

El contrato de transacción: principales líneas de su evolución histórica

SILVIA TAMAYO HAYA

SUMARIO: 1. *La transacción en Derecho romano*: 1.1 Primeros atisbos de transacciones. El pacto como instrumento de paz. 1.2 Continuidad del pacto al que podía agregarse alguna estipulación en la época clásica. 1.3 La transacción y los contratos innominados en la época posclásica. 1.4 Etapa justiniana: la *conventio* en la base de la transacción.– 2. *Etimología*.–3. *La transacción en la doctrina intermedia*: 3.1 La sociedad germánica y el Alto Medievo. 3.2 La transacción en el Derecho común.–4. *La transactio–contractus en la jurisprudencia civilística de los siglos XVI–XVII. La escuela culta*.–5. *La Codificación*.

1. LA TRANSACCIÓN EN DERECHO ROMANO

1.1 PRIMEROS ATISBOS DE TRANSACCIONES. EL PACTO COMO INSTRUMENTO DE PAZ

Si bien hoy dejamos fuera de toda duda la utilidad y relevancia práctica de la transacción, por contra, no es éste un aspecto que ha resurgido en nuestro tiempo sino que ya en la antigua Roma no pasó desapercibido y numerosos pronunciamientos se decantaron en este sentido.

En aquella época, la organización de la *gens* se producía en torno a un jefe militar y religioso, el *pater gentis*, que solucionaba cualquier tipo de controversia que se suscitaba entre los miembros asistido del Consejo de *pater familias*. Eran éstos los que en un primer momento tenían la facultad de vengarse o de acomodarse al medio de una composición voluntaria inmediata. Sin embargo, las

partes podían desear hacer la paz, sin necesidad de renunciar a todos sus derechos.

Efectivamente, como ocurre en la actualidad, en aquel ordenamiento, la parte que veía lesionado su derecho tenía potestad para accionar las vías procesales pertinentes con el fin de hacer valer en juicio su derecho; pero ante tal situación, les cabía también la posibilidad alternativa de obviar esta vía llegando a una solución amigable mediante concesiones recíprocas de sus derechos: uno prometía la cesación de hostilidades, mientras que la otra renunciaba a su acción criminal mediante una composición convenida. De esta forma, mediante la conclusión de la transacción, la fase *in iure* quedaba interrumpida antes de que se llegara a concluir la *litiscontestatio*, esto es, antes de que se hiciera posible y se materializara la redacción de la fórmula.

Si bien es cierto que de ordinario la iniciativa correspondía a las partes, el propio Magistrado podía propiciar el acuerdo (D. 12, 1, 21: *cum officium pertineat lites deminuere*). Es más, el transigir estaba bien considerado, era señal de un ánimo loable y elevado y sobre todo lo más ventajoso para la sociedad mientras que era de ánimo perverso y corrupto preferir un juicio a una amigable composición. Por ello, incluso en algunas ocasiones, era obligación del Magistrado en la fase *in iure* inducir a las partes a pacificarse.

En este contexto de determinación del objeto y de la controversia en el marco de un principio dispositivo para las partes, junto con el afán de erradicar la intervención judicial, otras instituciones se extendían en el Derecho romano paralelamente a la transacción persiguiendo el mismo fin (*confessio in iure*, desistimiento de la acción, la declaración jurada). En el marco de todas ellas ésta iba a configurarse jurídicamente como un pacto por el que el actor renuncia a emplear o seguir empleando la acción a cambio de alguna entrega real o promesa del demandado.

Sin querer evadirnos de una visión unitaria del Derecho romano, en sus albores, que podemos situar en la época arcaica o preclásica (desde su fundación hasta el comienzo de la crisis de la República), principal fuente de conocimiento lo protagonizó la Ley de las XII Tablas (tav. 1, 6, 7, 8), cuya fecha de constitución databa aproximadamente del año 450 a.C., de forma tal que esta escasez de documentación vino a significar un escollo adicional en el conocimiento de la visión del Derecho romano y de forma refleja de nuestra institución.

La transacción emergía ya de una forma rudimentaria en este período primitivo y estaba presente desde un primer momento en la antigua Roma. Remontaba pues sus raíces ya a los orígenes, coin-

ciendo con el prototipo de la figura del *pactum*. Éste, en su sentido originario, hacía referencia a los acuerdos de composición pacíficos, amistosos, celebrados entre la víctima de un delito u ofendido y el culpable o delincuente (en materia de robo y de injuria: D. 2.14.17.1. Paulus, 1.3, ad. de.), o al accionar pacíficamente un proceso por convenio de las partes ante el Magistrado renunciando al debate judicial entablado; es decir, la mera renuncia a una pretensión era instrumento capaz de establecer la paz surgida en momentos de hostilidad poniendo fin al conflicto. Vinieron así a significar una sustitución de la autodefensa y a conformarse como un instrumento social concebido para establecer la paz. Éste era, efectivamente, el sentido en que se pronunciaba gran parte de la doctrina desde el significado etimológico de la palabra *pactum*. Ambos coincidían en su naturaleza y peculiaridades y perseguían el mismo fin –el restablecimiento de la paz y el orden entre los individuos, especialmente en la esfera penal–, para lo cual utilizaban el mismo medio –la libre contratación de las partes, es decir, el acuerdo privado no formal–.

Puesto que era difícil para el lesionado ejercer el talión respecto a un adversario perteneciente a una *gens* poderosa, el ofendido renunciaba a la reintegración a mano armada de su derecho, lícita en aquella época, en vista de la oferta de su ofensor de una composición pecuniaria o satisfacción dirigida a reparar la ofensa y obligaciones derivadas del delito, omitiendo así los daños e incertezas que la represalia ya iniciada o por iniciar podía llevar y provocando, de esta forma, la extinción *ipso iure* de la acción penal [Ulpiano D. 2, 14, 7, 14; Tab. VIII, 2. En el Corpus Iuris: D. 47, 10, 11, 1; D. 2, 14, 17, 1; D. 2, 14, 27, 4; D. 13, 1, 7 pr.; D. 4, 4, 9, 2; D. 47, 2, 55 (54), 5].

Como vemos, se imponían la celebración de pactos entre las partes y se buscaban formas de indemnización pecuniarias que no hacían sino sustituir a la venganza. Funcionaba, pues, como el precio de la renuncia a la venganza y conseguía excluir en sus orígenes un primitivo estado de guerra encabezado por la *vendetta* privada. Era este acuerdo al que las partes de la antigua Roma llegaban con el fin de componer una controversia que surgía del delito, el verdadero antecedente de la transacción y con el cual la obligación delictual desaparecía definitivamente. Es decir, que aunque en el origen los romanos no tuvieron una vista de conjunto de la institución, rápidamente se vieron en la necesidad de regular sus diferencias amigablemente con el fin de evitar la venganza que no era solamente un derecho sino también un deber. El resultado venía no a reparar un daño o a proceder a una compensación, sino a obte-

ner la paz, la *pactio*. En esta dinámica, la venganza se sustituía por el pago de una composición a través de un acuerdo, *pactum*, que no era sino el primer tipo de transacción. Asimismo si bien en esta primera fase fue aplicable a las solas acciones *ex delicto*, la transacción devino poco a poco un modo general de extinción de las obligaciones. Según Risch, lo que se llamaba *transactio* era una especie de *pactum de non petendo*, caracterizada por el hecho que era concluida mediante indemnización del demandado.

Se convirtió así esta primera *pactio*, o *pactum* en terminología más moderna, en el primitivo negocio del Derecho romano en calidad de «acuerdo internacional de paz» (entre pueblos gentilicios), cuya principal implantación la consiguió en los pueblos más evolucionados; por esta razón, si bien en momentos posteriores de su desarrollo sirvió como instrumento de concordia entre los particulares, en los albores del Derecho romano extendía su función a una relación más amplia entre Estados.

La plasmación práctica de esta primera paz se producía a través del ofrecimiento por parte del ofensor del precio pactado en la composición y la correlativa aceptación del ofendido de renunciar a la venganza, operación que quedaba garantizada mediante juramento dentro de un contexto histórico en el que el valor dado a las palabras tenía una importancia fundamental, hasta tal punto que su inobservancia hubiera provocado la venganza divina. Era una época en la que los romanos creían firmemente en la participación directa de los Dioses en sus negocios; de ahí que la transacción ofrecía un medio de paz y un ambiente de confianza bajo la vigilancia de los dioses, a través del juramento, que otorgaba una especial eficacia jurídica a este acuerdo que de por sí no era generador de obligaciones. (Como vemos es el juramento un instrumento que sanciona a la transacción en su origen, pero es que además la acompañará en el traspaso del Derecho intermedio al Derecho privado, coexistirá con la estipulación, y vendrá poco a poco desvaneciéndose dejando toda función al único negocio contractual capaz de cualquier contenido en el Derecho civil clásico: la *stipulatio*).

Con todo, se constituyó en el primer negocio jurídico en la historia del Derecho romano, si se excluyen ciertos intercambios con efectos reales e inmediatos, que debían servir a la satisfacción de las necesidades más elementales de aquellas primitivas gentes.

Ya en una fase sucesiva, cuando las «gentes» entraron en contacto, de ser un negocio real inmediato pasó a convertirse en un negocio contractual con garantía real, pues se permitía la composición difiriendo el pago mediante la consignación de objetos por los

ofensores en favor de los ofendidos, de forma que si la parte incumplía su obligación, ésta podía satisfacerse mediante la realización de los objetos garantizados.

Por lo dicho no extrañará que se encontrara la transacción incurso en el concepto más amplio de *pactum* y más concretamente se configuró como su prototipo. Consecuentemente, se dijo que la transacción era una especie de pacto, un pacto cualificado, cuya cualificación se centraba en que el desistimiento del litigio se producía mediante compensación a través de las recíprocas prestaciones de las partes; es decir, que en un primer momento la transacción se formó por el solo consentimiento de las partes, por una simple convención. Sólo en un momento posterior será capaz de desligarse de éste para configurarse con una fisonomía y entidad propia al margen del mismo y el pacto al mismo tiempo se transformará progresivamente y perderá su carácter puramente transaccional.

