. Guim, Tomo IV, M-Z, Editorial Temis, Bogotá-Colombia, 1991, pág. 620.
- ESPIAU ESPIAU, Santiago: *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia civil*, núm. 64, septiembre - diciembre 1983, pág. 765 a 744.
- ESPIAU ESPIAU, Santiago: *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia civil*, 13, núm. 341, enero-marzo, 1987, pág. 4345 a 4350.
- ESPÍN CÁNOVAS, Diego: *Manual de Derecho Civil español*, Volumen III, «Obligaciones y contratos», Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1983.
- FABER, Antonius: *Codex Fabrianus, definitionum forensium et rerum in sacro sabavdiae senatu tractarum*, apud Petrum & Iacobum Chouët, Genevae, MDCXL.
- FABER, Antonius: *Coniecturarum iuris civilis*, Coloniae, MDCXV.
- FABER, Antonius: *Rationalia in primam et secundam partem Pandectarum*, MDCXIX.
- FABRI, Sileno: «Transazione e risoluzione per eccessiva onerosità» en *Rivista del diritto commerciale*, 1957, pág. 169 a 180.
- FACHINEUS, Andrea: *Controversiarum iuris civilis libri novem*, pars prima, ex officina Typographica Davidis Sartoriis, Ingolstadii, 1595.
- FAIRÉN: «El fundamento de la bilateralidad del desistimiento en la primera instancia de nuestro proceso civil», en *Anuario de Derecho Civil*, II, 1949, páginas 599 a 617.
- FAIRÉN: *El desistimiento y su bilateralidad en primera instancia (contra la doctrina de la litis contestatio)*, Barcelona, 1950.
- FAIRÉN: «Desistimiento» en *Estudios de Derecho Procesal*, Madrid, 1955, páginas 593 a 613.
- FAIRÉN GUILLÉN, Víctor: «La defensa (autodefensa, autocomposición, pacto, contrato, proceso)», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, noviembre-diciembre 1990, número 601, pág. 467 a 520.
- FALCÓN, Modesto: *Exposición doctrinal del Derecho civil español, común y foral*, Tomo II, Establecimiento tipográfico de D. Vicente Oliva, Salamanca, 1878 y el tomo III, Imprenta «Cervantes», Barcelona, 1893.
- FALZEA: *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, Milano, 1941.
- FALZEA: Voz «Accertamento (Teoria generale)» de la Enciclopedia del diritto, I, Guiffre, 1992, pág. 205 a 219.

FANELLI, Giuseppe: *Istituzioni di diritto privato*, seconda edizione, Società anonima editrice Dante Alighieri, Genova-Roma-Napoli, 1943.

FAVARA, Ettore: «Liquidazione transattiva del danno assicurato ed irrilevanza del superamento del massimale, da parte dell'assicuratrice, in transazione» en *Giurisprudenza italiana*, 1976, parte seconda, pág. 129 a 133.

FAZZALARI, Elio: Voz «Sentenza civile», en *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, 1989, pág. 1245 a 1270.

FEBRERO, Josef: *Librería de escribanos, abogados y jueces*, II, Imprenta de Fermín Villalpando, Madrid, 1819.

FEBRERO, Josef: *Librería de escribanos, abogados y jueces*, VIII, Imprenta de Fermín Villalpando, Madrid, 1827.

FENECH, Miguel: *Enciclopedia práctica de Derecho*, Volumen primero, Editorial Labor, S.A., Barcelona - Madrid - Buenos Aires - Río de Janeiro - México - Montevideo, 1952, pág. 116 y 117.

FENECH, Miguel y CARRERAS, Jorge: *Estudios de Derecho Procesal*, Librería Bosch, Barcelona, 1962.

FENET, Pierre Antoine: *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, Tome quinzisième, Otto Zeller, Osnabrück, 1968.

FERY-FROIMESCO, Efr.: *L'erreur dans la transaction*, Duchemin, Paris, 1923.

FERNÁNDEZ BARREIRO, A. y PARICIO, Javier: *Fundamento de Derecho privado romano*, 2.ª edición, Editorial Centro de estudios Ramón Areces, S.A., Madrid, 1993.

FERNÁNDEZ, Miguel Ángel: *El proceso de ejecución*, s.e. (Romargraf, S.A.), Barcelona, 1982.

FERNÁNDEZ, Miguel Ángel: *Lecciones de Derecho Procesal*, IV, los procesos de ejecución especiales. El proceso de incapacitación, Promociones y Publicaciones Universitarias, Barcelona, 1986.

FERNÁNDEZ LÓPEZ, Miguel Ángel, RIFÁ SOLER, José María y VALLS GOMBAU, José Francisco: *Derecho procesal práctico*, tomo III, Demanda, acumulación de acciones y de autos, contestación a la demanda, excepciones, comparecencia, editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., Madrid, 1995.

FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, Miguel Ángel, RIFÁ SOLER, José María y VALLS GOMBAU, José Francisco: *Comentarios a la nueva ley de Enjuiciamiento Civil*, artículo 281 al 555, Iurgium editores, Atelier Editorial, Barcelona, 2000.

FERRARA: *L'atto di amministrazione*, Filangieri, 1903.

FERRI, Giovanni B.: «Capacità e oggetto del negozio giuridico: due temi meritevoli di ulteriori riflessioni», en *Quadrimestre*, 1989, pág. 1 a 12.

FERRI, Pier Giorgio: «Sostituzione processuale dell'assicuratore e transazione tra assicuratore e terzo», en *I problemi della sicurezza sociale*, gennaio-febbraio 1962, pág. 530 y 531.

FERRI, Luigi: «Nozione giuridica di autonomia privata», en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1957, pág. 129 a 200.

FERRONI, Francesco: «Transazione e cessazione della materia del contendere», en *Giustizia civile*, 1985, I, pág. 2025 a 2028.

FLUMENE: *Causa e dissoluzione del negozio transattivo civile*, Sassari, Stamperia della Libreria Italiana e Straniera, 1928.

FOGLIETTI, Fabrizio: «La manifestazione del consenso nei contratti con la pubblica amministrazione», en *Il nuovo diritto*, Rassegna giuridica pratica, 1972, pág. 626 a 623.

FONTANELLA, Ioannem Petrum: *De pactis nuptialibus sive capitulis matrimonialibus tractatus*, 1622.

FONTANELLA, Ioannem Petrum: *Decisiones sacri regii senatus Cathaloniae*, tomus secundus, Sumptibus Horat. Boissat & Geor. Remeus, Lugduni, MDCLXVIII.

FONTANELLA, Joan Pere: «Ámbito de la transacción», en *Revista Jurídica de Catalunya*, 1958, 5, pág. 561 a 590.

FRANCESCHELLI, Remo: «Transazioni in luogo di sentenze impugnate», en *Rivista di diritto industriale*, 1986, Parte prima, 1986, pág. 118 a 127.

FRANCO ARIAS, Just: *El procedimiento de apremio*, Librería Bosch, Barcelona, 1987.

FRANCHIS, Vicentio de: *Decisiones sacri regii consilii neapolitani*, Venetiis, MDCXXVI.

FRANCISCI, P. de: *Synallagma. Storia e dottrina dei cosiddetti contratti innominati*, I, Mattei editori, Pavia, 1913.

FREIXAS, Juan: «Una contribución al estudio de Ulpiano 50 ad edictum. D. 2. 15. 1 (De transactionibus)», en *Estudios en homenaje al profesor J. Iglesias*, tomo I, Madrid, 1988, pág. 223 a 234.

FREIXAS, Juan: «Una nota sobre la "transactio"», en *Anuario de Historia del Derecho Español*, tomo XLIX, 1979, pág. 643 a 652.

FREIXAS, Juan: «Consideraciones procesales sobre la transacción en el derecho romano», en *Revue Internationale des droits de l'antiqué*, tome 27, 1980, páginas 145 a 168.

FUENTESECA, Pablo: *Derecho privado romano*, Madrid, 1978.

FUENTESECA, Pablo: «Visión procesal de la historia del contrato en Derecho romano clásico», en *Estudios de Derecho romano en honor de Álvaro d'Ors*, I, ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1987, pág. 469 a 516.

FUERO JUZGO O LIBRO DE LOS JUECES cotejado con los más antiguos y preciosos códices por la Real Academia española (edición facsímil del original de Madrid, 1815, editada por Ibarra, impresor de la Cámara de S.M.), editorial Lex Nova, Valladolid, 1980.

FUERO REAL del Rey Don Alonso el Sabio, copiado del Codice del Escorial señalado ij. z.-8 y cotejado con varios codices de diferentes archivos por la Real Academia de la Historia. (edición facsímil del original de Madrid, 1836, editada en la Imprenta real), editorial Lex Nova, Valladolid, 1979.

FURNO, Carlo: «In torno alla natura della transazione», en *Rivista del diritto commerciale*, 1950, parte prima, pág. 451 a 468.

FURNO, Carlo: «Negozio dichiarativo o transazione?», en *Giurisprudenza italiana*, 1951, Parte prima, sezione I, pág. 581 a 584.

FURNO, Carlo: «Appunti in tema di arbitrato e di arbitramento», en *Rivista di diritto processuale*, 1951, II, pág. 157 a 162.

GABRIELLI, Giovanni: «Arbitrato rituale, arbitrato irrituale ed arbitraggio nell'accertamento o nella transazione» en *Vita notarile*, 1993, pág. 663 a 670.

- GALGANO, Francesco: «El negocio jurídico», en Tratado de derecho civil e comercial, dirigido por A. Cicu y F. Messineo, continuado por L. Mengoni, III, tomo I, Giuffrè, editor, Milano, 1988.
- GALGANO, Francesco: *Derecho privado*, CEDAM, Padova, 1981, pág. 581 y 582.
- GALLIGANI, Giorgio: «Transacción sobre el derecho a las indemnizaciones por accidente de trabajo», en *Revista de los accidentes de trabajo y de las enfermedades profesionales*, 1993, pág. 153 a 166.
- GALLO, Armando: «En tema de transacción sobre el negocio ilícito», en *Giurisprudencia completa de la corte suprema de casación*, Sección civil, 1951, Serie II, pág. 274 a 276.
- GAMBARO, Antonio: «En tema de excepciones convencionales a la disciplina urbanística», en *Giurisprudencia italiana*, 1977, IV, pág. 81 a 89.
- GARBERÍ LLOBREGAT, José (Dir.): *Los procesos civiles. Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil, con formularios y jurisprudencia*, Bosch, Barcelona, 2001.
- GARCÍA DEL CORRAL, Ildefonso L.: *Cuerpo del Derecho Civil romano*, publicado por los hermanos Kriegel, Hermann y Osenbrüggen, Jaime Molinas, editor, Primera parte, Instituta-Digesto, Barcelona, 1889 y Segunda parte, Código, Tomo I, Barcelona, 1892.
- GARCÍA GARRIDO, Manuel Jesús: *Derecho privado romano*, Acciones, casos, instituciones, 9.ª ed., Dykinson, Madrid, 2001.
- GARCÍA GOYENA, Florencio: *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, Tomo IV, Título XVI, «De las transacciones y compromisos», Capítulo primero, «De las transacciones», Editorial Base, Barcelona, 1973.
- GARCÍA MORALES, María Jesús: *Convenios de colaboración en los sistemas federales europeos*, McGraw-Hill, Madrid, 1998.
- GARCÍA RUBIO, M.ª Paz: *La responsabilidad precontractual en el Derecho español*, Tecnos, Madrid, 1991.
- GARBERÍ LLOBREGAT, José (Dir.): *Los procesos civiles. Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil, con formularios y jurisprudencia*. Bosch, Barcelona, 2001.
- GAVRE, Jacques de: *Le contrat de transaction en droit civil et en droit judiciaire privé*, I, Établissements Émile Bruylant, Bruxelles, 1967.
- GENTILE DI MARCO, Carmen: «Minaccia di far valere un diritto e annullabilità del contratto», en *Revista di diritto civile*, 1984, II, pág. 514 a 531.
- GETE-ALONSO y CALERA, M.ª del Carmen: *Estructura y función del tipo contractual*, Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1979.
- GIANNINI, Massimo Severo: Voz «Accertamento (Derecho constitucional e administrativo)», en la Enciclopedia del derecho, Giuffrè, 1992, pág. 219 a 227.
- GIARDINA, Camillo: voz «Novación (derecho intermedio)», en Enciclopedia del derecho, Giuffrè editor, Tomo XXVIII, pág. 774 a 779.
- GIBERT, Vicente: *Teoría del arte de notario o manual de escribanos*, escrito en latín por D. Vicente Gibert. Traducido al castellano por D. Eugenio Tapia, Imprenta de J. Mayol y compañía, Barcelona 1828, Capítulo IV, pág. 148 y siguientes.
- GIOMARO, Anna Maria: «*Cautiones iudiciales*» e «*Officium iudicis*», Dott. Giuffrè editor, Milano, 1982.
- GIORGIANI, Michele: «En tema de transacción sobre el "título" nullo», en *Scritti Minori*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1988, pág. 99 a 111.
- GIORGIANI, Michele: *Il negozio d'accertamento*, Giuffrè Editor, Milano, 1939.
- GIORGIANI, Michele: Voz «negocio de accertamento» en la Enciclopedia del derecho, Giuffrè, 1992, pág. 227 a 243.
- GLÜCK, Federico: *Commentario alle Pandette*, directores Filippo Serafini y Pietro Cogliolo, Libro III, traducido ed anotado da Contardo Ferrini, Società editrice libraria, Milano, 1888.
- GÓMEZ DE LA SERNA, Pedro: *Curso histórico-exegético del derecho romano comparado con el español*, 4.ª edición, Librería de Sánchez, Madrid, 1874.
- GÓMEZ DE LIAÑO GONZÁLEZ, Fernando: *Abogacía y proceso*, 2a. ed., Oviedo, 1990.
- GÓMEZ DE LIAÑO GONZÁLEZ, Fernando: *Ley de Enjuiciamiento Civil (Ley 1/2000)*, Anotaciones, concordancia, apéndice legislativo y bibliografía, Editorial Forum, Oviedo, 2000.
- GÓMEZ DE LA ESCALERA, Juan José: «Alcance de la cosa juzgada en el proceso civil con pretensión indemnizatoria no deducida, o no reconocida, en el proceso penal anterior derivado de unos mismos hechos dañosos» en Cuadernos de Derecho Judicial, Efectos jurídicos del proceso (Cosa Juzgada. Costas e intereses. Impugnaciones y jura de cuentas), dirigidos por Juan Montero Aroca, Madrid, septiembre 1995, pág. 451 a 471.
- GÓMEZ ORBANEJA, Emilio: *Derecho procesal civil*, Volumen primero «Parte general. El proceso declarativo ordinario», (sin indicación de editorial), Madrid, 1976.
- GÓMEZ ORBANEJA, Emilio y HERCE QUEMADA, Vicente: *Derecho procesal civil*, Volumen primero «Parte general. El proceso declarativo ordinario», (sin indicación de editorial), octava edición, Madrid, 1979.
- GOMEZIUS, Antonius: *Opera omnia annotationibus et additionibus locupletata*, variae resolutione iuris civilis, communis et regii, Lugduni, MDCCLXI.
- GONZÁLEZ MONTES, José Luis: «Distinción entre cosa juzgada y otros efectos de la sentencia», en Cuadernos de Derecho Judicial, Efectos jurídicos del proceso (Cosa Juzgada. Costas e intereses. Impugnaciones y jura de cuentas), dirigidos por Juan Montero Aroca, Madrid, septiembre 1995, pág. 113 a 136.
- GORLA, Gino: *Il contratto*. Problemi fondamentali trattati con il metodo comparativo e casistico, Dott. Antonino Giuffrè, Milano, 1954.
- GOTHOFREDUS, Dyonisius: *Corpus Iuris Civilis Romani, in Quo Institutiones Digesta ad Codicem Florentinum Emendata, Codex item Novellae, Sumptibus Fratrum de Tournes*, Basilea, 1831.
- GRACIA PELIGERO, Carmelo J. y MAINAR ENE, María del Pilar: *La solución transaccional: análisis de sus posibilidades*, Colección Jurisprudencia Práctica, volumen 145, Tecnos, Madrid, 1998.
- GRECO, Paolo: *La transazione nei rapporti soggetti a regolamento imperativo*, in Annali dell'Università di Macerata, VIII, Macerata, 1932, pág. 182 a 195.

- GRIECO, Angelo: «Criteri differenziali fra la transazione propria e quella novativa e diversa incidenza delle due figure sul rapporto di locazione in corso» en *Giustizia civile*, diciembre 1989, I, pág. 2745 a 2748.
- GROPALLO, Enrico: «La natura giuridica della transazione», en *Rivista di diritto civile*, 1931, I, pág. 321 a 384.
- GUARINO, Antonio: *Diritto privato romano*, 5.ª edición, Editore Jovene Napoli, 1976.
- GUASP, Jaime: «La pretensión procesal», en *Anuario de Derecho civil*, 1952, páginas 7 a 61.
- GUASP, Jaime: *El arbitraje en el Derecho español*, Bosch, Barcelona, 1956.
- GUASP, Jaime: *Derecho procesal civil*, Tomo primero «Introducción y parte general», tercera edición corregida, Instituto de estudios políticos, Madrid, 1968.
- GUERINONI, Ezio: «Commento a la sentencia de cassazione 21 maggio 1996», en *I contratti*, 1/1997, Parte seconda, pág. 32 a 36.
- GUILLOUARD, L.: *Traité du cautionnement et des transactions*, A. Durand et Pedone-Lauriel, éditeurs, Paris, 1894.
- GULLÓN BALLESTEROS, Antonio: *La transacción*. Tratado práctico y crítico de derecho civil, Tomo XLIII, «Contratos sobre litigios», Volumen segundo, «La transacción», Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1964.
- GULLÓN BALLESTEROS, Antonio: «Algunos problemas que suscita la Ley de Arbitraje de 5 de diciembre de 1988», en *La Ley*, 1989, 2.
- GULLÓN BALLESTEROS, Antonio: Comentario a los artículos 1.809 a 1.819 del Código civil, en *Comentario del Código civil*, Ministerio de Justicia, dirigido por Cándido Paz-Ares Rodríguez; Luis Díez-Picazo Ponce de León, Rodrigo Bercovitz y Pablo Salvador Coderch, Madrid, 1991, pág. 1768 a 1780.
- GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, Benito: *Códigos o estudios fundamentales sobre el Derecho Civil español*, Tratado de las obligaciones, Tomo cuarto, 4.ª edición, Librería de Gabriel Sánchez, Madrid, 1884.
- HEDEMANN, J.W.: *Derecho de obligaciones*, Volumen III, traducción de la última edición alemana con notas de Derecho español por Jaime Santos Briz, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1958.
- HEINECIUS, J., KAHL B. et BRISSONT: *Vocabularium juris utriusque*, tomus quartus, P-Z, Neapoli, MDCCLX.
- HEINNECIUS, Joannes Gottlieb: *Recitaciones del Derecho civil* de Juan Heinecio, traducidas al castellano, anotadas y adicionadas considerablemente, por D. Luis de COLLANTES Y BUSTAMANTE, 5.ª edición, editorial Imprenta de Victorino León, Valencia, 1870.
- HEINNECIUS, Joannes Gottlieb: *Elementos del Derecho romano*, traducido del latín al castellano por D. José VICENTE, editorial Librería de D. Miguel Olamendi, Madrid, 1873.
- HERNÁNDEZ DE LA RUA, Vicente: *Lecciones de Derecho español*, Tomo segundo, Imprenta de Don Salvador Albert, Madrid, 1938.
- HERNÁNDEZ GIL, Antonio: «En defensa del Código civil», en *Revista de Derecho Privado*, Tomo XXXII, 1948, pág. 776 a 783.
- HERNÁNDEZ GIL, Antonio: *Derecho de obligaciones*, editorial centro de Estudios Universitarios Ramon Areces, Madrid, 1983.
- HERNÁNDEZ MORENO, Alfonso: «Mandato, poder y representación: una nueva lectura del art. 1716 C.C.» en *Revista Jurídica de Catalunya*, abril-junio 1980, año LXXIX-núm. II, págs. 101 a 173/373 a 445.
- HERNÁNDEZ MORENO, Alfonso: *El pago del tercero*, ed. Bosch, Barcelona, 1983.
- HERRERO PEREZAGUA, Juan Francisco: *La condena en costas. Procesos declarativos civiles*, José María Bosch editor, Barcelona, 1994.
- HIERONIMUS, Cagnolus: *In rubrica C. de transactio, en repetitionum seu commentariorum Iuris civilis*, Volumen septimo, Lugduni, MDLIII.
- HOENIGER, Heinrich: *Untersuchungen zum problem der gemischten verträge, I, die gemischten verträge in ihren grundformen*, Mannheim-Liepzig, 1910.
- HOSTIENSIS (Henrici de Segufio, Cardenal): *In primum Decretalium librum commentaria*, doctissimorum virorum quampluribus adnotationibus illustrata, Venetiis, MDLXXXI (edición anastática, Bottega d'Erasmus, Torino, 1965).
- HOYA COROMINA, José: Comentario al artículo 415 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, artículo 281 a 555, volumen II, Atelier editorial, Barcelona, 2000.
- HUC, Théophile: *Traité théorique et pratique de la cession de créances*, Paris, 1891.
- IGLESIAS, Juan: *Derecho romano*. Historia e instituciones, 1.ª reimpresión de la 11.ª ed., Editorial Ariel, S.A., Barcelona, 1994.
- JADO Y VENTADES, Rodrigo: *Derecho civil de Vizcaya, Comentarios a las Leyes del Fuero de Vizcaya*, Imprenta de la Casa de Misericordia, Bilbao, 1900.
- JEMOLO, A.C.: «Accertamento o negozio traslativo» en *Rivista di diritto civile*, 1972, parte seconda, pág. 105 a 107.
- JIMÉNEZ APARICIO, Emilio: «La transacción en el proceso contencioso-administrativo. Situación actual y perspectivas de futuro», en Cuadernos de Derecho Judicial, «Evitación del proceso», Escuela Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1998, págs. 213 a 231.
- JOURNAL DU PALAIS: *Répertoire Général contenant la jurisprudence de 1791 a 1850, l'histoire du droit, la législation et la doctrine des auteurs*, Tome douzième, Paris, 1850.
- JORDANO BAREA, Juan B.: «La causa en el sistema del Código civil español», en Estudios en Homenaje al Profesor Dr. José Luis Lacruz Berdejo, volumen primero, José María Bosch editor, S.A., Barcelona, 1992, pág. 457 a 476.
- JORDANO FRAGA, Juan: «Causa, motivo y fin del negocio», en *Anuario de Derecho civil*, 1949, 749 a 757.
- JÖRS, Paul y KUNKEL, Wolfgang: *Derecho privado romano*, edición totalmente refundida por Wolfgang Kunkel, traducción de la segunda edición alemana por L. PRIETO CASTRO, ed. Labor, reimpresión, 1965.
- KASER, M.: *Das römische Privatrecht*, 1, Munich, 1971.
- KRUEGER, Paulus: *Corpus Iuris Civilis*, volumen secundum, Codex Justinianus, Weidmann, 1989.
- LA GIOIA, Vito: (transazione - Transazione della lite fra attore e convenuto - Continuazione della lite fra attore e convenuto e il chiamato in garanzia impropria), en *Il monitore dei Tribunali*, 1963, pág. 743 a 746.
- LACRUZ BERDEJO, José Luis: *Elementos de Derecho Civil*, II, «Derecho de obli-