Una vez constituida la *civitas*, el acuerdo que había surgido en calidad de relación internacional para eliminar la guerra entre grupos gentilicios en tensión por obligaciones de delito, encontró aplicación también en el Derecho privado, y la posición que ocupaban entonces las guerras fue sustituida por los juicios, de forma que vino en estos casos a materializar la transacción, el precio de una composición amistosa ante una relación litigiosa.

En el período de los reyes, en el que Derecho y Religión se confundían, la situación no cambió. Los romanos mantuvieron una plena confianza en el acto ritual: era la *fides* la que exigía la exactitud ritual. La opinión pública constituía un medio de presión particularmente eficaz y así quien no había respetado su palabra, era abandonado a la suerte de la sociedad, e incluso linchado por el pueblo. La transacción podía encontrar su ámbito de aplicación sobre todas las relaciones de Derecho privado y también de Derecho penal, aunque eso sí, siempre que no se tratase de actos ilícitos perseguidos por el órgano estatal en el interés público. Como vemos, la composición constituyó el método más relevante para superar la reacción privada de la solución talional.

Partiendo de los planteamientos que hemos enunciado, pasemos al examen concreto de los textos, de los que vamos a deducir en conjunto, anticipando la solución posterior, una visión del pacto como verdadero instrumento de paz.

Ya indicamos que la fuente de conocimiento más importante de esta época la constituía en el 449 la Ley de las XII Tablas. La consecuencia fundamental que de ésta se derivaba era que la eficacia de los actos jurídicos no iba a depender ya de la religiosidad del

juramento o de los ritos de la magia, sino de la propia ley. De ahí que a partir de este momento las partes buscarán nuevas técnicas para garantizar sus acuerdos.

Era precisamente en esta fuente donde se reconocía por primera vez eficacia jurídica a los pactos, así como un explícito reconocimiento jurídico de la transacción que la prevé tanto en orden a las obligaciones por delito, cuanto en orden a aquellas por contrato (Gaius, 3, 169, y 4, 17 a.) y en la que se excluía la aplicación del Derecho.

Apoyos en favor de esta conclusión los encontrábamos por una parte en la Tabla VIII, 2 («Si membrum rupsit, ni cum eo pacti, talio esto») en la que se daba a las partes la facultad de *pacisci* que operaba como forma de evitar la ley del talión (ojo por ojo, diente por diente, es decir, la igualdad entre el daño y la pena), o la Tabla I, 6 («Rem ubi pacunt, orato»), y 7 («Ni pacunt, in comitio aut in foro ante meridiem coiciunto. Cum perotanto ambo praesentes, solis occasus suprema tempestas»), en las que no sólo se permitía a las partes transigir sino que incluso se imponía al Magistrado *in iure* el deber de estimularlas a acomodarse.

Llegados a este punto se discutía el tema del momento de realización del pacto; diversas fueron las opiniones de la doctrina. Por una parte se situaban aquellos que le estimaban válido en cualquier momento del proceso (Manenti, Wenger). Otros (Pezozzi), en cambio, sólo le consideraban plausible antes de la etapa *in iure* y entre su final y el comienzo de la etapa *apud iudicem* (es decir, desde el comienzo, pasando por la fase *in iure* ante el magistrado que concluiría con la *litiscontestatio*, por la cual los litigantes se obligaban a proseguir el proceso ante el Juez nombrado en una segunda fase, *apud iudicem*, que terminaría con la sentencia). Por su parte, Peterlongo, admitía un pacto extraprocesal en cualquier momento, pero en el proceso solamente desde la *in ius vocatio* (citación a la otra parte) hasta la terminación de la fase *in iure*. Después de la *litiscontestatio*, considerado éste como acto formal de las partes que juraban someterse a las decisiones del Juez, la transacción no era posible.

De la misma forma, era muestra del carácter pacificador el texto de Ulpiano, 2.14.7.14: «... De furtu pacisci lex permitit», en el que se ofrecía la posibilidad de pacto en los casos de hurto, el cual en una época más avanzada en que se sustituyó la ley del talión por el pago de una pena pecuniaria servía para excluir la *actio iniuriarum* o *furti* nacida del delito, por las penas, a menudo excesivas, a las que éstas conducían.

O la Tabla III («*Aeri confessi rebusque iure iudicatis XXX dies iusti sunt. Post deinde manus iniecto esto*») en la que en la *legis actio per manus iniectioem* el deudor condenado y el demandante victorioso podían evitar, mediante pacto, el procedimiento ejecutivo; se aplicaba entonces a una suerte de composición que había tenido lugar después el juicio. El *pacere* evitaba al demandado el riesgo y la onerosidad del proceso y al vendedor la dificultad de ejecución; se hacía posible, por lo tanto, una transacción que tuviera por objeto la controversia surgida en la fase ejecutiva de una sentencia en expresión de la importancia dada en esta época a la voluntad de las partes. He aquí el origen de la norma posclásica que llevará a admitir la transacción posterior al juicio (D. 12.6.23.3). No obstante, como veremos, ciertos autores negaban que estuviéramos ante un caso de verdadera transacción, porque dicen, no hay *lis dubia*, ni incertidumbre.

Pues bien, con base en esta ley decenviral se derivaron dos corrientes doctrinales: una mayoritaria que le entendía como aquel acuerdo por el cual una de las partes, gratuitamente o por medio de una compensación, renunciaba a una persecución de un «derecho propio»; y otro sector que además de este efecto restringido apreciaba otro más amplio (Gayo: D. 2.14.48 –todo lo que se haya pactado en las entregas de cosas–; D. 47.22.4: permite establecer los pactos que quieran los miembros de una asociación con tal de no infringir la ley pública), aunque la postura de estos últimos autores la podemos justificar con base en la elasticidad de la terminología romana.

Lo que si queda claro es que el *pactum* en las XII Tablas aparecía como un verdadero instrumento de paz. Era por ello en sus orígenes, según su significado técnico (y no ya su significado común que le equiparaba a todo acuerdo no formal), análogo a la transacción como renuncia a la pretensión de un derecho, es decir, como medio encaminado a la eliminación de una acción y la consiguiente evitación de un proceso declarado *in iure*. Muestra de esta relación, la derivamos del comentario de Gayo, D. 2, 4, 22, 1: «qui in ius vocatus est... dimittendus est... si dum in ius venit, de re transactum fuerit». Pero también en otras ocasiones *pactum* y *transactio* aparecían relacionados (influenciados por el origen común de la transacción y del *pactum*, utilizaron indistintamente las dos palabras. En el Digesto y en el Código, tras el título de *pactis* viene el de *transactioibus*; en los Códigos Hermogeniano y Teodosiano existe un título único de *pactis et transactioibus*, y en las Sentencias de Paulo, la rúbrica de *pactis et conventis* se completa con *vel transactioibus*). De hecho eran considerados como los pactos

simples más importantes: el *pactum de non petendo*, la transacción y el compromiso. Por lo tanto, en un primer momento la transacción aparecía configurada dentro de la categoría más general del *pacere*, con lo cual la amplia práctica del *pacisci* consentía a los operadores acordarse por vía de convenciones atípicas, más o menos reforzadas por garantías personales y procesales; exigencia particularmente evidente o sentida cuando el cumplimiento de las recíprocas concesiones se distanciaba en el tiempo.

En este hilo discursivo, dicha premisa de resolución pacífica de un proceso por acuerdo de las partes mediante la renuncia a la pretensión de un derecho, la encontrábamos reflejada de forma más clara en el Derecho honorario. El Pretor, bajo la rúbrica de *pactis et conventionibus*, prometía mantener firmes los *pacta conventa* frente a terceros siempre que no fueran contrarios al derecho objetivo, es decir, reconocía los pactos concluidos entre las partes, siempre que no contradijeran las leyes (*leges, plebiscita, senatoconsulta, decreta principum*), ni fueran concertados dolosamente (*dolus*) para engañar a una de las partes, ni existiera un consentimiento viciado por el error, en donde al no existir una coincidencia de voluntades de los contratantes, hacía al contrato inválido.

Como ya vimos anteriormente las acciones ejercitables ante el pretor quedaban extinguidas de forma automática o *ipso iure* en los casos de *furtum* o *iniuria* (D. 2, 14, 17, 1) —aspecto que se prolongó incluso al Derecho clásico—, o bien mediante la alegación de una *exceptio* (*exceptio pacti*) que el demandado podía oponer al actor en caso de que éste persistiera en el litigio. El pretor concediendo la *exceptio* garantizaba la posibilidad de paralizar toda pretensión del adversario contraria al pacto. Efectivamente, el ordenamiento entendía que la transacción era un pacto y como tal le reconocía una eficacia procesal negativa, formal e indirecta, viable únicamente por la vía de excepción en virtud de la finalidad meramente pacificadora que el mismo persigue, incapaz de producir acción alguna y dejando su cumplimiento a la propia conciencia de las partes. De ahí las reglas «*nudum pactum actionem non paritur*» y «*nuda pactio obligationem non parit, sed parit exceptionem, que ex nudo pacto actio non nascitur*» (Paulo, 2, 14, 1; D. 2, 14, 7 y 4), importantes, en cuanto condicionaron el desarrollo posterior. De esta forma podemos apreciar como si bien en la actualidad para la conclusión de la transacción es suficiente el mero intercambio de voluntades, en el Derecho romano, por contra, la simple convención por sí misma no era, en principio, generadora de obligaciones.

Por ende, al no generar obligaciones jurídicamente perfectas, únicamente el pretor se obligaba a respetar la convención, en el ejercicio de su jurisdicción, a la que las partes habían llegado en el momento en que una de ellas pretendiera la alegación de algún título en base al acuerdo alcanzado; se concedía para ello a la parte demandada la *exceptio pacti conventi* que tuviera a su favor.