- gaciones», Volumen segundo, «Teoría general del contrato», segunda edición, José María Bosch, editor, S.A., Barcelona, 1987; Volumen tercero, «Contratos y cuasicontratos», con la colaboración de Agustín Luna Serrano y Jesús Delgado Echeverría, Librería Bosch, Barcelona, 1979.
- LAFAILLE, Héctor: *Derecho Civil*, Tomo VIII, Contratos, Vol. I, Ediar Soc. Anón. Editores, Buenos Aires, 1953.
- LALAGUNA, Enrique: «Los modos de adquirir la propiedad y los contratos de finalidad traslativa en el Derecho español», en *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1973, págs. 383 a 419.
- LANCELOTTI, Franco: «Vicende e natura della conciliazione giudiziaria», en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1981, pág. 844 a 855.
- LANCELOTTI, Franco: Voz «Conciliazione delle parti», en Enciclopedia del diritto, Giuffrè editore, 1966, pág. 397 a 417.
- LANFRANCI DE ORIANO: «De arbitris» en *Tractatum ex variis iuris interpretibus collectorum*, volumen III, Lugduni, MDXLIX.
- LARENZ, Karl: *Derecho de obligaciones* (versión española y notas de Jaime SANTOS BRIZ), Editorial Revista de derecho Privado, Madrid, 1958.
- LASARTE ÁLVAREZ, Carlos: *Principios de Derecho Civil*, T. III, 3.ª edición, ed. Trivium, Madrid, 1995.
- LASSO GAITE, Juan Francisco: *Crónica de la codificación española*, 4, Codificación civil, Volumen II, Ministerio de Justicia, Comisión General de Codificación, Gráficas Uguina, Madrid, 1979.
- LAUDISA, Luciana: «La contestazione della transazione» en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1990, pág. 413 a 456.
- LAURENT, François: *Principes de droit civil*, volume XXVIII, Bruxelles, Paris, 1878 y la versión italiana Principii di Diritto Civile, Volume XXVIII, Società Editrice Libreria, Milano.
- LENT: «Contributto alla dottrina dell'oggetto del proceso», traducción de Mandrioli, en *J.U.S.*, 1953, pág. 473 y ss.
- LEÓN ALONSO, José R.: Comentario al artículo 1.713 del Código civil, en *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, dirigidos por Manuel Albaladejo, tomo XXI, vol. 2.º, Editorial Revista de Derecho Privado, páginas 97 a 132.
- LEVI, Giulio: «Il valore della «res dubia» nell'accordo transattivo», en *Il monitor dei tribunali*, 1970, pág. 1183 a 1185.
- LEVY, Ernst: *Weströmisches Vulgarrecht. Das Obligationenrecht*, Hermann Böhlau Nachfolger, Weimar, 1956, pág. 131 a 157.
- LIEBMAN, Enrico Tullio: «Risoluzione convenzionale del proceso», en *Rivista di diritto processuale civile*, Volume IX, Parte I, 1932, pág. 260 a 293.
- LILLO PÉREZ, Enrique: «Los acuerdos patronal-sindicatos y la evitación del proceso laboral. Resultado de su aplicación. La intervención sindical previa en la resolución de conflictos y el papel de los servicios de mediación, arbitraje y conciliación administrativos», en *Cuadernos de Derecho Judicial*, «Evitación del proceso», Escuela Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1998, págs. 235 a 298.
- LISE, Pasquale de: «Requisiti formali della procura e del mandato a transigere», en *Diritto e giurisprudenza*, gennaio-febbraio 1962, pág. 272 a 280.
- LITEWSKI, Wieslaw: «L'admissibilité de la transaction en cours d'appel dans la procédure civile romaine», en *Revue internationale des droits de l'antiquité*, Bruxelles, 1964, pág. 233 a 253.
- LOIS ESTÉVEZ, José: La teoría del objeto del proceso, en *Anuario de Derecho civil*, 1949, pág. 607 a 627.
- LOMBARDO, Luigi Scavo: Voz «Buona fede (diritto canonico)», en Enciclopedia del diritto, Giuffrè, 1959, pág. 664 a 677.
- LÓPEZ, Gregorio: *Las siete partidas del sabio Rey D. Alonso el IX, con las variantes de más interés, y con la glosa del Lic. Gregorio López*, vertida al castellano y extensamente adicionada con nuevas notas y comentarios por D. Ignacio Sanpontos y Barba, D. Ramón Martí de Eixala y D. José Ferrer y Subirana, Tomo III, Imprenta de Antonio Bergnes y Cia., Barcelona, 1843.
- LÓPEZ BARBA, Elena M.ª: *El contrato de transacción. Su resolución por incumplimiento*. Ediciones Laborum, Murcia, 2001.
- LÓPEZ BURNIOL, Juan José: «Concepto, naturaleza y contenido del convenio regulador de las relaciones conyugales, paterno-filiales y patrimoniales» en *Convenios reguladores de las relaciones conyugales paterno-filiales y patrimoniales en las crisis del matrimonio*, Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1984, pág. 45 a 66.
- LÓPEZ DE HARO, Carlos: *El derecho de retención*, Editorial Reus, Madrid, 1921.
- LÓPEZ Y LÓPEZ, Ángel M.: Comentario al artículo 90 del Código civil, en *Matrimonio y divorcio, comentarios al Título IV del Libro primero del Código civil*, coordinados por José Luis Lacruz Berdejo, Segunda edición, Editorial Civitas, Madrid, 1994, pág. 969 a 991.
- LÓPEZ SIMÓ, Francisco: «Algunos problemas de la denominada «terminación anormal» del proceso civil», en *Cuestiones de Derecho procesal civil*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, Mayo, 1995.
- LORCA NAVARRETE, Antonio María (Dir.) y GUILARTE GUTIÉRREZ, Vicente (Coord.): *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, 2.ª edición, Editorial Lex Nova, Valladolid, 2000.
- LORENZEN, Ernest G.: «Cause and Consideration in the Law of Contracts», en *Yale Law Journal*, 28, 1919, págs. 621 a 646.
- LUCA, Johannes Baptistae de: *Tractatus de Officiis venalibus vacabilibus romanae curiae accessit alter tractatus ejudem actoria, de locis montium non vacabilium urbis, sumptibus* J.A. Cramer & P. Perachon, Coloniae allobrogum, MDCXCVII.
- LUCA, Johannes Baptistae de: *Theatrum veritatis et justitiae sive decisivi discursus*, Lugduni, MDCXCVII.
- LUNA SERRANO, Agustín: «La ineficacia de la transacción», en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, Tomo XXIII, Editorial Revista de Derecho Privado, pág. 107 a 150.
- LUNA SERRANO, Agustín: La transacción en *Elementos de Derecho Civil*, II, Derecho de obligaciones, vol. Segundo, Contratos y cuasicontratos. Delito y