A esto había que hacer una salvedad referida a los casos en que dicho pacto se hiciese valer en un *iudicium bonae fidei*, en los cuales las relaciones jurídicas se deducían según el esquema *oportet ex fide bona*; en estos supuestos se admitía que pudieran hacerse valer pactos conexos con la relación principal. Tales pactos, llamados por los intérpretes *adiecta*, no tenían existencia autónoma, sino que se añadían a un *contractus*. Entonces la *bona fides* vinculaba a cumplir el pacto; eran los vínculos que constituían el pacto entre las partes los que estaban imbuidos de consideraciones éticas recíprocas cuya base era la *fides*, y por lo tanto, en estos casos, el pacto tenía también una eficacia mayor porque el Juez estaba obligado a estimar *ex fide bona* las obligaciones recíprocas de las partes, y, por lo tanto, la acción misma del contrato aseguraba la ejecución de cualquier pacto.

En definitiva, podemos decir que la transacción, incluso en los orígenes, hizo acto de presencia en la práctica romana operando como causa de numerosos negocios reforzados de las más diversas formas. Pero en todo caso, lo que no aparece todavía es un negocio expresamente dirigido a la regulación de la *res dubia*, sino que se enmascara en la categoría general de los pactos.

1.2 CONTINUIDAD DEL PACTO AL QUE PODÍA AGREGARSE ALGUNA ESTIPULACIÓN EN LA ÉPOCA CLÁSICA

Un segundo paso sucesivo en la evolución histórica de la transacción viene desplegado por la época clásica que abarca desde el año 130 a.C. hasta el 230 d.C.

Del viejo *pactum* tomó ahora su disciplina en la época clásica y es con esta configuración como quedó determinada dentro del edicto pretorio bajo la rúbrica «De pactis et conventionibus», sin encontrar cabida aún dentro de los negocios contractuales típicos. Se mantuvo, pues, dentro del ámbito del Derecho pretorio en ese afán del pretor de corregir la rigidez del Derecho. Es ello también fruto de una falta de legislación respecto a la misma lo que hizo necesaria una remisión a un género de cara a la regulación de su régimen jurídico. Esta remisión se refirió a las disposiciones generales sobre los pactos con los cuales se identificaba y era su princi-

pal prototipo y de las cuales la doctrina tuvo que deducir su aplicación a la transacción, ya que no consiguió aun en esta época una disciplina propia sino que siguió funcionando como un apéndice dependiente de los pactos.

En efecto, las fuentes clásicas no se centraron tampoco específicamente en el contrato de transacción, no existía una regulación en sí de este contrato, aunque se mencionaba en varias *–sedes materiae–* de las cuales los compiladores en un momento posterior extrajeron un título especial con entidad propia *–«De transactionibus»–* en el Digesto 2.15 y en el Codex 2.4. Ello se debió a que en tiempos de la Compilación, el convenio transaccional ya había adquirido un contenido con sustantividad propia, transformándose en una auténtica figura obligacional clasificable entre los llamados contratos innominados con Alejandro Severo, como seguidamente analizaremos.

Aparecía como un mosaico de extractos compuesto por los compiladores a través de una recopilación de los textos clásicos adaptados a las nuevas necesidades del Derecho por la transposición de su original contexto a otro nuevo. Fue rescatado de diferentes lugares que trataban de la transacción sólo incidentalmente por las interferencias en su regulación con otros institutos. De esta forma se hacía notar la falta de una disciplina autónoma, propia y fue en tiempos posteriores al clásico donde se advirtió y se plasmó la necesidad, como muestran los Códigos Gregoriano, Ermogeniano y Teodosiano y las obras jurídicas posclásicas, que vinieron a solventar estas carencias.

Asimismo, a partir de la época clásica tardía, al emerger la *transactio* como un nuevo *contractus* se separó de los *pacta* (Cth 2,9,3 = Consultatio 1,12 (Fontes Ilp. 595) rubr. «*pacta vel transactiones*», y D. 2,14, de *pactis*, y 2,15, de *transactionibus*) y se contrastó entonces con la donación *–dentro de la tendencia de los compiladores a comparar ambos institutos–*.

Por mi parte diré más: en el Derecho romano clásico las ideas de pacto y contrato no sólo no coincidían, sino que eran en rigor profundamente diversas. Contrato (*negotium contractum; obligatio contracta*) era la causa civil típica de una obligación que no suponía necesariamente un acuerdo de voluntades. El pacto (*pactum, pactio*) suponía siempre el acuerdo de voluntades, pero en cambio no siempre producía como efecto una obligación. Toda la evolución histórica posterior va a constituir una tendencia hacia la identificación de *contractus* y *pactum* plenamente conseguida en el Derecho contemporáneo.

Hasta aquí el análisis positivo de la institución en liza pero añadamos a ello un estudio sobre la forma, sobre el revestimiento que ésta adopta en dicha época. En este sentido, si bien en un primer momento la transacción era una función negocial a cuya realización podían brindarse diferentes negocios: *mancipatio*, *stipulatio*..., en la época clásica se difundió el uso de los *pacta* (D. 2, 15, 3; D. 46, 3, 96, 2; D. 2, 15, 9, 3...) a la que podían agregarse algunas estipulaciones.

Pero analicémoslo más detenidamente y profundicemos en este tema. Al ser una simple convención sin forma tipificada, es un fin que podía servir de causa a negocios abstractos como la *stipulatio* o a actos no formales como el *pactum de non petendo*. Por ello, pese a seguir siendo un simple pacto cuando las partes querían ser plenamente garantizadas la podían agregar algunas estipulaciones—como la penal o la aquiliana—.

Podía revestir la forma de pacto o de estipulación aquiliana con las ventajas e inconvenientes que ambas conllevaban con base a la accionabilidad del Derecho, como medio de hacer valer el derecho ofendido y reparar su violación a través de los Tribunales. De este modo, se conseguían efectos diversos que variaban según la forma empleada en su conclusión.

Mediante simple convención o *nudo pacto* ambas partes se obligaban, sin ningún tipo de exigencia formal, renunciando recíprocamente a sus respectivas pretensiones y contrayendo la una con la otra nuevas obligaciones. Siendo ello así, ésta no podía ser asegurada más que por circunstancias puramente accidentales o por la buena voluntad del deudor. El Derecho romano no llegó a crear una *actio transactionis*, aunque posteriormente una *actio praescriptis verbis* derivada de los contratos innominados permitió la formación definitiva de la transacción romana. Pero en esos momentos, se permitía como único medio de defensa de la parte que no se había visto satisfecha, una *exceptio* como si de cualquier otro pacto se tratara—*rei per transactionem finitae*— en el caso de que se pretendiera ante los Tribunales nuevamente el conocimiento de la cuestión mediante el ejercicio de la correspondiente acción por el demandante que había previamente transigido. Se conseguía pues, de esta forma, evitar la agresión procesal en un instituto que no extinguía *ipso iure*, automáticamente, las obligaciones antecedentes sino que sólo estaba amparado por una eficacia procesal negativa o defensiva; es decir, se quedaba este acuerdo de voluntades en el ámbito del Derecho pretorio, incapaz de generar acción e incapaz asimismo de constituir una relación obligatoria. No era idóneo, pues, para producir efectos civiles, de acuerdo con la disci-

plina general que regulaba a los pactos mencionada anteriormente: «nuda pactio obligationem non parit, sed parit exceptionem».

Ahora bien, para que el pacto fuera generador de excepción, era condición necesaria que la parte que la opusiera hubiera ejecutado la transacción previamente o hubiera hecho una promesa propiamente dicha (L. 122, & 5, D. de verb. obl., 45, 1), ya que de otra forma su excepción sería nuevamente enervada por un réplica de dolo (L. 28, C., de trans.).

El funcionamiento concreto en nuestra institución era el siguiente: en el caso de que las prestaciones correspectivas fueran hechas efectivas en el momento del pacto, es decir, cuando se ejecuta inmediatamente a lo que se obligan, el negocio quedaba así perfeccionado sin presentar problemas, y en el caso de que una de ellas no actuase según lo convenido el pretor concedía a la otra una *exceptio pacti* (D. 46, 3, 96, 2). Si por contra las prestaciones no se ejecutaban en un momento inmediatamente después a la convención sino que se posponían a un momento posterior se planteaba la cuestión de saber cuál era el medio de coerción del que disponía el acreedor, esto es, ante el rechazo del demandado de cumplir su obligación que mecanismos tenía el demandante a su favor para hacer valer su derecho. No existía en este caso una acción dirigida a obtener el cumplimiento de la contraparte (Constitución 28 C. 2, 3) sino que tan sólo le cabía la posibilidad de accionar en base a la relación litigiosa anterior sobre la que se había transigido, sobre la acción primitiva (D. 5, 2, 27 pr.). A más abundamiento, previendo los casos en que el demandado pudiera oponerle la *exceptio pacti conventi* al demandante, para responder a sus reivindicaciones a éste se le permitía oponer una *replicatio doli mali* (D. 2, 14, 35.-L. 28, C., de tr.) o *exceptio doli*, obligándole a cumplir la transacción, de forma que no se le permita aprovecharse del sacrificio del otro sin haber cumplido, es decir enriquecerse en detrimento del daño de otro; recibirá, pues, mediante ella, lo que hubiera obtenido de la ejecución voluntaria de la transacción. Y en la misma línea y con el mismo fin, el pretor, cuyo oficio era atemperar la rigidez del derecho estricto con base a un criterio de igualdad, introduce también una acción, la *actio* de dolo para conseguir el *id quod interest* de quien dolosamente se negara a dar ejecución al contrato. Así se permitía a la parte cumplidora reclamar el cumplimiento de la contraparte con una acción y gracias a esta vuelta se lograba llegar a un resultado análogo a este producido por los contratos generadores de acciones.