- cuasidelito. José Luis LACRUZ BERDEJO, Francisco de Asís SANCHO REBULLIDA, Jesús DELGADO ECHEVARRÍA, Francisco RIVERO HERNÁNDEZ y Joaquín RAMS ALBESA, nueva edición revisada y puesta al día por Francisco RIVERO HERNÁNDEZ, Dykinson, Madrid, 1999.
- LUNA SERRANO, Agustín: «La función del Derecho y el ordenamiento jurídico», en *El derecho en la Facultad. Cuarenta años de la nueva Facultad de Derecho de Barcelona*, Marcial Pons, Universitat de Barcelona, Madrid, Barcelona, 2001, pág. 214 a 227.
- MAC CORMACK, Geoffrey: *Contractual theory and the innominate contracts*, en *Studio et documenta historiae et iuris*, Pontificia Universitas Lateranensis, Romae, 1985, pág. 131 a 152.
- MAFFEI, Giovanni Leonardo: «Appunti sulla natura iuridica della transazione», en *Diritto e Giurisprudenza*, Aprile 1959, pág. 306 a 309.
- MAFFEIS, Daniele: «Autonomía privada, formalismo voluntario e nullità del contratto», en *I contratti*, 4/1996, pág. 418 a 421.
- MAGAZZÚ, Andrea: Voz «Novazione (diritto civile)», en *Enciclopedia del diritto*, Tomo XXVIII, pág. 779 a 836.
- MAGDELAIN: *Le consensualisme dans l'Édit du prêteur*, 1958.
- MALUQUER DE MOTES, Carlos: *Derecho de la persona y negocio jurídico*, Bosch, Casa Editorial, S.A., Barcelona, 1993.
- MANDRIOLI, Crisanto: *Corso di diritto processuale civile*, II, Il processo di cognizione, Decima edizione, G. Giappichelli editore, Torino, 1995.
- MANRESA Y NAVARRO, José María: *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento civil*, Tomo V, quinta edición, Editorial Reus, S.A., Madrid, 1929.
- MANRESA Y NAVARRO, José María: *Comentarios al Código Civil español*, Tomo XII, 5.ª edición revisada por D. Lino Rodríguez-Arias Bustamante, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1951.
- MANTICA, Francesco: *Vaticanae lucubrationes de tacitis et ambiguis conventionibus*, tomus secundus, Romae, MDCIX.
- MARÍN LÓPEZ, Antonio: «Documentos públicos con fuerza ejecutiva y transacciones judiciales en los convenios de Bruselas de 1968 y Lugano de 1988» en *La revisión de los Convenios de Bruselas de 1968 y Lugano de 1988 sobre competencia judicial y ejecución de resoluciones judiciales: una reflexión preliminar española*, Marcial Pons, ediciones jurídicas y Sociales, S.A., Madrid-Barcelona, 1998.
- MARINA MARTÍNEZ-PARDO, Jesús: «La evaluación y liquidación del daño. Los artículos 20 y 38 de la Ley del Contrato del Seguro» en *Derecho de Seguros*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, junio 1995, pág. 329 y ss.
- MARINA MARTÍNEZ-PARDO, Jesús y LOSCERTALES FUERTES, Daniel (Coords.): *Ley de Enjuiciamiento Civil*, Sepin, Madrid, 2000.
- MARKESINIS, B.S.: «Cause and considerations: a study in parallel» en *Cambridge Law Journal*, 37 (1), April 1978, págs. 53 a 75.
- MÁRQUEZ MÁRQUEZ, Antonio: «El valor en aduana comunitario: el valor de transacción en la determinación de las bases imponibles», en *Impuestos. Revista de doctrina, legislación y jurisprudencia*, 1981, 6, pág. 136 a 150.
- MARTELLINO, Cesare: «Brevi note in tema di regime fiscale delle transazioni» en *Giurisprudenza di merito*, 1980, pág. 56 y 57.
- MARTÍ Y DE EIXALA, Ramón: *Tratado elemental del Derecho Civil romano y español*, Tomo segundo, Imprenta de Joaquín Verdaguier, Barcelona, 1838.
- MARTÍN BLANCO, José: «El concepto de situación jurídica en Karl Larenz. En torno al concepto de derecho subjetivo», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1950, tomo 188, pág. 670 a 704.
- MARTÍN CASALS, Miquel: «Comentario al artículo 321 de la Compilación de Catalunya», en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dirigidos por Manuel ALBALADEJO GARCÍA, t. XXX, Madrid, 1987.
- MARTÍNEZ LAFUENTE, Antonio: *Manual del Impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados*, Cuarta edición, Marcial Pons, 1996.
- MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO: «Breves notas para una teoría de los derechos subjetivos fundamentales», en *La Ley*, 1983, pág. 985.
- MARTY, Gabriel; RAYNAUD, Pierre y JESTAZ, Philippe:  
— *Droit Civil*, Tome II, 1er volume, Les sûretés, La publicité foncière, Sirey, Paris, 1987.  
— *Droit Civil*, Les obligations, Tome 2, Le régime, 2.ª édition, Sirey, Paris, 1989.
- MARTY, Gabriel y RAYNAUD, Pierre:  
— *Droit Civil*, Tome I, Introduction générale a l'étude du droit, Sirey, Paris, 1972.  
— *Droit Civil*, Les successions et les libéralités, Sirey, Paris, 1983.  
— *Droit Civil*, Les obligations, Tome 1, Les sources, 2.ª édition, Sirey, Paris, 1988.
- MARTORANO, Federico: «Presupposizione ed errore sui motivi nei contratti», en *Rivista di diritto civile*, 1958, I, pág. 68 a 108.
- MASSI, Antonio: voz «Novazione (diritto romano)», en *Enciclopedia del diritto*, páginas 767 a 773.
- MATTEUCCI, Antonio: «In tema di transazione su pretesa infondata», en *Giurisprudenza italiana*, 1968, Parte prima, Sezione I, pág. 1365 a 1370.
- MAUDOS VILLARROYA, Joaquín: «Nuevas tecnologías de transacción y demanda de dinero» en *Revista de Economía Aplicada*, 1995, 3, pág. 79 a 109.
- MAYNZ, Carlos: *Curso de Derecho romano*, traducido al español con la colaboración de varios profesores por Antonio José Pou y Ordinas, Tomos I y II, Jaime Molinas, editor, Barcelona, 1887.
- MAZZA, Marcellino: «Transazione e sentenza nelle obbligazioni collettive», en *Giurisprudenza completa della corte suprema di cassazione. Sezioni civile*, 1948, 3.º, pág. 73 y 74.
- MAZZA, Marcellino: «Brevi note in tema di transazione», en *Giurisprudenza italiana*, 1947, pág. 233 a 241.
- MAZZA, Marcellino: «Transazione e contratto a favore di terzo», en *Giurisprudenza italiana*, 1947, pág. 716.
- MAZEAUD, Henri, Léon et Jean: *Leçons de Droit Civil*, Tome troisième, cinquième édition par Michel de Juglart, Deuxième volume, Principaux contrats, 2.º partie: Baux d'habitation, baux ruraux, entreprise, mandat, prêt, dépôt, assurance, jeu, rente viagère, transaction, Éditions Montchrestien, Paris.

- MEDINA, León y MARAÑÓN, Manuel: *Leyes Civiles de España*, Novísima edición completamente refundida y considerablemente aumentada, Est. Tip. de los Hijos de Tello, Madrid, 1911.
- MEÍAS GÓMEZ, Juan Francisco: «Sistemas alternativos de resolución de conflictos», en Cuadernos de Derecho Judicial, «Evitación del proceso», Escuela Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1998, págs. 301 a 338.
- MELILLO, Generoso: *Il negozio bilaterale romano*, Liguore editore, Napoli, 1986.
- MELILLO, Generoso: Voce «Transazione (diritto romano)», en Enciclopedia del diritto, XLIV, Giuffrè editore, 1992, pág. 771 a 789.
- MELILLO, Generoso: *Contrahere, pacisci, transigere*, Liguore editore, Napoli, 1994.
- MELILLO, Generoso: «Modificabilità convenzionale dell'obligatio iudicati», en Studi in onore di Giuseppe Grosso, Volume secondo, Giappichelli, editore, Torino, pág. 299 a 313.
- MENÉNDEZ HERNÁNDEZ, José: *El impuesto sobre las transmisiones patrimoniales*, José María Bosch editor, Barcelona, 1996.
- MENOCHIUS, Iacobus: *De adipiscenda retinenda et recuperanda possessione*, Venetiis, MDCVI.
- MENOCHIUS, Iacobus: *De arbitrariis iudicium quaestionibus et causis*, Lugduni, MDCVI.
- MENOCHIUS, Iacobus: *Observationum legalium et iuridicarum, Mediolanei*, MDCXVII.
- MERINO HERNÁNDEZ, José Luis: Comentario al artículo 13 de la Compilación de Aragón en Comentarios civil y Compilaciones forales, dirigidos por Manuel ALBALADEJO, tomo XXXIII, vol. 1.º, Editorial Revista de Derecho Privado, pág. 166 y ss.
- MERLIN: *Recueil alphabétique de questions de droit*, tome seizième, H. Tarlier, libraire-éditeur, Bruxelles, 1830.
- MESÍA, Jacinto y POLEY, Manuel: *Sistema del Derecho romano actual por F.C. de Savigny*, traducido del alemán por Ch. Guenoux, Tomo V, Madrid, F. Gónzaga y Compañía de Editores, 1879.
- MESSINEO, Francesco: *Doctrina general del contrato*, ediciones jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1952.
- MICHEL, Gian Antonio: «Rinuncia alla pretesa e riconoscimento della pretesa nella dottrina italiana» en *Rivista di diritto processuale civile*, Volume XIV, Parte I, 1937, pág. 354 a 369.
- MIELE, Giovanni: «Potere, diritto soggettivo e interesse», en *Rivista di Diritto Commerciale*, 1944, I, pág. 114 a 128.
- MIGUEL TRAVIESAS, M.: «La renuncia» en *Revista General de legislación y jurisprudencia*, tomo 155, 1929, pág. 554 a 584.
- MINERVINI, Enrico: *Divisione contrattuale ed atti equiparati*, Napoli, 1990, 157, nt. 7. Codice civile anotato con la dottrina e la giurisprudenza, a cura di Pietro Perlingieri, Libro Quarto, Delle obbligazioni, Tomo II, art. 1470 a 2059, pág. 1607 a 1632.
- MINERVINI, Gustavo: «Transazione sull'azione civile stipulata da un compiuto e adesione dell'altro», en *Il foro penale*, 1942, pág. 587 a 592.
- MINERVINI, Gustavo: «Transazione e cessazione della comunione» en *Rivista del diritto commerciale e delle obbligazioni*, 1987, II, pág. 45 a 57.
- MINOLI, E.: «Solving disputes without civil suit or arbitration» en *Annuario di diritto comparato e di studi legislativi*, Terza serie, Vol. XLIV, pág. 266 a 284.
- MIQUEL, Joan: *Lecciones de Derecho romano*, Promociones Publicaciones Universitarias, Barcelona, 1984.
- MIQUEL, J.: *Instituciones de Derecho Privado romano*, Promociones Publicaciones Universitarias, Barcelona, 1986.
- MIQUEL, Joan: *Dret privat romà*, Marcial Pons, ediciones jurídicas, S.A., Madrid, 1995.
- MIQUEL GONZÁLEZ, José María: Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, cuaderno 0, núm. 7, enero - marzo, 1983, pág. 73 a 79.
- MIRABELLI, Giuseppe: *La rescissione del contratto*, Eugenio Jovene, Casa editrice, Napoli, 1962.
- MOLINA, Luis de: *Los seis libros de la justicia y el derecho*, traducción, estudio preliminar y notas de Manuel Fraga Iribarne, Tomo II, vol. I, Imprenta de José Luis Corano, (Biblioteca de Clásicos Jurídicos publicada por la Facultad de Derecho de Madrid), Madrid, MCMXLIII.
- MOLINA, María: Diccionario, editorial Gredos, S.A., Madrid, 1989.
- MOLINEUS, Carolus: *Omnia qua extant opera, tomus tertius, sumptibus Antonii Dezallier*, Parisiis, MDCLXXXI.
- MOLITOR, Erich y SCHLOSSER, Hans: *Perfiles de la Nueva Historia del Derecho Privado*, editorial Bosch, Barcelona, 1980.
- MONEVA Y PUYOL, Juan: *Introducción al Derecho hispánico*, Tercera edición, Editorial Labor, S.A., Barcelona, Madrid, Buenos Aires, Río de Janeiro, 1942.
- MONSERRAT VALERO, Antonio: *El procedimiento judicial sumario de ejecución hipotecaria (art. 131 Ley hipotecaria)*, ed. Aranzadi, Elcano, 1998.
- MONTECUCCHI, Massimo: «Caducità della transazione e teoria della presupposizione», en *Giurisprudenza di merito*, 1974, pág. 234 a 237.
- MONTERO AROCA, Juan: «Comentario a los artículos 1.º, 2.º y 3.º de la Ley de Arbitraje», en Comentario breve a la Ley de Arbitraje, Editorial Civitas, S.A., Madrid, 1990.
- MONTERO AROCA, Juan: «La cosa juzgada: conceptos generales» en Cuadernos de Derecho Judicial, Efectos jurídicos del proceso (Cosa Juzgada. Costas e intereses. Impugnaciones y jura de cuentas), dirigidos por Juan Montero Aroca, Madrid, septiembre 1995, pág. 67 a 109.
- MONTERO AROCA, Juan, ORTELLS RAMOS, Manuel y GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis: *Derecho Jurisdiccional*, II, Proceso civil, 1.º, José María Bosch editor, S.A., Barcelona, 1994.
- MONTERO AROCA, Juan; ORTELLS RAMOS, Manuel; GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis; MONTÓN REDONDO, Alberto: *Derecho Jurisdiccional*, II, Proceso civil, José María Bosch editor, Barcelona, 1995.