No era ello sino la plasmación concreta de la teoría tópica a nuestro instituto y el efecto de la necesidad de respetar la equidad y

equilibrio de las prestaciones de las partes en una fase de la relación en que ambas, indeclinablemente, deben cumplir la obligación de restituir la prestación a que se han previamente obligado o prestarla según los casos. Pero las lagunas del *ius civile* en este campo eran obvias ya que los métodos de protección se encontraban ligados a relaciones especiales, de uso común o sencillas. Por ello, a raíz de la proliferación de las relaciones entre los individuos y del aumento de la dificultad de los negocios, se vio la necesidad de aplicar y trasladar análogicamente lo previsto para los casos anteriores a otras situaciones análogas aunque de contenido más complejo. De manera que si en un primer momento el Derecho romano sólo conoció cuatro convenciones como causas de obligaciones civiles y de acciones (mutuo, comodato, depósito y prenda), posteriormente hubo de reconocer, en base a principios de equidad y razón jurídica, la posibilidad de que en los casos en que se produce la dación de una cosa destinada a obtener algo del accipiente (*dationes ob rem*) —la renuncia de una acción en nuestro caso—, al no tener causa para retener la propiedad en base a que no realizó lo que estaba obligado, su retención queda sin causa y procederá la *condictio* recuperatoria de lo dado. Se consigue así, que pese a no existir un contrato por el que el accipiente se viera obligado a realizar su prestación, ni acción para obligarle, es decir, que pese a no tener eficacia jurídica en su origen, la parte que hubiera cumplido su prestación no se quedara desprovista de un medio idóneo para recuperarla, sino que tuviera la posibilidad de seguirla con una *condictio causa data, causa non secuta*, repitiendo lo que había entregado previamente (Fr. 3 & 1. 2. 3 D. de cond. causa data XII. 4; fr. 1 & 1. 2 y fr. 4 D. de cond. sine causa XII. 7; Dig. de praescr. verb. XIX. 5; L. 23, pr., D., de cond. ind., 12, 6...), y todo ello en base al incumplimiento de la contraparte.

Asimismo, en esta época clásica, en algunos casos para dotarles de una protección especial, el Derecho pretorio pareció reconocer unas acciones *in factum*, desde principios del siglo I a.C., como recurso para la represión de conductas dolosas, en las que sancionaba toda conducta que le parecía inconveniente aunque no estuviera reprimida por el *ius civile*. Mediante la misma, a diferencia de lo que ocurría con la *condictio* en la que no se podía recibir otra cosa o en espera de recibir, alternativamente, un precio estimado o la devolución de la cosa, se permitía no ya recuperar lo estrictamente entregado, sino que se permitía llegar más allá, reclamando una indemnización no por el valor de lo dado sino de lo esperado probablemente de cuantía superior; se apreciaba así el interés que el demandante podía tener en que el demandado cumpliera y no

devolviese simplemente lo recibido. Fue, por lo tanto, acordada para esta especie de contratos una acción, *civilis in factum actio*, denominada posteriormente *actio preaescriptis verbis* (Fr. 15 de praescr. verbis XIX. 5) y son precisamente estas acciones pretorias las que contractualizaron tales negocios.

Dejando al margen el pacto, paralelamente, con el fin de transferirla del ámbito del Derecho pretorio al civil y dotarla de un plus de eficacia jurídica se la revestía en algunas ocasiones como forma de agresión de un contrato verbal muy enérgico, de una promesa solemne, la estipulación, para que produjera sus efectos novatorios sobre la relación respecto de la cual se transigía. Y es que la estipulación, capaz de contener todo tipo de obligación convencional, por la garantía que ofrecía era de uso más corriente al menos desde Cicerón.

De estas promesas estipulatorias la más usual era concretamente para la transacción la aquiliana (LL. 2; 4; 5; 9, & 2; 15, D. de trans.; -LL. 3, 4, 15, 32, 40, C., de trans.; D. 2, 15, fr. 4, L. 6 y 28 C.h.t., L. 21, C., de pactis 2,3- L. 6.9.17.28.33, C.h.t; Código justiniano: Cod. 2, 4, 3; 2, 4, 4; 2, 4, 15; 2, 4, 32; 3, 4, 40, etc.; C. Teodosiano: C. Th. 2, 9, 2; Consult. 9, 9...). Implicaba siempre una sucesiva y correlativa *acceptilatio* sobre el mismo objeto, de forma que una de las partes se obligaba mediante estipulación al cumplimiento de las obligaciones contraídas operando la novación de la obligación primitiva, del derecho litigioso, mientras que la otra lo aceptaba mediante *acceptilatio*, extinguiendo la obligación así creada; ésta, producía como consecuencia la liberación *ipso jure* y no ya *exceptionis ope*, como ocurría con el pacto. El deudor preguntaba al acreedor si tenía por recibida la cosa estipulada y sobre la respuesta afirmativa de este último, la liberación se operaba de pleno derecho. En estos casos, se sometía al régimen general que regulaba a las mismas y entonces sí, las pretensiones mantenidas por ambas partes desaparecían *ipso iure* con una función novatoria de forma que, en consecuencia, se haría imposible volver de nuevo sobre la relación anterior discutida y accionar en base a ella. Sobre esa base, se esgrime la posibilidad de que la parte cumplidora reclame el correlativo cumplimiento de la contraparte con una acción, *actio ex stipulatio*, para la ejecución de lo convenido. Es, así pues, en vista de poseer mejores medios de ataque y de defensa, que se reforzaba frecuentemente la transacción con estos instrumentos.

A pesar de este evolucionado contexto jurídico formal que hemos esbozado en sus notas esenciales, centrado en la dualidad *pacto-stipulatio* como instrumentos fundamentales en la constitución de la *transactio*, no obsta ello para el reconocimiento de que

se cristalizó el pacto como el mecanismo más común y utilizado en la práctica, pues si bien es cierto que no tenía eficacia en sí mismo, existían otros cauces indirectos de los que se podía servir para conseguirlo. Pensemos que si una de las partes le confería el carácter de contrato real ejecutando su prestación tendría a su alcance, como hemos visto, la *condictio data causa, causa non secuta* como forma de repetición de lo entregado o la *actio praescriptis verbis*, que seguidamente desarrollaremos, con el fin de obtener del adversario la prestación convenida. O bien indirectamente reforzando el cumplimiento con una *stipulatio poenae*. Y aún así, en el caso de que no obtuviera la ejecución podría recurrir a la acción originaria a la cual había renunciado, y rechazar, mediante la *replicatio doli*, la excepción de la transacción que el adversario pudiera oponerle (L. 6. 28.33, C.).

En resumen, en el Derecho clásico, la transacción no dejó de ser un simple pacto al que podía agregarse o no una estipulación; es decir, un negocio complejo de pacto y estipulación, en una época en la que la transacción por simple pacto estaba desprovista de efecto obligatorio y el juramento había perdido toda su fuerza. Sólo en base a la estipulación podía convertirse en ejecutoria, dentro de una etapa que no conocía todavía la categoría general de *contractus* sino figuras típicas, singulares, de contratos y que vino a funcionar como precedente o prolegómeno a la necesidad ineludible que se va a sentir en un momento inmediatamente posterior de dar una denominación comprensiva a todas aquellas figuras o situaciones jurídicas que presentaban entre sí analogía.

Es curioso apreciar como todas estas particularidades del procedimiento romano que estamos analizando, se escaparon posteriormente a las apreciaciones del Derecho moderno, en el que la transacción engendró una acción y una excepción.

1.3 LA TRANSACCIÓN Y LOS CONTRATOS INNOMINADOS EN LA ÉPOCA POSCLÁSICA

Normalmente el ámbito cronológico de esta etapa se suele situar desde el 230 d.C. hasta la compilación de Justiniano.

Por lo que a nuestro objeto de estudio se refiere, a raíz de la C. 2, 4, 41, se destacó en ella que en tiempos de los emperadores Arcadio y Onorio en el año 395, se manifestó el juramento como forma de garantizar el acuerdo transaccional, de forma tal que la inobservancia de éste o su incumplimiento eran capaces de acarrear consecuencias gravísimas (concretamente si una parte quería volver sobre la transacción a pesar del juramento prestado, el Juez

estaba autorizado a pronunciar no solamente la infamia, sino también a condenar a la pena estipulada y a la pérdida de la propiedad de la cosa. Era así pues admitir el cúmulo de la pena estipulada y la ejecución o la resolución de la transacción). Este tipo de garantía continuó en tiempos de Justiniano y no fue sino una vuelta al sistema establecido en el Derecho arcaico y legislación decenviral que anteriormente analizamos.

Empero, un cambio sí fue constatable con los sucesores de Diocleciano, en el marco de un reforzamiento y expansión de la Iglesia. El Cristianismo logró en esta época su reconocimiento oficial e influyó profundamente en el Derecho romano. La infiltración de sus principios conllevaron un afán de evitar los litigios y una correlativa potenciación, a no decir obligación, de las composiciones amigables. Se consiguió con ello ampliar considerablemente el campo de aplicación de la transacción, mucho más numerosa. En este sentido, los cristianos en sus relaciones con los paganos buscaban desistir de la controversia mediante conciliaciones amistosas, mientras que los fieles acudían al Tribunal eclesiástico que como árbitro resolvía a su vez en transacción; los *episcopalis audientia* se convirtieron así en los Tribunales eclesiásticos ante los cuales era obligación moral de los fieles llevar sus controversias con el objeto de lograr este fin. La conciliación conseguida era garantizada por juramento y continuaría aplicándose con este tipo de garantía en tiempos sucesivos; no fue más que el corolario de un contacto entre normas jurídicas y normas ético-morales que constituyó como antes dijimos una vuelta a los tiempos arcaicos, donde la religión con una moral superior se confunde con el Derecho, al margen del paréntesis sufrido en la época clásica.

Sin embargo, pese a la frecuencia y proliferación de transacciones en esta época no se apreciaba ningún tipo de mutación en cuanto a la forma de conclusión respecto de la época clásica, siguiendo vigente para tal menester, por tanto, la vestes del pacto o la convención estipulada.