- MONTERO AROCA, Juan; ORTELLS RAMOS, Manuel; GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis; MONTÓN REDONDO, Alberto: *Derecho Jurisdiccional, I*, Parte General, 7.<sup>a</sup> edición, Tirant lo Blanch, Valencia 1997.
- MONTERO AROCA, Juan; GÓMEZ COLOMER, Juan Luis; MONTÓN REDONDO, Alberto y BARONA VILAR, Silvia: *Derecho jurisdiccional, II, Proceso Civil*, 9.<sup>a</sup> edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.
- MONTES PENADES, Vicente Luis: «Comentario al artículo 1.124 del Código civil» en *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, dirigidos por Manuel Albaladejo, tomo XV, vol. 1.<sup>o</sup>, pág. 1171 a 1255.
- MORALES MORENO, Antonio Manuel: «Intimidación, ausencia de causa, causa ilícita y culpabilidad de los contratantes» en *Anuario de Derecho civil*, 1988, páginas 607 a 618.
- MORALES MORENO: *El error en los contratos*, editorial CEURA, Madrid, 1988.
- MORENO CATENA, Víctor; CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín; GIMENO SENDRA, Vicente: *Introducción al Derecho Procesal*, Editorial Colex, Madrid, 1996.
- MORENO CATENA, Víctor: «Renuncia a la acción por transacción extrajudicial y desistimiento del recurso de apelación de algunos recurrentes. Sentencia del Tribunal Supremo de 21-3-1986.», en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 11, abril-agosto 1986, pág. 3591 a 3600.
- MORENO QUESADA, Bernardo, BUSTOS VALDIVIA, Ceferino y TRUJILLO CALZADO, M.<sup>a</sup> Isabel: *Derecho civil patrimonial*. Conceptos y normativa básica., Granada, 1995.
- MOREAU DE MONTALIN: *Analisi delle Pandette di Pothier* ossia dizionario ragionato delle dottrine contenute nel corpo del diritto romano, tradotto in italiano e copiosamente accresciuto negli articoli principali da Angelo LANCELOTTI, Giuseppe Antonelli, Venezia, 1833.
- MORETTI, Mimma: «Contratto di transazione e rapporti di diritto familiare» en *I contratti*, settembre-ottobre 1996, n. 5/1996, pág. 523 a 528.
- MOSCARINI, Lucio Valerio: «Gli atti equiparati alla divisione», en *Rivista trimestrale de diritto e procedura civile*, 1963, pág. 533 a 569.
- MOSCARINI, Lucio Valerio: *La transazione mista*, in Studi in onore di Francesco Santoro-Passarelli, III, Napoli, 1972.
- MOSCARINI, Lucio Valerio: Voz «Transazione», junto con CORBO, Nicola en *Enciclopedia giuridica*, 1990, (sin página dentro del volumen).
- MOUTÓN Y OCAMPO, Luis; ALIER Y CASSI, Lorenzo M.<sup>o</sup>; OLIVER RODRÍGUEZ, Enrique y TORRES BALLESTÉ, Juan: *Enciclopedia Jurídica Española*, Tomo Trigésimo, Francisco Seiz, editor, Barcelona, ... pág. 90 a 100.
- MOURLON, Frédéric: *Répétitions écrites sur le Code Civil*, Tome troisième, onzième édition, Garnier Frères, Libraires-Éditeurs, Paris, 1883.
- MOREAU DE MONTALIN: *Analisi delle Pandette di Pothier*, Volume unico, Editrice Giuseppe Antonelli, Venezia, 1833.
- MOXÓ RUANO, Antonio: «Notas sobre la naturaleza de la transacción», en *Revista de Derecho Privado*, Año XXXIV, núm. 402, septiembre 1950, páginas 673 a 694.
- MUÑOZ SABATÉ, Luis: «Inadmisión de la demanda y economía procesal. Comentario a los Autos de 3 y 16 de julio de 1973 del Juzgado de Primera Instancia n.º 6 de Barcelona», en *Revista Jurídica de Catalunya*, julio-septiembre de 1973, pág. 752 a 754.
- MUÑOZ SABATÉ, Luis: *Jurisprudencia arbitral comentada* (sentencias del Tribunal Supremo, 1891-1991), J.M. Bosch editor, S.A., Barcelona, 1992.
- MUÑOZ SABATÉ, Luis: «La Ley de Arbitraje: un campo sembrado de minas», en *Cuadernos de Derecho Judicial, Arbitraje, mediación y conciliación*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1995, pág. 193 a 211.
- MURILLO, Petrus: *Cursus juris canonici hispani, et indici*, in quo juxta ordinem titulorum decretalium, Matriti, MDCCXLIII.
- MURO MARTÍNEZ, José: *Códigos españoles y Colección Legislativa comprensiva de lo legislado con posterioridad a los Códigos, o sea Legislación general de España*, tomo I a VI, editorial Saturnino Gómez, Madrid, 1881.
- MURO MARTÍNEZ, José: *Las Siete Partidas Compendiadas y Anotadas*, editorial Mariano Muro López Salgado, Valladolid, 1875.
- NAVARRO TORRES, Mariano: «Limitaciones del principio de autonomía de la voluntad», en *Revista General del Derecho*, 1946, pág. 482 a 488.
- NEGRI, Alba: «Sul dolo incidente nella transazione», en *Responsabilità civile e della provvidenza*, Vol. XLIX, 1984, pág. 119 a 122.
- NICOLÒ, Rosario: «Il riconoscimento e la transazione nel problema della rinnovazione del negozio e della novazione dell'obbligazione», en *Racolta di scritti*, I, Giuffrè editore, Milano, 1980, pág. 384 a 465.
- NICOLÒ, Rosario: «Transazione e novazione», *Racolta di scritti*, II, Giuffrè editore, Milano, 1980, pág. 1321 a 1334.
- NOODT, Gerardi: *Ad edictum praetoris de pactis et transactionibus*. Liber singularis, en *Opera omnia*, III, apud Frates Terres, Neapoli, 1786, pág. 221 a 315.
- ODOFREDUS DE DENARIS: *Iuris utriusque peritissimi dicaerchi, in primam Codicis partem complectentem* (...), Lugduni, MDLII (edición anastática, Lectura Super Codice, I, en *Opera Iuridica Rariora, selecta cura et studio Dominici Maffei, Ennii Cortese e Guidonis Rossi*, Forni editore, Bologna, 1968).
- ODOFREDUS DE DENARIS: *In iure absolutissimi matura, diligentissimeque repetita interpretatio, in undecim primos Pandectarum libros, iuris candidatis, propter exemplorum* (quae rudiores movent) mirificam copiam, ufui maximo futura, Lugduni, MDL (edición anastática, Lectura Super Digesto veteri, I, en *Opera Iuridica Rariora, selecta cura et studio Dominici Maffei, Ennii Cortese e Guidonis Rossi*, Forni editore, Bologna, 1967).
- OGAYAR AYLLÓN, Tomás: *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, dirigidos por Manuel Albaladejo, Tomo XXII, Vol. 2.<sup>o</sup>, Artículos 1.809 a 1.821 y Ley de arbitrajes de Derecho Privado, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1979.
- OLEA, Alphonsus de: *Tractatus de cessione iurium et actionum, theoreticis et practicis utilissimus*, editio quinta, Lugduni, MDCLXIX.
- OLIVA SANTOS, Andrés de la: *Sobre la cosa juzgada civil contencioso-administrativa y penal, con examen de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Editorial Centro de estudios Ramon Areces, S.A., Madrid, 1991.

- OLIVA SANTOS, Andrés: «Límites temporales de la cosa juzgada civil» en Cuadernos de Derecho Judicial, Efectos jurídicos del proceso (Cosa Juzgada. Costas e intereses. Impugnaciones y jura de cuentas), dirigidos por Juan Montero Aroca, Madrid, septiembre 1995, pág. 427 a 447.
- OLIVA, Andrés de la y FERNÁNDEZ, Miguel Ángel: *Lecciones de Derecho Procesal*, I, Introducción, el proceso civil, sus tribunales y sus sujetos, Barcelona, 1984.
- OLIVA, Andrés de la y FERNÁNDEZ, Miguel Ángel: *Derecho Procesal civil*, II, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., Madrid, 1995.
- OLIVA SANTOS, Andrés de la; Díez-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio; VEGAS TORRES, Jaime; BANACLOCHE PALAO, Julio: *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Civitas, Madrid, 2001.
- OLIVA SANTOS, Andrés de la y Díez-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio: *Derecho procesal civil. El proceso de declaración. Conforme a la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil*. 2.ª edición. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., Madrid, 2001.
- OSSORIO, Manuel: *Diccionario de Ciencias Jurídicas, políticas y sociales*, Editorial Heliasta S.R.L., Buenos Aires, 1978, pág. 759.
- OSSORIO MORALES, Juan: *Lecciones de derecho civil*. Obligaciones y contratos (Parte general), tercera edición ampliada y puesta al día por Juan Miguel Ossorio Serrano, Granada, 1996.
- OYUELOS, Ricardo: *Digesto. Principios, doctrina y jurisprudencia referentes al Código civil español concordados con los códigos americanos y portugués*, Tomo VII (artículos 1.604 a 1.976), Cuerpo del Derecho español, Madrid, \*.
- PALAZZO A.: *La transazione*, en Trattato di diritto privato de P. Rescigno Obbligazioni e contratti, XIII, t. 5, UTET, Torino, 1985, ristampa, 1989, pág. 295 a 357.
- PALMA DEL TESO, Ángeles de: *Los acuerdos procedimentales en el Derecho Administrativo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.
- PALMIERI, Aniello: «Nota sulla transazione novattiva e la proroga del contratti agrari» en *Giurisprudenza agraria italiana*, gennaio 1978, parte II, pág. 241 a 245.
- PANORMITANI: (Nicolas Tudeschis), *Commentaria, secundae partis in Primum decretalium librum, tomus secundus, Venetiis, MDXCI*.
- PARMIGIANI, Stefano: «Conciliazione giudiziale. Risoluzione per inadempimento della convenzione relativa» en *Giurisprudenza completa della corte suprema di cassazione, Sezioni civili*, 1954, Serie II, pág. 694 a 699.
- PARPALIE, Thome: «In rubrica C. de transactio», en *Repetitionum seu commentariorum iuris civilis, Volumen septimo, Lugduni, MDLIII*.
- PAZ RUBIO, José M.ª; ACHAERANDIO GUIJARRO, Francisco Javier; DE ANDRÉS HERRERO, Asunción; ILLESCAS RUS, Ángel Vicente; PUENTE SEGURA, Leopoldo; SALGADO CARRERO, Celestino: *Ley de Enjuiciamiento civil comentada y con jurisprudencia*, La Ley, Madrid, 2000.
- PEDRAZ PENALVA, Ernesto: El proceso y sus alternativas, Cuadernos de Derecho Judicial; Arbitraje, mediación, conciliación, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1995, pág. 9 a 47.
- PEDREGAL Y CAÑEDO, Manuel: *Texto y comentarios al Código Civil español*, Tomo II, Imprenta de Enrique Maroto y Hermano, Madrid, 1889.
- PEGUERA, LUDOVICUS A.: *Decisiones aureae, in actu practico frequentes ex variis Sacri Regii Concilii Cathaloniae conclusionibus collectae*, t. II, Sebastiani Methavat, Barcinonae, 1611.
- PEIDRÓ PASTOR, Ismael y RODRÍGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE, Lino: «Teoría del deber jurídico y del derecho subjetivo», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1948, tomo 183, pág. 247 a 305.
- PELÁEZ DEL ROSAL, Manuel: *La competencia territorial en el proceso civil. El acuerdo de sumisión expresa*. Ariel, Barcelona, 1974.
- PELÁEZ DEL ROSAL, Manuel: «La sumisión expresa ¿figura anacrónica?», en *Revista Jurídica de Catalunya, número monográfico, La nova LEC (Llei 1/2000, de 7 de gener)*, 2001, 4, pág. 999 a 1028.
- PELÁEZ SANZ, Francisco J.: *La transacción*. Su eficacia procesal. Bosch, Casa editorial, S.A., Barcelona, 1987.
- PELLEGRINI, Francesco: voz «novación» en *Nuovo Digesto italiano*, T. VIII, 1940, pág. 1131 a 1139.
- PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, Carlos Mauro: *El arbitraje. La conciliación. Los modos anormales de terminación del pleito. (El desistimiento. La renuncia. El allanamiento. La transacción. La caducidad)*, Granada, 1991.
- PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS: «Causa ilícita y fraude de acreedores» en *Anuario de Derecho civil*, 1962, pág. 1086 a 1090.
- PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, Manuel: *El anteproyecto del Código civil español (1882-1888)*, Instituto Editorial Reus, madrid, 1965.
- PERA, Giuseppe: «Le rinunce e le transazione del lavoratore», en *Il Codice civile Commentario*, diretto da Piero Schlesinger, art. 2113, Giuffrè editore, 1990.
- PEREDA GÁMEZ, Francisco Javier: *Ejecución de condenas de dar, hacer y no hacer y liquidación de títulos ejecutivos en ejecución de sentencias*, en *Ejecución de Sentencias civiles (II)*. La vía de apremio, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1997.
- PÉREZ MARÍN, M. Ángeles: *El desistimiento en el proceso civil*, JM Bosch editor, Barcelona, 2001.
- PÉREZ MARTÍN, Antonio Javier: *Derecho de familia. Divorcio y separación de mutuo acuerdo. El procedimiento de modificación de medidas. Comentarios, texto legal, casos prácticos, jurisprudencia y formularios*, 2.ª edición, Lex nova, Valladolid, 1996.
- PÉREZ-CRUZ MARTÍN, Agustín: «Del poder de disposición del proceso civil», en *Instituciones del nuevo proceso civil*, Comentarios sistemáticos a la Ley 1/2000, volumen I, Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, Barcelona, 2000, pág. 157 y ss.
- PERLINGIERI, Pietro: *Remissione del debito e rinuncia al credito*, Casa editrice Dott. Eugenio Jovene, Napoli, 1968.
- PERLINGIERI, Pietro: *Codice civile annotato con la dottrina e la giurisprudenza a cura di Pietro Perlingieri*, tomo II, UTET.