El rasgo más destacable y característico del Derecho posclásico se centró en la generalización de la idea de contrato. Ya hemos tenido ocasión de observar como, pese a que actualmente concibamos al contrato como paradigma general susceptible de abarcar los más diversos contenidos, en el Derecho romano, por contra, no existía el contrato como tal, es decir como categoría genérica, sino que únicamente existían determinados tipos de contratos que constituirían un elenco cerrado, en un sistema presidido por una rígida tipicidad contractual. Sólo aquellos convenios que se revestían de determinadas solemnidades, el Derecho les otorgaba su protección.

De ahí que la autonomía de la voluntad sólo existía en el sentido de una libertad de contratar, es decir, de aceptar o no el vínculo negocial tal y como era dado por el ordenamiento. Dos factores contribuyeron a forjar el contrato como categoría general: 1) la formación de la figura del contrato innominado, y 2) la aproximación entre nudo pacto y contrato.

Centrándonos en el primer aspecto, como decíamos, en el Derecho posclásico, se superó el dogma de la tipicidad contractual anterior y se abrió el camino a la capacidad de abarcar todos los negocios convencionales que se perfeccionaban no por el mero consentimiento sino por el cumplimiento efectivo de una prestación, *dare* o *facere*, que debía tener correspondencia en una recíproca, es decir, el cambio de una cosa por otra. Se consiguió con ello dar respuesta a necesidades prácticas que se habían mostrado acuciantes en aras a un criterio de utilidad y con base en el desenvolvimiento de la autonomía de la voluntad. Se trataba, pues, de convenciones en las cuales una de las partes daba alguna cosa o hacía algo para recibir luego a cambio algo que la otra parte prometía a su vez dar o hacer (*do ut des, do ut facias, facio ut des, facio ut facias*); de hecho, el fin de cada prestación se situaba en obtener otra diversa.

Fueron las *dationes ob rem* las que realmente contribuyeron a la formación de la categoría general de los contratos innominados. La causa de la obligación se situaba, pues, en la prestación efectuada por la otra parte con el fin de obtener una contraprestación, de forma que a través del cumplimiento o ejecución de la prestación se conseguía que la convención fuera obligatoria, efecto que anteriormente por sí sola no poseía. El resultado fue que si bien estos negocios carecían de la capacidad de obligar recíprocamente por sí mismos, por no coincidir con los negocios contractuales tipificados, sí que pasaban a obligar cuando una de las partes se adelantaba a cumplir lo convenido. Por ello, la elaboración de estos contratos innominados respondió mejor al carácter de los contratos reales, en el sentido posclásico (necesidad del cumplimiento), que a los contratos consensuales al existir obligaciones recíprocas.

Por tanto la transacción en el Derecho justiniano vale si una parte cumple la prestación, es decir, cuando hay una dación o un hecho realizado por una de las partes en cuyo caso se forma a su favor un contrato innominado, que da lugar a la *actio praescriptis verbis*, en contrapartida a la época posclásica, como ya vimos en la que dichas convenciones no eran susceptibles de hacer nacer una acción en ejecución sino únicamente una *actio in factum* excepcional. Así las cosas, la transacción, de simple acuerdo en un origen,

pasó posteriormente a convertirse en un contrato autónomo protegido con una acción *sui generis*.

De todas maneras, tampoco hubiera sido bueno decir que todas las prestaciones hubieran estado sometidas a repetición en cuanto que lo único que se conseguiría sería debilitar la fuerza de la transacción y dar al traste con una paz duradera. Por ello se hizo conveniente reglamentar cuidadosamente este tipo de acción.

Se delimitó así la categoría de estos contratos atípicos anteriormente no tutelados, de forma que como no se reducían a ninguno de los cuatro negocios contractuales establecidos y tipificados como tales contratos (de buena fe) poseedores de un nomen específico, pese a la analogía que presentaban con éstos, se los llamó simplemente «innominados». Es por ello importante matizar que su *nomen* no derivaba de una falta de nombre sino de su exclusión de los tipos legales previamente establecidos (formaban parte de este elenco un número limitado de contratos: así los contratos *verbis* y *litteris*, los contratos consensuales –venta, alquiler, sociedad y mandato– y los contratos reales –préstamo de consumo, comodato, depósito y prenda–). Empero, pese a reconocerlos, dicha denominación no aparecía textualmente en los textos sino que les englobaban bajo la denominación de «nova negotia». Además, dado que las prestaciones podían adoptar el más diverso contenido son capaces de agrupar casos muy heterogéneos, otorgando un carácter abierto a esta categoría. Consiguieron así salir de la tipicidad clásica y si bien ésta persistió en tiempos de Justiniano se hizo simplemente de una manera anecdótica en aras del tradicionalismo anterior, dándose en estos momentos un mayor juego a la autonomía de la voluntad que se hacía conveniente y necesaria en la práctica. Fue, pues, la formación de la categoría general del contrato innominado, desde luego, posclásica.

Como ya vimos en el inicio de su desenvolvimiento, al final de la época clásica, las acciones *in factum* se convirtieron en una reclamación «civil» *extraordinem*, general para todas las convenciones de similares características, y que con el nombre de *actio praescriptis verbis* se incluyeron entre las acciones de buena fe, como ocurría ya con las acciones contractuales; se convirtió de tal forma ésta en la única salida para atribuir a la transacción una tutela procesal que correspondiera y fuera acorde con la importancia social que tenía este negocio. Esta acción posclásica vino impuesta con la misma ratio que anteriormente tenía la *actio in factum*, es decir, conseguir sancionar todos aquellos comportamientos que incumplían lo acordado previamente. Ambas, pues, daban respuesta a un mismo problema, el incumplimiento del deber de responder, por lo que el pretor se vio en la tesitura de conceder esta acción

dirigida a exigir el cumplimiento. Su nombre se debió a que su fórmula comenzaba con una simple exposición de los hechos, es decir, palabras escritas al comienzo y mediante ella se obtenía una indemnización que representaba el interés que tenía el demandante en obtener la contraprestación (D., 19, 5, 5, 1 itp.).

Figuran dentro de esta categoría de contratos innominados, pese a ser una categoría abierta, negocios típicos como la permuta, el contrato estimatorio, el precario, la donación modal, la constitución de dote recepticia, el convenio de división y en los que a nosotros nos interesa la transacción.

En conjunto, de todo lo visto anteriormente se derivaban las siguientes posibilidades de actuación de forma paralela:

– La posibilidad de exigir la resolución –mediante la *condictio causa, non secuta*–, cuando la parte había cumplido su prestación, pero la otra parte no la había seguido, repitiendo u obteniendo la restitución de lo previamente entregado en cumplimiento, en virtud de la idea general que veda el enriquecimiento sin causa. No obstante, ésta no tenía razón de ser en los casos en que la naturaleza de la prestación ejecutada repelía la idea de repetición, por ello, cuando la prestación consistía en un *facere* ante la imposibilidad de repetición se concedía a la parte el ejercicio de una acción de dolo (L. 15, in fine. –L. 16, & 1, praescr. verb. –L. 4, C., de dol. mal.).

– O la ejecución del contrato –mediante la *actio praescriptis verbis* para obtener el cumplimiento de la promesa cuando una de las partes ha cumplido con su obligación–.

Coinciden ambas posibilidades con la facultad de elección que modernamente se permite en los negocios bilaterales.

En cuanto a la accionabilidad, todo el proceso reflejó el paso de una época clásica en que las acciones estaban rígidamente delimitadas a una época justiniana en que éstas eran mucho más elásticas y flexibles ofreciendo la posibilidad más abierta de elegir entre unas y otras.

En definitiva, la transacción era considerada ya como un contrato, un contrato innominado, sancionada con acciones contractuales, la *actio praescriptis verbis*, a la que se añadía la *actio ex stipulatio*. Pensemos que era un proceso lógico que se hacía necesario si tenemos en cuenta que según hemos expuesto, cuando una parte cumplía su prestación y la contraparte no le correspondía con su correlativa obligación, no tenía derecho a exigirle el cumplimiento, sino únicamente la restitución de lo que había entregado por medio de la *condictio ob rem dati*, que luego se llamó *condictio causa data causa non secuta*. No obstante, ésta en la práctica se había mostrado insuficiente por tres razones: 1) el verdadero inte-

rés del contratante no era volver a la situación jurídico-económica anterior a la convención, sino lograr el fin que se proponía en el contrato; 2) no podía pedirse la devolución si la prestación cumplida consistía en un *facere* y 3) por carecer de eficacia en el caso de que la cosa entregada hubiese perecido por caso fortuito. Para subsanarlo se acudió a la acción de dolo, pero tampoco fue plenamente satisfactoria por ser anual y no transmisible pasivamente debido a su carácter de acción delictual. Y ya en la época de Justiniano apareció, recogién dose probablemente construcciones escolásticas posclásicas, la *actio praescriptis verbis*.

En esta progresión, la transacción se separó de los *pacta*, o más bien su diferenciación se hizo más acusada, incluso de aquellos en los que en un momento posterior se les dotó de una acción, los pactos llamados vestidos, que se equipararían posteriormente a los contratos y cuya diferenciación –entre pactos vestidos y desnudos– dificultaría en etapas sucesivas el desarrollo del contrato.

1.4 ETAPA JUSTINIANEA: LA *CONVENTIO* EN LA BASE DE LA TRANSACCIÓN

La época justiniana abarcó desde el 528 hasta mediados del siglo VI y comprendió la obra legislativa del emperador Justiniano.

En ella fueron aspectos destacables de cara a la evolución de nuestra institución la fusión del *ius civile* con el *ius honorarium*, el desmoronamiento de la importancia de las formas solemnes y la generalización del uso del documento. De ello se derivó consecuentemente la eliminación de la diferencia entre los diversos modos o formas de concluir la transacción. Se deduce que dentro de éstas la *stipulatio* perdió su trascendencia formal y su carácter solemne ya que vino a confundirse con el pacto fundiéndose ambas en un sólo bloque. En este último sentido es necesario recordar la importancia que la estipulación tuvo en la época clásica y cómo ya en la época posclásica vino a ser la escritura la que se situó u ocupó su lugar; la estipulación vino a fundirse con el *instrumentum* que la acompaña. Su aplicación a la transacción la vemos reflejada en la c. 40 C. 2, 4 que correspondía a la c. 2, C. Th. 9, 2 del año 381.

En general, pues, la transacción viniera concluida por pacto o por estipulación disponía de acción, es decir, independientemente de la forma que la revistiera. Efectivamente, es necesario resaltar que esta pérdida de relevancia de las solemnidades formales, fundamentales anteriormente en la forma de materialización y eficacia de la transacción, se produjo en favor de otro fenómeno que fue adquiriendo paulatinamente importancia, cual es, la propia volun-

tad e interés de las partes que se convirtió ahora en el elemento esencial y primordial a tener en cuenta. Fue desde este momento la *conventio*, la intención de las partes, lo que iba a valorarse a la hora de determinar el contenido y amplitud del contrato independientemente de la forma con que éste se hubiera concluido.

Vemos cómo esta importante innovación producida en la etapa posclásica y especialmente en el Derecho bizantino tuvo gran repercusión en las sucesivas etapas de su desarrollo. Y es aquí, precisamente, donde con muchas probabilidades se inició la gran corriente del voluntarismo jurídico según la cual el origen de las obligaciones radica en la expresión de la voluntad de las partes, contribuyendo a su consolidación el ensanchamiento de los tipos contractuales clásicos que había generado la *actio praescriptis verbis*.

Además, si anteriormente diferenciábamos según la forma de materialización o concreción del acuerdo bien mediante pacto bien mediante estipulatio, con la consecuencia de dotarlas de excepción en el primer caso o de acción en el segundo, al caer la diferencia entre ambas, cayó también, de forma subsiguiente, el procedimiento de accionar ante los Tribunales. En una palabra, cualquiera que fuera la forma que la revestía, estaría dotada de acción para reclamar su cumplimiento, bien a través de la *actio ex stipulatio*, bien a través de la *actio praescriptis verbis* (C. 2, 4, 6, 1; C. 2, 4, 33). Se consolidó así la diferenciación entre transacción y pacto sufrida en los tiempos posclásicos y se procedió ya a una delimitación conceptual de la *transactio*. En conclusión, se convirtió en un contrato (C. 2, 19, 7) y centró su peculiaridad concreta en una particular intención, un *animus transigendi* (D. 3, 6, 1, 3; C. 6, 31, 3; C. 2, 3, 21).

Es indudable que, en base a ello, se sintió acuciante la necesidad de dar una disciplina autónoma a la transacción que no tuvo en la época clásica, como consecuencia del uso frecuente y la importancia que el instituto fue adquiriendo progresivamente en la sociedad. Entonces se la contempló ya explícitamente bien en un título junto a los pactos, o en un título separado; así, mientras en algunas fuentes jurídicas menores como los códigos Gregoriano, Ermogeniano, Teodosiano, y también la sentencia de Paolo, según resulta de la Consultatio, presentaron una rúbrica «De pactis et transactionibus», en las Pandette, respectivamente en el Codex, la transacción forma objeto de un título separado «De transactionibus», D. 2. 15, y C. 2. 4. Serán los principios recogidos en estos textos los que influirán posteriormente en los legisladores modernos y muchos de los principios recogidos en la actualidad encuentran su origen en la disciplina justiniana.

En el fr. 1 D. 2, 15 («Qui transigit, quasi de re dubia e lite incerta neque finita transigit: qui vero paciscitur, donationis causa rem certam et indubitam liberalitate remittit»), obra de los compiladores, se contrapuso la *transactio* al *pactum*. La mención que en el mismo se realizó a la donación, se produjo por la tendencia de los compiladores a acercar ambas instituciones, sobre todo para poner de relieve la onerosidad de la transacción en contraposición a la gratuidad de la donación, mientras el acercamiento simplemente vino a asentar el nuevo carácter contractual de los dos negocios.

Asimismo, los textos la trataron como un contrato «bona fide» en el sentido de concluida de buena fe, con ausencia de dolo, de falacia.

De todo lo visto hasta el momento podemos derivar lo siguiente: En el Derecho romano (prejustiniano) la transacción era una modalidad de pacto, y por lo tanto sólo tenía eficacia negativa en el sentido de excluir o paralizar la *actio* (*exceptio*). Para la eficacia positiva era preciso la adición de un contrato verbal que generase la posibilidad de la *actio ex stipulatu*. En el Derecho bizantino se le reconoce como contrato (*consensus*, acuerdo) innominado, en el que la reclamación de su cumplimiento opera mediante el ejercicio de la *actio praescriptis verbis*, en tanto la restitución (resolución por incumplimiento de la otra parte) se ampara mediante la *condictio data causa, causa non secuta* (para reparar el enriquecimiento injusto).

En fin, de toda la evolución, bien como un simple pacto, con las formalidades de la *stipulatio* o con su transformación en un contrato innominado, deducimos un fondo común a todas ellas que permanece invariable, cual es la existencia de un mutuo consenso, el acuerdo de voluntades de las partes.

2. ETIMOLOGÍA

Como vimos en la exposición precedente, la expresión técnica con la cual originariamente se identificaba la *transactio* era *pacio-pactum*. Ahora bien, *transigere* y *transactio* fueron las expresiones técnicas empleadas con más frecuencia por los juristas clásicos para designar la transacción, posibilitando de esta forma distinguirla de las otras categorías de pactos. Además de estas dos expresiones típicas encontramos también para referirla testimonios sobre el uso de los términos *decidere*, *decisio*, *pacisci*, *pactum*, *pactio*, así como *componere*, *compositio*, *definire...*, expresiones todas ellas que identificaban la amigable composición. Venían, por lo tanto, referidos a cualquier tipo de arreglo amistoso, en sentido amplio del término, pero en los que concurrían los extremos de la transac-

ción. No obstante, de forma paralela se desarrolló una expresión más restringida y el término *transigere* se configuró como una expresión mucho más moderna e incluso más técnica.

Etimológicamente la palabra «*transigere*», derivada de *trans* y *agere*, da la idea de conducir, llevar más allá, es decir, del superar. Con la transacción las partes componen la controversia existente entre ellas, yendo más allá de la misma, superándola.

Un análisis etimológico más profundo y detallado del tema lo llevó a cabo Freixas (*Consideraciones procesales*, pp. 227 ss.): éste considera que tiene dos componentes: *trans* y *agere*. Tal vez *trans* provenga de la derivación de un antiguo participio presente del infinitivo *trahere*. Por el contrario, *agere* individualizaba la acción de conducir, dirigir o guiar. La carga expresiva de la palabra hay que buscarla a través de *trans*; ésta en una primera fijación tal vez, pudiera referirse simplemente a una idea de movimiento, con el significado de «a través de» o «más allá de». En una segunda fijación, la propia semántica de la palabra nos lleva de la mano a la forma verbal *transigo*, que identificaba la acción más concreta de caminar a través de, llevar a término. Por su parte, el término *agere* no dejó en ningún momento de tener su propio papel testimonial en la evolución etimológica de la palabra transacción. En este sentido, en torno al término *agere* podemos comprobar con cierta facilidad cómo la unidad terminológica *perago* estaba identificando la acción de llevar a término alguna cosa, acabar. Observamos entonces cómo la propia unidad terminológica nos conduce hacia otra distinta composición terminológica: *perficio*, que identificaba frecuentemente la acción de llevar las cosas a término, en el sentido de terminar bien, finalizar con perfección o perfeccionar.

Según esto, a partir de un determinado momento histórico se llevaría a cabo la formación de la unidad terminológica *trans-ago*, cuyos resultados fueron la expresión compuesta *transigere* como forma verbal y la de *transactio* como forma sustantiva que ahora nos ocupa. La idea de solución amistosa quedaba postergada en un lugar secundario, siendo así que era ese sentido el que más se acomodaba a la idea genuina de transacción como acción de llevar a término y de acabar una discusión.

El término *trans* se individualiza en una primera significación que haría relación a la acción de pasar a través de, caminar a través de, conducir entre, traspasar más allá. Por otro, con el paso del tiempo se va afirmando también un segundo significado aún más expresivo ya que la palabra transacción empieza a connotar la idea de llevar materialmente las cosas a buen término, concluir bien un asunto, ultimar una situación o concluir una negociación. Segura-

mente por todo ello, a partir de un determinado momento, de la unidad terminológica resultante del ensamblamiento de *trans* y *agere*, propia de la forma verbal *transigere*, empieza a emerger un significado específico referido ya concretamente a situaciones y relaciones de tipo socioeconómico, llegándose a identificar *transigere* con la idea técnica y específica de la amigable composición, a la vez que *transigere* comienza a referirse esencialmente a una acción consistente en llegar a un fin, llevar las cosas a un buen término o, con otras palabras, terminar bien una situación de incertidumbre jurídica, siendo la mejor manera de conseguirlo la evitación del litigio si éste aún no hubiera salido de sus momentos preliminares o bien poniendo fin al ya comenzado. Toda la lenta transformación arrastraba detrás de sí una gran carga de aspectos morales y sociales en armonía con la idea de *amicitia*.

No dedicaron los romanos un estudio concreto y específico a la transacción, por lo que se hace imposible encontrar en los tiempos clásicos una definición de la misma. Pero no es ello un fenómeno aislado que acontezca únicamente en este contrato sino que, en general, los romanos precisaban menos que los modernos la necesidad de definiciones; ejemplo de ello es que las definiciones contempladas en D. II, 15 y 38 C. II, 4 son incompletas, y se limitan a caracterizar y especificar tan sólo concretos elementos del contrato.