- PESCATORE, G. y RUPERTO, C: *Codice civile annotato con la giurisprudenza della Corte Costituzionale, della Corte di Cassazione e delle giurisdizioni amministrative superiori, tomo II*, Giuffrè editore, Milano, 1987.
- PETERLONGO, Maria Emilia: *La transazione nel diritto romano*, Giuffrè editore, Milano, 1936.
- PETIT SEGURA, Miguel Ángel: *La doble venta y la doble disposición de una misma cosa*, ed. Signo, Barcelona, 1990.
- PETRUS DE BELLAPERTHICA (Jacobus de Ravanis): *Super prima parte Codicis*, (edición anastática, Lectura Super Codice, in Opera Iuridica Rariora, selecta cura et studio Dominici Maffei, Ennii Cortese e Guidonis Rossi, Forni editore Bologna, 1967).
- PICÓ I JUNOY, Joan: *El derecho a la prueba en el proceso civil*, J.M. Bosch editor, S.A., Barcelona, 1996.
- PICÓ I JUNOY, Joan: *Las garantías constitucionales del proceso*, J.M. Bosch Editor, S.A., Barcelona, 1997.
- PICÓ I JUNOY, Joan: «Los principios del nuevo proceso civil», en ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, Jaume (coordinador): *Instituciones del nuevo proceso civil. Comentarios sistemáticos a la Ley 1/2000*, volumen I, Economist & Jurist, Barcelona, 2000, págs. 29 a 66.
- PIETSCH: «Satisfaktion nach der litis contestatio», en ZSS.R., 1952, LXIX, 427 y ss.
- PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges: *Traité pratique de Droit Civil*, Tome XIV, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1934.
- POGGI, Renzo: «Riflesso probatori del contratto di transazione rispetto ai terzi», en *Giurisprudenza completa della corte suprema di cassazioni civile*, 1954, Serie II, pág. 393 a 395.
- POHLE, Rudolf: «Sobre la terminación del proceso civil por medio de la transacción», traducido por Víctor Fairén Guillén, en *Revista de Derecho Privado*, enero 1954, núm. 442, pág. 1 a 19.
- POLLOCK, Frederick, Sir: *Principles of Contract*, 13th. ed. by Sir Percy H. WINDFIELD, Stevens, London, 1950.
- POLO SÁNCHEZ, Eduardo: «Nuevas consideraciones sobre la transacción de la acción social de responsabilidad contra los administradores de las sociedades de capital» en Estudios en homenaje a Sánchez Calero, *Derecho de sociedades*, vol. II, McGrawHill, Madrid, 2002, pág. 1411 a 1436.
- PONT, Paul: *Explication théorique et pratique du Code Napoléon contenant l'analyse critique des auteurs et de la Jurisprudence*, Tome neuvième, commentaire-traité des petits contrats, Tome second, cautionnement, transactions, contrainte par corps, nantissement, Delamotte, administrateur du répertoire de l'enregistrement, Paris, 1867.
- POTHIER, Robert Josef: *Pandectae Justinianae in novum ordine Digestae*, Tomus secundus, Parisiis, ex Typis Doudey-Dupré, 1819.
- POTHIER, Robert Josef: *Oeuvres de Pothier* contenant les traités du droit, nouvelle édition mise en meilleur ordre et publiée par les soins de M. Dupin, tome onzième, Pichon-Béchet, Successeur de Béchet Aîné, Paris, 1827.
- POTHIER, Robert Josef: *Le Pandette di Giustiniano*, Volume I, Co'tipi di Antonio Bazzarini e C.<sup>a</sup>, Venezia, 1833.
- PRATO, Enrico del: *Il regolamento privati*, Giuffrè editore, Milano, 1988.
- PRATO, Enrico del: *La minaccia de far valere un diritto*, Padova, 1990.
- PRATO, Enrico del: *La transazione*, Giuffrè editore, Milano, 1992.
- PRIETO-CASTRO, Leonardo: «La defensa del demandado», en *Revista de Derecho Privado*, abril 1955, pág. 323 a 332.
- PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ, Leonardo: *Tratado de Derecho procesal civil, Proceso declarativo, proceso de ejecución*, 2.<sup>a</sup> edición, Aranzadi, Pamplona, 1985.
- PROSPERI, Francesco: «Transazione nei contratti agrari e competenza esclusiva delle sezioni specializzate agrarie» en *Giurisprudenza italiana*, 1984, I, 1, páginas 1287 a 1294.
- PUCINI, Lapo: «Note sull'oggetto della transazione» en *Giurisprudenza italiana*, 1957, I, 2, pág. 89 a 96.
- PUCINI, Luigi: *Contributo allo studio dell'accertamento privato*, Giuffrè editore, Milano, 1958.
- PUFFENDORF, Samuel A: *De jure naturae et gentium*, tomo I y II, Frankfurt und Leipzig, 1759, Minerva G.M.B.H., Frankfurt, 1967.
- PUGLIATTI: *Della transazione*, en Commentario del codice civile dirigido por Mariano d'Amelio y Enrico Finzi, Libro delle obbligazioni, II, G. Barbera editore, Firenze, 1949.
- PUGLIESE, Giovanni: *Istituzioni di Diritto romano*, Terza edizione, G. Giappichelli editore, Torino, 1991.
- PUGLIESE, Giovanni: Voz «giudicato civile (storia)», en *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè editore, 1992, Tomo XVIII, pág. 727 a 785.
- PUGLIESE, Giovanni: Voz «giudicato civile (diritto vigente)», en *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè editore, 1992, Tomo XVIII, pág. 785 a 893.
- PUIG BRUTAU, José: *Fundamentos de Derecho civil*, Tomo II, Volumen II, Contratos en particular, enriquecimiento injusto, responsabilidad civil, Bosch, Casa editorial, Barcelona, 1956.
- PUIG I FERRIOL, Lluís y ROCA I TRIAS, Encarna: *Institucions del Dret civil de Catalunya*, Bosch, Casa editorial, Barcelona, 1988.
- PUIG I FERRIOL, Lluís i ROCA I TRIAS, Encarna: *Institucions del Dret Civil de Catalunya, Part general, obligacions i contractes, Drets reals, Persona i familia*, Tirant lo Blanch, València, 1995.
- PUIG FERRIOL, Lluís: *Comentarios a la Ley de Arbitraje, Ley 36/1988, 5 de diciembre*, comentario al artículo 2.º, Tecnos, Madrid, 1991, pág. 31 a 47.
- PUIG PEÑA, Federico: *Tratado de Derecho Civil español*, Tomo IV, «Obligaciones y contratos», Volumen II, «De los contratos en particular y demás fuentes de la obligación», Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1951.
- PUIG PEÑA, Federico: *Compendio de Derecho Civil español*, Tomo IV, «Contratos», 2.<sup>a</sup> edición, revisada y puesta al día), Editorial Aranzadi, Pamplona, 1972.
- QUESADA, Antonius: *Diversarum quaestionum iuris liber*, Salmanticae, MDLXXIII.
- QUESADA, Corona: *Derecho de familia, Diccionario práctico de jurisprudencia*, Vol. I, PPU, Barcelona, 1992.
- RAMONIO, Iosepho: *Consiliarum una cum sententiis et decisionibus Audientiae Regiae Principatus Cataloniae*, primi volumen, Barcinonae, 1628.

- RAMONIO, Iosepho: *Decisiones et reliqua in super responsa, ac vota decisiva*, Parmae, MDCXCV.
- RAMOS MÉNDEZ, Francisco: *Derecho procesal civil* (Quinta edición), tomo I, José María Bosch Editor, S.A., Barcelona, 1992.
- RAMOS MÉNDEZ, Francisco: «Medidas alternativas a la resolución de conflictos por vía judicial en el ámbito patrimonial», en *Iuris*, núm. 4, 1995, pág. 135 a 147.
- RAMOS MÉNDEZ, Francisco: *El sistema procesal español*, José María Bosch editor, Barcelona, 1997.
- RAMOS MÉNDEZ, Francisco: *Guía para una transición de la LEC*, José María Bosch editor, Barcelona, 2000.
- RASCÓN GARCÍA, César: *Manual de Derecho romano*, 2.ª edición, tecnos, Madrid, 1996.
- REDENTI, Enrico: *Diritto processuale civile*, a cura di Mario Vellani. 2, Il processo ordinario di cognizione. IL Procedimento di primo grado. Il sistema delle impugnazioni, Quarta edizione, Giuffrè editore, Milano, 1997.
- REFERZA, Pietro: «Transazione novativa e surroga dell'assicuratore sociale», en *Rassegna di diritto civile*, 1985, pág. 531 a 538.
- REGLERO CAMPOS, L. Fernando: *El arbitraje (el convenio arbitral y las causas de nulidad del laudo en la ley de 5 de diciembre de 1988)*, Editorial Montecorvo, S.A., Madrid, 1991.
- RESCIGNO, Pietro: Voz «novazione», en *Novissimo Digesto Italiano*, tomo XI, páginas 431 a 438.
- RESCIGNO, Pietro: *Trattato di Diritto Privato, Obbligazioni e Contratti*, ed. UTET, Turín, 1986.
- ROCA MARTÍNEZ, José María: *Arbitraje e instituciones arbitrales*, José María Bosch editor, S.A. Barcelona, 1992.
- ROCA TRÍAS, Encarna: Comentario al artículo 90 del Código civil en *Comentarios a las reformas del derecho de familia*, volumen I, Tecnos, Madrid, 1984, páginas 536 a 571.
- ROCA TRÍAS, Encarna: Comentario a la sentencia TS 4 de diciembre de 1985: Impugnación de transacción sobre cuestiones patrimoniales derivadas de matrimonio, en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, número 10, enero-marzo 1986, ref. 258, págs. 3253 a 3262.
- RODRÍGUEZ ADRADOS, Antonio: *Cuestiones de técnica notarial en materia de actas*, Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España, Consejo General del Notariado, Madrid, 1988.
- RODRÍGUEZ ARIAS BUSTAMANTE: *La tutela*, Barcelona, 1954.
- RODRÍGUEZ ARIAS BUSTAMANTE, Lino: *Derecho de obligaciones, según los Códigos civiles y la Jurisprudencia española y panameño*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1965.
- ROMANO, Francesco: «Aspetti del procedimento transattivo sotto el profilo della pretesa temeraria», en *Rivista di diritto processuale civile*, 1960, pág. 605 a 643.
- ROMANO, Salvatore: Voz «buona fede (Diritto privato)», en *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, 1959, pág. 677 a 699.
- ROSA, Mario de: «Eccesione di transazione e giudizio di determinazione del danno», en *Giurisprudenza italiana*, 1974, Parte prima, sezione 1, 1935.
- ROSENBERG: *Tratado de Derecho Procesal civil*, traducida al castellano, Buenos Aires, 1955.
- ROTONDI, Enrico: *La transazione nella giurisprudenza*, Milano-giuffrè, 1993, 8.º, Milano, 1993.
- ROUSSIER, J.: «Satisfacere» en *Studi in onore di Pietro de Francisci*, Giuffrè editore, Milano, 1956, pág. 115 a 157.
- ROZAS VALDÉS, José Andrés: «La deficiente eficacia del conflicto», en *Revista Española de Derecho Financiero*, n.º 84, 1994.
- RUBIO GIMENO, Gemma: *El derecho litigioso: cesión y retracto*, McGraw-Hill, Madrid, 1995.
- RUGGIERO, Roberto de: *Instituciones de Derecho civil*, traducción de la cuarta edición italiana, Editorial Reus, Madrid, 1931.
- RUIZ-RICO RUIZ, José Manuel: «El error en la transacción», en *Anuario de Derecho Civil*, Tomo XLIV, fascículo III, julio-septiembre de 1991, pág. 1093 a 1198.
- RUIZ DE GORDEJUELA LÓPEZ, Lourdes: «La transacción», en Cuadernos de Derecho Judicial, Arbitraje, mediación y conciliación, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1995, pág. 175 a 192.
- SALA I BANYULS, Juan (o Joannes Sala): *Digestum Romano-Hispanum ad usum tironum hispanorum ordinatum*, 3.ª edición, Typographia Regia, Madrid, 1832.
- SALVAT, Raymundo: *Tratado de Derecho civil argentino*, obligaciones en general, sexta edición actualizada con textos de doctrina, legislación y jurisprudencia por Enrique V. Galli, III, Tipográfica editora argentina, Buenos Aires, 1956.
- SANAHUJA, J. M.ª: «Consideraciones sobre la naturaleza del contrato de transacción y principales cuestiones que plantea», en *Revista de Derecho Privado*, Tomo XXIX, enero-diciembre 1945, pág. 230 a 239.
- SÁNCHEZ Y MARCOS, Paloma: «Permuta, adjudicación en pago, transacción y renta vitalicia», en *Contratos sobre acciones*, Consejo General de los Colegios Oficiales de Corredores de Comercio, Madrid, 1994.
- SÁNCHEZ-BLANCO Y SÁNCHEZ-BLANCO, Jaime: «Onerosidad, gratuidad y causa», en *Revista de Derecho Privado*, enero-diciembre de 1952, pág. 476 a 510.
- SÁNCHEZ-COVISA VILLA, Joaquín: «La intervención del Ministerio Fiscal en la transacción penal. Transacción penal y juicios rápidos. Experiencia en los juzgados de Madrid» en Cuadernos de Derecho Judicial. «Evitación del proceso», Escuela Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1998, págs. 341 a 361.
- SÁNCHEZ ROMÁN, Felipe: *Estudios de Derecho Civil*, Tomo cuarto, Derechos de obligaciones, Derecho de la contratación, 2.ª edición, corregida y aumentada, Est. Tipográfico «Sucesores de Rivadeneyra», Madrid, 1899.
- SÁNCHEZ DE MOLINA BLANCO, José: *El Derecho Civil español (en forma de Código)*, Imprenta de D. J.L. Vizcaino y de D. Manuel Minuesa, Madrid, 1871.
- SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís: Comentario a los artículos 1.203 y siguientes en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dirigidos

- por Manuel ALBALADEJO, tomo XVI, artículo 1.156 a 1.213, EDERSA, Madrid, 1980, págs. 498 y ss.
- SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís: *La novación de las obligaciones*, ediciones Nauta, Barcelona, 1964.
- SANTARSIERE, Vittorio: «Ratifica del contratto e ricerca dell'oggetto della transazione: modalità», en *Archivio civile*, 1989, pág. 45.
- SANTI FRASCAROLI, Elena: «Concordato stragiudiciale, transazione e negozio di accertamento», en *Diritto fallimentari e delle società commerciali*, gennaio-febbraio 1980, I, pág. 458 a 480.
- SANTINI, Gerardo: «Sui limite del «dovere di pace» del giudice (conciliazione giudiziale e annullamento per violenza)» en *Temi - Rivista di giurisprudenza italiana*, 1968, pág. 237 a 248.
- SANTORO-PASSARELLI, Francesco: «Nozione della transazione», en *Rivista di diritto civile*, Anno II, 1956, pág. 303 a 313.
- SANTORO-PASSARELLI, Francesco: «L'accertamento negoziale e la transazione», en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1956, pág. 1 a 26.
- SANTORO-PASSARELLI, Francesco: «Sull'invalidità delle rinunzie e transazioni del prestatore di lavoro», in *Saggi di diritto civile*, Casa editrice Dott. Eugenio Jovene, 1961, pág. 1125 a 1129.
- SANTORO-PASSARELLI, Francesco: «La mala fede nella transazione di lite temeraria» en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1963, pág. 10 a 15.
- SANTORO-PASSARELLI, Francesco: *La transazione*, Segunda edizione, Casa editrice Dott. Eugenio Jovene, Napoli, 1975.
- SANTORO-PASSARELLI, Francesco: *L'omologazione della transazione*, en *Libertà e autorità nel diritto civile*, Altri saggi, Padova, 1977.
- SANTOS BRIZ, Jaime: *Código civil, doctrina y jurisprudencia*, Tomo VI, Artículos 1.604 a 1.976. Dirección, coordinación, selección de la jurisprudencia, índices y bibliografía de José Luis Albácar López, Trivium editorial, Madrid, 1991.
- SANTOS BRIZ, Jaime: *Derecho civil, Teoría y práctica*, Tomo IV, Derecho de obligaciones, Los contratos en particular, Editorial Revista de Derecho Proivado, Madrid, 1973.
- SARGENTI, Manlio: «Labeoni: la nascita dell'idea di contratto nel pensiero giuridico romano», en *Iura, Rivista internazionale di diritto romano e antico*, XXX-VIII, editore Jovene, Napoli, 1987.
- SASSI, Andrea: «Clausule limitative della copertura assicurativa e annullabilità di transazione su pretesa temeraria» en *Il foro padano*, 1991, I, pág. 304 a 306.
- SAVIGNY: *Storia del Diritto romano nel medio evo*, volume secondo, parte prima, Vincenzo Batelli e Compagni, Firenze, 1844; parte seconda, Vincenzo Batelli e Compagni, Firenze, 1845.
- SAVIGNY: *Sistema del Derecho romano actual*, traducido del alemán por M. Ch. Guenoux, vertido al castellano por Jacinto Mesía y Manuel Poley, Tomo V, F. Góngora y compañía, editores, Madrid, 1879.
- SCHWAB: *El objeto litigioso en el proceso civil*, traducido por Tomás A. Banzahf, Buenos Aires, 1968.
- SCHIAVONE, Aldo: Voz «Transazione (Diritto romano)», en *Novissimo Digesto Italiano*, XIX, Unione tipografica-editrice torinese, 1957, pág. 477 a 481.
- SCHIAVONE, Aldo: *Studi sulle logiche dei giuristi romani. Nova negotia e transactio da Labeone a Ulpiano*, Casa editrice Dott. Eugeni Jovene, Napoli, 1971.
- SCHIZZEROTTO, Gianni: «Arbitrato e transazione», en *Giurisprudenza italiana*, 1969, Parte prima, Sezione I, pág. 1195 y 1196.
- SCHIZZEROTTO, Gianni: «A proposito di distinzioni fra arbitrato rituale e arbitrato libero», en *Giurisprudenza italiana*, 1962, I, 1, pág. 1119 y 1120.
- SCHLESINGER, Pietro: Commentario ala sentenza 21 febbraio 1957, en *Il Foro italiano*, 1957, Parte prima, pág. 1672 a 1674.
- SCHULZ, Fritz: *Storia della giurisprudenza romana*, Sansoni, Firenze, 1948.
- SEgni M.: «Natura della transazione e disciplina dell'errore e della risoluzione», en *Rivista di Diritto civile*, maggio-giugno 1982, I, pág. 250 a 290.
- SENA, Angela de: «Considerazioni in tema di divisione transativa», en *Vita notarile*, Gennaio-aprile 1973, pág. 877 a 880.
- SERAFINI, Leone: «Transazione novativa e sussistenza del rapporto agrario», en *Giurisprudenza agraria italiana*, maggio 1984, n. 5, pág. 614 a 615.
- SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel: «Litispendencia», en *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, 1969, núm. 3.
- SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel: «Comentario al art. 1.252 del Código civil» en *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por Manuel ALBALADEJO, t. XVI, vol. 2, EDERSA, Madrid, 1991.
- SMITH AND THOMAS: *A Casebook on Contracts*, 10th ed., Sir J.C. SMITH, Sweet & Maxwell, London, 1996.
- SOLAZZI, Siro: *Transazione e stipulatio aquiliana nei giuristi e nei papiri*, en *Studia et documenta historiae et iuris*, 1939, pág. 479 a 483.
- STEFANO, Giuseppe de: «L'oggetto del processo in un libro recente di Walter J. Habscheid», en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1957, pág. 327 a 338.
- STOLFI, Giuseppe: *La transazione*, Stabilimento industrie editoriali meridionali, Napoli, 1931.
- STOLFI, Giuseppe: «Natura giuridica del negozio di accertamento» en *Rivista di diritto processuale civile*, Volume X, Parte I, 1933, pág. 132 a 177.
- STURM, Fritz: *Stipulatio aquiliana*. Textgestalt und Tragweite der Aquilianischen Ausgleichsquittung im Klassischen Römischen Recht, C.H. Beck'sche verlagsbuchhandlung, München, 1972.
- STURM, Fritz: «La condictio ob transactionem», en *Studi in onore di Cesare Sanfilippo*, III, Dott. A. Giuffrè editore, 1983, pág. 627 a 660.
- TALAMANCA, Mario: *Istituzioni di diritto romano*, Giuffrè editore, Milano, 1990.
- TALASSANO, Francesco: «La res dubia nella transazione», en *Il Monitore dei Tribunali*, 1953, pág. 147 y 148.
- TAPIA FERNÁNDEZ, Isabel: «Transacción y cosa juzgada. Legitimación de los Colegios Profesionales (Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.ª) de 20 de abril de 1989)», en *Revista General de Derecho*, enero-febrero 1990, pág. 49 a 62.