El método de trabajo utilizado por los mismos es lo que se ha llamado un procedimiento experimental; dedujeron, de los casos cotidianos más relevantes y frecuentes que se les presentaban, las consecuencias prácticas y principios generales de la institución, aplicables para casos análogos en función de la misma *ratio*. Trabajan a partir de hipótesis y es a raíz de ellas a través de las cuales la doctrina moderna destaca las peculiaridades más características. Es un procedimiento, pues, por vía de análisis, no aislado para el caso de la transacción sino que constituye la pauta general de su labor en su forma de operar, concretada en la búsqueda de soluciones concretas a los casos planteados. Es por ello que se carece de una figura típica al respecto en las fuentes, *ius civile* y pretorio, y tendremos que esperar a finales de la época clásica y sobre todo a la postclásica (algunos escritos de Ulpiano –en las opiniones– y Paulo –en las *sententiae*–) para empezar a verla configurada como un contrato independiente, con entidad y autonomía propia dentro de los llamados *nova negotia*. Pero, incluso en el propio D. 2. 15. 1, derivado del texto de Ulpiano 50 ad de. dedicado a controversias en materia testamentaria, en donde existe una aproximación de lo que sería una definición del instituto, faltan elementos esenciales a la propia estructura de la *transactio*.

No obstante, debemos ser conscientes de que aún en el presente existe y se desarrolla paralelamente al significado estricto, otro significado amplio, no técnico, de la palabra transacción, desde el punto de vista de que se hacen equivaler las expresiones transacciones civiles o comerciales con negocios civiles o comerciales, es decir, en el sentido de toda convención a título oneroso, sobre todo con un espíritu de especulación, con la consecuencia de que en ocasiones conduce a aplicaciones incorrectas e imprecisas en el campo jurídico.

Por consiguiente, debemos diferenciar dos esferas o dos sentidos en el ámbito de la transacción; una más restringida, especial, referida a su acepción técnica y jurídica como medio que permite concluir un litigio comenzado o que previene uno por nacer (recogida actualmente en el art. 1809) y otra más amplia o vulgar, *latu sensu*, que se ha corrompido en el lenguaje usual, sinónima de convención, y que se aplica de una manera vaga e indeterminada a toda suerte de acuerdos o convenios por el que los hombres se ponen de acuerdo sobre sus negocios e intereses y que en el mundo de los negocios equivale a asunto, trueque, compra y venta; se habla entonces de transacciones financieras, bursátiles, inmobiliarias...

Sin embargo, no es este estudio de la transacción en sentido general como conclusión de un negocio cualquiera o sinónimo de contrato o convención lo que a nosotros nos interesa, sino en sentido especial como contrato por el cual las partes eliminan un litigio mediante recíprocas concesiones.

3. LA TRANSACCIÓN EN LA DOCTRINA INTERMEDIA

En este afán, un segundo gran paso en la evolución histórica de la transacción posterior al Derecho romano, viene considerado por el análisis de la doctrina intermedia.

El más importante escollo con que nos encontramos radica, enlazándolo con lo dicho en el apartado anterior, en que el concepto actual de transacción no coincide con los diferentes términos empleados en otros tiempos. Así, en el Derecho romano, como hemos visto, el término transacción es utilizado en sentido amplio haciendo referencia a cualquier acuerdo o conclusión de un negocio y ello tendrá su reflejo posterior en la variedad de significados asignados a aquella noción por la historia jurídica intermedia. Posteriormente veremos como dicho problema se hace más acuciante en la época medieval en la que la acentuación del desorden conceptual es el efecto de la aparición de toda una serie de nuevas y viejas denominaciones, adaptadas a figuras negociales no siempre reconducibles al ámbito semántico originario de la *transactio*.

3.1 LA SOCIEDAD GERMÁNICA Y EL ALTO MEDIEVO

En la sociedad germánica pese a la existencia de este contrato en la práctica, sin embargo, no aparece una construcción dogmática ni una formulación legal sobre la institución en liza, y tanto es así que en el léxico utilizado en los documentos altomedievales la caracterización de la transacción se verá inmersa en el concepto más genérico de *pax*.

En un intento de buscar en las fuentes del Alto Medievo un instituto asimilado a la transacción, nuestro análisis debe centrar su atención en el sistema longobardo de las llamadas «compositiones». Se trataba de un ordenamiento en el que, en sus primeros momentos, en la fase preedictal consuetudinaria, ante las ofensas y delitos contra las personas o sus bienes, se abría un gran campo de actuación en favor de la autonomía privada de los particulares en detrimento de los juicios públicos como forma de solución de los conflictos y, en consecuencia, se hacía permisible excluir la venganza mediante el pago de un precio como forma de resarcimiento denominado *compositio*, mención que ya había sido utilizada en la compilación justiniana (D. 7, 1, 13, 3, D. 48, 16, 6 pr., C. 1, 2, 22).

Se configuró, así, pues, como una verdadera pena con contenido patrimonial que con el tiempo vino a sustituir a la venganza. Podemos ver en este tipo de arreglo, efectivamente, los caracteres de una transacción; así la parte acusada se ofrecerá a pagar la *compositio*, mientras que el ofendido renunciará a ejercitar la venganza fijando el precio a pagar, todo ello en aras a la composición del litigio.

Empero, este sistema sólo se hizo plausible en los momentos en que la determinación del precio fuera consecuencia únicamente de la voluntad del ofendido, y es por ello que cuando, en momentos posteriores, el resarcimiento pecuniario vino ya previsto para algunos delitos restringiéndose el ámbito de disponibilidad de las partes, la *compositio* asumió un valor de pena legal y pública deduciendo el ámbito tradicionalmente asignado a la autonomía y a la autotutela de los particulares. Por consiguiente, se aleja ya del concepto de transacción. Se vislumbran en el fondo los intereses del fisco ya que el Estado hará valer su derecho de recibir parte del valor de la composición en todo caso en que venga llamado por las partes a ejercitar, a través de sus propios órganos, una potestad, y por tanto esencialmente en ocasión del ejercicio de la jurisdicción pública. Incluso, en este proceso, la relevancia que el interés público otorgaba a la paz social llegó a codificar, en los «capitolari franchi», el principio de la transacción llamada «imperata», es decir, la imposición coactiva de la paz en la parte que se hubiera mostrado

reticente al acuerdo espontáneo. Giró, por lo tanto, en torno a la potenciación de los poderes institucionales del Juez como órgano de composición pública de litigios. Es precisamente como derivación del paralelo *princeps-iudex* de donde se extrae la justificación del desarrollo de los poderes de normación concreta del oficial regio, en aras a la fundamentación de su preeminencia sobre el interés privado. Es de ello consecuencia el cambio del concepto de interés público cuando se dé el Estado Moderno, con el poder legislativo en sus manos y configurado como cauce supremo de la ley. No es necesario, así, pues, insistir en la alternativa de poner término al litigio «concordia vel iudicio»; simplemente es conveniente resaltar como en la base de aquella alternativa se sitúa el problema de la prevalencia del interés público sobre los particulares. Con todo, lo que hay que dejar claro, en primer lugar, es el reclamo a la transacción por la función asignada en este caso a la *compositio*.

No tenían los particulares poder para la regulación de aquellas composiciones al menos en lo que respecta a las ofensas penales, por lo que queda muy alejado del concepto romano de transacción, no ya por defecto de los requisitos típicos del instituto sino por la insubsistencia del necesario fondo negocial de las partes sobre el cual se realiza la composición del litigio. En este sentido se dice que la transacción nacida del *officium* del Juez no absorbe la situación preexistente deducida en el litigio y no extingue la acción; el objeto es demostrar como en éste y en todos los otros casos en que la voluntad negocial no proceda directamente de las partes no se pueda reconocer en aquel modo de superación del litigio una transacción verdadera y propia. Se niega que pueda ser investido de jurisdicción aquel Juez que obliga a las partes a elegirlo como árbitro de la controversia. Esto explica que en su evolución coincida y ande paralelo el reforzamiento del instituto de la transacción con los períodos de crisis de las jerarquías políticas y por el contrario decaiga cuando el Magistrado sea capaz de imponerse sobre el árbitro privado y sobre el pactar en global.

Por ello, con el objeto de diferenciarlo se suele distinguir si se trata de transacciones civiles o penales, ya que, al contrario de lo que ocurre con los aspectos penales, sobre el terreno civilístico existen significativos testimonios del favor de los poderes públicos en relación al fenómeno de la autocomposición de las controversias, sirviendo su empleo para introducir en la temática el fenómeno de la transacción «negociada».

La Edad Media Alta (siglos VIII, IX y X) fue una época caracterizada por una economía agraria, donde se potenció el desarrollo de

los grandes dominios territoriales; fue, pues, una clara sociedad feudal que ya a partir del siglo XI muta hacia un resurgimiento de la vida agraria y con ella del propio comercio que posteriormente dará origen al nacimiento de una nueva clase social, la burguesía. Pero de forma pareja se produjo un resurgir intelectual bajo las influencias del Derecho justiniano desde el siglo XI y sobre todo en el XII, potenciado por las universidades como centros de saber. Además, junto a esta unidad cultural se desarrolló una unidad política representada por la idea del Imperio que, junto con la unidad religiosa representada por la cristiandad, constituirían un todo armónico presidido por el Papa y el Emperador como titulares de ambas potestades religiosa y temporal. Con todo, será necesario comprobar como influyó sobre la voluntad negocial, sobre la transacción, las vicisitudes de los feudos, del patrimonio eclesiástico y de las estructuras familiares.

Progresivamente, se iba produciendo una uniformidad de institutos y formas negociales de los territorios longobardos y románicos en Italia, particularmente acentuada en la edad preirineriana, tendentes en la práctica contractual hacia una abolición del formalismo en favor de un reconocimiento de la eficacia obligatoria del nudo consenso, lo que llevaría a una prevalencia del esquema consensualístico de la *convenientia* sobre las dos tradicionales categorías de contratos formales y reales. Otros, sin embargo, sostenían que en el Alto Medievo no se habrían conocido sino dos categorías de contratos formales y reales, respecto a los cuales la acentuación del elemento subjetivo del encuentro de la voluntad, ciertamente presente en los conceptos de *stantia* y *convenientia*, no habría tenido más que un valor accesorio, netamente subordinado a los criterios tradicionales de obligatoriedad del negocio. Y en fin, se ha querido recientemente representar la gran zona de los *convenientia* como una especie de «bacino de raccolta» para toda una serie indistinta de negocios jurídicos bilaterales, salvados, sin embargo, en su eficacia vinculante, por el elemento de la escritura, más bien que por el puro consentimiento.