- TAPIA FERNÁNDEZ, Isabel: «Efectos objetivos de la cosa juzgada» en Cuadernos de Derecho Judicial, Efectos jurídicos del proceso (Cosa Juzgada. Costas e intereses. Impugnaciones y jura de cuentas), dirigidos por Juan Montero Aroca, Madrid, septiembre 1995, pág. 163 a 225.
- TIRADO SUÁREZ, Francisco Javier: Comentario al artículo 38 de la Ley del Contrato de Seguro, en Comentarios al Código de Comercio y legislación mercantil especial, tomo XXIV, EDESA, 1984.
- TORRALBA, Vicente: «Causa ilícita: exposición sistemática de la jurisprudencia del Tribunal Supremo», en *Anuario de Derecho civil*, 1966, pág. 661 a 708.
- TORRALBA, Vicente: *Lecciones de Derecho civil*, Volumen 2, Impreso en Diagràfic, Barcelona, 1984.
- TORRENT, Armando: *Manual de Derecho Privado Romano*, Neo ediciones, S.A., Madrid, 1993.
- TREGGIARI, Ferdinando: Voz «transazione (diritto intermedio)» en Enciclopedia del diritto, XLIV, Giuffrè editore, 1992, pág. 790 a 813.
- TREITEL, G.H.: *An outline of the law of contract*, 2nd. ed., London, 1979.
- TRESCA, Ruggero: «Prova della transazione», en *Giurisprudenza completa della corte suprema di cassazione*, 1951, Serie II, pág. 360 a 362.
- TROPLONG: *Le Droit Civil expliqué suivant l'ordre des articles du Code, Du cautionnement et des transactions*, Tome dix-septième, Charles Hingray, libraire-éditeur, Paris, 1846.
- URCEOLUS, Josephus: *Consultationes forenses, rerum practicabilium et iudicatarum*, pars secunda, Genevac, MDCLXXXVI.
- URCEOLUS, Josephus: *Tractatus de transactionibus in quinque partes divisus*, Genevae, MDCCIX.
- VALERON, Emanuel Roman: *Tractatus de transactionibus*, in quo integra transactionum materia, theoreticè, ac practicè, ingenti studio, & iusta methodo collecta, & exposita continetur. Editio nova accuratior. Coloniae allobrogum, MDCCLVIII.
- VALSECCHI, Emilio: «In tema di transazione. I.- Intorno alla natura della transazione», en *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, anno XLVIII, parte prima, Casa editrice dottor Francesco Vallardi, Milano, 1950, pág. 453 a 483.
- VALSECCHI, Emilio: «Transazione e negozio d'accertamento», en *Rivista di diritto commerciale*, 1944, I, pág. 181 a 213.
- VALSECCHI, Emilio: «Transazione giudiziale, risoluzione per inadempimento e novazione», en *Foro italiano*, 1952, I, pág. 883.
- VALSECCHI, Emilio: «Ancora sulla natura della transazione», en *Scritti Giuridici in onore di A. Scialoja*, III, Bologna, 1953, pág. 608 y ss.
- VALSECCHI: «Il giuoco e la scommessa: la transazione», Volumen XXXVII, Tomo II del *Trattato di Diritto civile e commerciale Cicu-Messineo*, Milano, 1986, especialmente a partir de la pág. 184.
- VALVERDE Y VALVERDE, Calixto: *Tratado de Derecho Civil español*, Tomo III, Parte especial, «Derechos personales o de obligaciones», Casa editorial Cuesta, Valladolid-Madrid, 1913.
- VATTIER FUENZALIDA, Carlos: *Observaciones críticas en tema de derecho subjetivo*, en *Anuario de Derecho Civil*, 1981, pág. 3 a 39.
- VÁZQUEZ GUNDÍN, Eugenio: *Código Civil de Quintus Mucius Scaevola* (pseudónimo de Pedro de Apalategui), Tomo XXVIII, Artículos 1.790 a 1.856, II, De las transacciones y compromisos, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1953.
- VÁZQUEZ IRUZUBIETA, Carlos: *Doctrina y Jurisprudencia del Código civil*, EDESA, Madrid, 1988.
- VECCHIONE R.: «Divagazione sulla transazione e sull'accertamento negoziale», en *Giurisprudenza italiana*, 1960, Parte prima, sezioni 1, pág. 1035 a 1040.
- VÉLEZ SANSFIELD, Dalmacio: *Código civil de la República de Argentina, Códigos y leyes usuales de la república de Argentina*, editorial Lajouame, Buenos Aires, 1958.
- VICENZI AMATO, Diana: *Gli alimenti. Struttura giuridica e funzione sociale*, Giuffrè editore, Milano, 1973.
- VICENTE Y CARAVANTES, José de: *Tratado histórico, crítico filosófico de los procedimientos judiciales en materia civil, según la nueva ley de enjuiciamiento*, Madrid, 1856.
- VIGELLI, Nicolai: *Methodus universi iuris civilis absolutissima*, in partes septem distributa, sumptionibus Ludovici regis, bibliopol., Francofurti, MDCXXXVIII.
- VIGELLI, Nicolai: *Methodus iuris controversi*, in sex libros distincta, nunc de novo autore recognita, Moguntiae, MDCLII.
- VILLA, Lorenzo: «Novazione», en *Vita notarile*, Luglio-ottobre 1986, pág. 914 a 929.
- VILLAGRASA ALCAIDE, Carlos: *Matrimonio civil y reserva mental*, EUB, Barcelona, 1996.
- VILLAGRASA ALCAIDE, Carlos y VALL RIUS, Ana M.: «La mediación familiar: una nueva vía para gestionar los conflictos familiares», en *La Ley*, 9 de mayo de 2000, pág. 1 a 7.
- VILLAGRASA ALCAIDE, Carlos y VALL RIUS, Ana M.: «La mediación familiar en Cataluña: análisis sistemático de la Ley 1/2001, de 15 de marzo», en *La Ley*, 9 de julio de 2001, pág. 1 a 9.
- VILLAR Y ROMERO, José M.ª: *Derecho Civil*, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1943.
- VILLAUME, F.: *Commentaire analytique du Code Napoléon*, Cotillon et Durand, Libraire, Paris, 1855.
- VINNIO, Arnaldo: *De transactionibus tractatus*, en *Tractatus quinque, nempe de pactis, jurisdictione, collationibus, transactionibus et quaestionibus juris selectis, cum indicibus locupletissimis. Quibus additae sunt sim. Vinni A. F. Orationes, editio novissima prioribus emendatior, ex typographia Balleonia-na, Venetiis, MDCCLXXX.*
- VISALLI, Nicolò: «Considerazioni in tema di transazioni», en *Il Foro italiano*, 1959, Parte IV, pág. 111 a 122.
- VISALLI, Nicolò: *La transazione*, Parte quinta, en *Sequestro convenzionale, fideiussione, mandato di credito, anticresi, transazione, cessione dei beni ai creditori, Giurisprudenza sistematica civile e commerciale*, Seconda edizione, UTET, 1980.

- VISKY, Karoly: «Les règles du droit romain relatives aux transactions judiciaires à la fin de l'époque classique», en *Index*, 1983-1984, XII, pág. 87 a 105.
- VITERBO, Camillo: «La «res dubia» e la lite nella transazione» en *Rivista di diritto processuale civile*, 1937, Volume XIV, Parte I, pág. 220 a 246.
- VITERBO, Camillo: «Ancora sulla res dubbia e la lite incerta nella transazione», en *Rivista di diritto processuale*, 1947, Volume II, parte I, pág. 125 a 129.
- VITERBO, Camillo: Voz «Novación» en *Digesto delle Discipline Privatistiche*, Sezione civile, Tomo XII, 1995, pág. 280 a 292.
- VIZIOZ, Henri: Jurisprudence française en matière de procédure civile, en *Revue trimestrielle de droit civil*, 1948, pág. 93 a 101.
- VOCI, Pasquale: *Istituzioni di diritto romano*, Giuffrè editore, Milano, 1996.
- VOET, Johannis: *Commentarius ad Pandectas*, editio nova multis mendis expurgata, cura et studio A. Drevon, Tomus primus, Parisiis, 1827.
- VOET, Johannis: *Commentariorum ad Pandectas*, in quo praeter romani juris principia ac controversias illustriores, jus etiam hodiernum & praecipuae Fori quaestiones excutiuntur, tomus primus, Coloniae allobrogum, MDCCLVII.
- VOLTERRA, Eduardo: *Instituciones de Derecho privado romano*, traducción, prólogo y notas a la edición española de Jesús Daza Martínez, Editorial Civitas, S.A., Madrid, 1986.
- VON TUHR, Andreas: *Tratado de las obligaciones*, traducción al español de W. Roces, Madrid, 1934.
- VON TUHR, Andreas: *Derecho civil. Parte general* (traducido por Wenceslao Roces), México, 1945.
- VOZ «componimento» en *Enciclopedia italiana*, Ristampa fotolitica del Volume XI, pubblicato nel 1929, pág. 4.
- VOZ «exigir» del *Diccionario crítico etimológico castellano e hispánico*, por Joan COROMINAS, Editorial Gredos, Madrid, 1984, pág. 824.
- VUILLAUME, F.: *Commentaire analytique de Code Napoléon*, Cotillon, Libraire, Paris, 1855.
- WILSON, John Furness: *Principles of the Law of Contract*, Sweet Maxwell, London, 1957.
- WINDSCHEID, Bernardo: *Diritto delle Pandette*, Volume secondo, Unione Tipografico-Editrice torinese, Torino, 1930; *Diritto delle pandette*, traducción de Fadda y Bensa, I y II, Torino, 1925, pág. 202 a 210.
- XIOL RÍOS, Juan Antonio: «Técnicas de evitación del proceso contencioso-administrativo» en Cuadernos de Derecho Judicial. «Evitación del proceso», Escuela Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1998, páginas 365 a 400.
- ZACHARIE VON LINGENTHAL: *Manuale del Diritto Civile Francese* di Zachariae Von Lingenthal rimaneggiato da Carlo Crome, traduzione con note del Prof. Ludovico Barassi, Volume secondo, Società editrice Libreria, Milano, 1907.
- ZANINI, Antonio: «Transazione e arbitrato nelle controversie per i licenziamenti dopo la legge n. 300 del 1970», en *Il diritto del lavoro*, 1970, I, pág. 377 a 392.
- ZOESH, Henrici: *Commentarius ad Digestorum seu pandectarum*, editio iovanensis quarta, Lovanii, MDCCXVIII.