Aplicadas estas ideas al campo de la transacción, podemos ver como la eficacia obligatoria de ésta, que en el Derecho romano se centró en el nudo pacto productivo de acción tan sólo si éste venía acompañado de una *stipulatio* o si podía encajarse dentro de la estructura de los contratos innominados, discurrió paralela a las vicisitudes que el contrato y el fenómeno obligatorio en general sufrieron en aquella época, sobre todo por lo que respecta al problema del consentimiento. Y así, dependiendo de las soluciones que demos a estas cuestiones, de forma refleja, podremos situar la fuer-

za obligatoria de la transacción bien en el simple consentimiento de las partes o bien eludir a éste y centrarnos en la exigencia de requisitos formales y solemnes de modo tal que la transacción se encuentre vestida de estipulaciones, juramentos, presencia de testigos..., es decir, de los elementos típicos de los contratos formales y reales.

Para la solución de estos problemas, debemos partir como primer inconveniente de la gran dificultad del estudio de las fuentes. Los testimonios literarios y legislativos de la época no venían a esclarecernos el problema, pues si bien unos estaban a favor de la obligación del nudo pacto (*Sententiae* de Paolo, *Summa Perusiana*), otros en cambio, se mostraban reacios (*Exceptiones Petri*). Pero si de algo nos sirven sus testimonios va a ser principalmente para dejar constancia de la persistencia de la concepción formal de la relación obligatoria y en particular del uso de la redacción escrita de los negocios jurídicos en general y en concreto de la transacción, lo que nos muestra la simpatía altomedieval por recordar los preceptos de la legislación imperial posclásica romana que habían disciplinado el fenómeno de la redacción de los documentos escritos como ya habíamos reseñado.

Pero una vez dejada constancia de la especial eficacia material reconocida a la forma escrita, queda por ver si la eficacia obligatoria de la transacción queda relegada a la práctica de la escritura o si, por contra, supusiera una conciencia previa de la naturaleza obligatoria de aquel antiguo pacto.

De antemano, el primer escollo con que nos encontramos se centra en la identificación externa de este contrato, pues el *nomen* de *transactio* no apareció en todo el Alto Medievo y cuando se utilizó se hizo con un significado ambiguo o a través de otros negocios que simulaban la transacción; para su solución no podemos centrarnos en las cartas altomedievales, por la dificultad antes mencionada, pero parece ser que vino identificado principalmente con la mención de *pactuatio* (*pactum*, *pactio*) y *conuenientia*, como símbolo de ligamen de la transacción a la paz.

Fue ello fruto de la tendencia hacia una menor importancia de la tipificación de los contratos, sobre todo en las convenciones bilaterales que el Alto Medievo englobó bajo la denominación de *conuenientia*, dándose preeminencia o relevancia al acuerdo convencional, lo que llevaba la desaparición de toda diferencia teórica entre tipos negociales, y, por lo tanto, la anulación de la distinción romanista entre pactos y contratos. Fue por ello, que se tendió a identificar el concepto de «pacta nuda» con los contratos innominados y sería en esta línea de interpretación en la que se moverían los glosadores y comentaristas del *ius comune*.

Es esta referencia del significado técnico del término *convenientia* a la transacción únicamente explicable y comprensible desde el punto de vista de una falta de tipicidad negocial de la transacción. Llegamos así a comprender cómo esta asimilación fuese posible sólo en cuanto la transacción, de la originaria calificación clásica de pacto no obligatorio, había sido transformada en convención atípica productiva de acción.

3.2 LA TRANSACCIÓN EN EL DERECHO COMÚN

Después del paréntesis altomedieval, durante el cual la contraposición pacto-contrato se había desvanecido y el sustrato del negocio jurídico había perdido todo ligamen con la tradición romanística, la exégesis intensísima de los «libri legales» vendría a reafirmar la vuelta hacia la autoridad del sistema jurídico romano de las obligaciones, tal y como había quedado configurado en los textos de la compilación justiniana.

Realmente, la obra de Justiniano debió quedar oculta para la doctrina durante los siglos VI a XI y sólo en una etapa posterior consiguió resurgir. Fue en esos momentos cuando la jurisprudencia medieval, desde los glosadores hasta los intérpretes del siglo XV, volvió la vista hacia atrás y giró en torno a los esquemas del sistema romano justiniano. Efectivamente, el renacimiento de este derecho vino a presuponer el estudio del *Corpus Iuris*, y, alrededor de él, el surgimiento de la «escuela de Bolonia» durante los siglos XII y XIII, cuyo fundador es Irnerio, y cuya principal labor se centró en la reconstrucción de este *Corpus Iuris*. Se derivó de ello que en su trabajo rememoraran la antítesis de tiempos pasados entre *contractus* y *pacta* o *pacta vestita* y *pacta nuda*. Diferenciaron los contratos nominados (formales, reales, consensuales y literales) de los innominados y se mantuvo también el principio «nudum pactum obligationem non parit».

Esta época intermedia tendió, siguiendo los pasos a los compiladores bizantinos, hacia una progresiva extensión del *contrahere* (en su significación de quedar obligado), lo cual no obsta a que se siguiera manteniendo el dogma de la ineficacia de los nudo pactos, y que aplicado a la transacción llevara como consecuencia su ineficacia siempre que no estuviera «vestita» por alguna de las causas productoras de obligación (bien mediante la intervención de una *stipulatio* o bien mediante la ejecución de la prestación por alguna de las partes). Sin embargo, pese a la reconfirmación del principio «nudum pactum obligationem non parit», en la práctica tal principio resultó desvirtuado y privado de incidencia por las numerosas

excepciones de las que fue objeto. Se conformó así el origen de la derogación tácita de este principio y el paso del tiempo no conseguiría sino sentar las bases de tal derogación por imposición de las nuevas necesidades del tráfico mercantil.

Pero a favorecer y a ayudar a la progresiva emancipación del restringido pacto de la transacción, vino asimismo a contribuir el que la compilación no asignase a la transacción una tipología negocial definida, sino que se le considerara más que como un negocio jurídico en sí, dotado de autónoma configuración, como finalidad o causa general, referida, a cualquier negocio, independiente del contenido de la relación obligatoria y, sobre todo, independiente de la forma. El Derecho común acabó haciendo a la transacción, así, pues, un contrato enteramente deforme.

Como sabemos, la difusión y resurgimiento del Derecho romano estuvo en manos de los universitarios boloñeses del siglo XII; fue su principal precursor Irnerio y posteriormente, ya en el siglo XIV destacó Bartolo. De ello se derivaría la formación del Derecho común, que junto con el Derecho canónico, formarían las bases de los ordenamientos jurídicos modernos europeos; fue fruto de la unión del Derecho romano-justiniano, *lex eclesiástica* y Derecho feudal, entendido como Derecho común de la cristiandad y fue difundido en Europa por los comentaristas de los siglos XIV y XV.

Veamos, pues, bajo qué influencias se desarrolló este Derecho:

– *Derecho canónico*: Los siglos IX a XI constituyeron una fase de transición en la elaboración del ordenamiento jurídico de la Iglesia, fase presidida por una idea básica: la construcción de la unidad de la Iglesia y simultáneamente de una *lex generalis*. Ya en el siglo XII el Decreto de Graciano intentó conciliar la masa de cánones existentes desde siglos anteriores, muchos de ellos opuestos entre sí; como utilizaron los mismos métodos dentro de la escuela de Bolonia que los glosadores, ahora sobre el Derecho canónico, puede aplicársela también a los canonistas esta denominación.

Junto a los juristas, que frente a las nuevas necesidades forzaron la letra de la ley romana para darlas respuestas, se alzaron los canonistas, los cuales partiendo de la idea de supremacía de la ley de la Iglesia sobre la de Roma, entraron en abierto y directo conflicto con los legalistas. Vino a ser fundamental en toda su concepción la idea de «honestas christiana» situada en la base de todas las relaciones humanas; se alzó, pues, en característica fundamental, el elemento ético y se convirtió en pecado todo aquello que fuera en contra de la conciencia.

También los canonistas se plantearon el problema de los medios para obligar al promitente al cumplimiento de la prestación, es

decir, la búsqueda imprescindible de una acción para obtener el cumplimiento de la simple promesa, la accionabilidad del nudo pacto. Para ello contaron con dos medios: la «*condictio ex canone*» (de carácter jurídico) y la «*denuntiatio evangelica*» (en el foro interno) e intentaron llevar a una aplicación universal la legislación eclesiástica pese a la reacción de los poderes civiles. No obstante, la accionabilidad de los *patti nudi*, por cuanto combatida por los civilistas, no dejó de ser un principio discutido.

– *Derecho feudal*: Al lado de las relaciones civiles debemos situar las relaciones feudales. Realmente, estas últimas constituían el entramado de la estructura social europea por lo que, aunque ajeno a la tradición romanista, no impidió que los juristas les prestaran atención.

Es ésta una época en la que existía un grupo social poderoso que aumentaba su poder desplazando el Derecho legislado y creando nuevas normas capaces de imponer una jurisdicción a su servicio. Los atributos de la propiedad se hallaban divididos en manos por una parte del señor, titular de una parte de soberanía política y el detentador, que poseía la administración. Escuetamente, existían principalmente dos categorías de tierras: el feudo, en el que el señor concedía al beneficiario o vasallo unas tierras a cambio de servicios militares en consideración a su persona y como tal esencialmente revocable y el censo, en el que el censatario se obligaba a restituir los terrenos mejorados al cabo de un tiempo bastante prolongado o a pagarle una renta: censo.

Ante este estado de cosas, debemos analizar cómo influyeron las mutaciones de sus beneficiarios y ver cómo repercutió ello en la transacción. En un primer momento (siglos XI y XII) la situación reflejaba relaciones fundamentadas esencialmente en el carácter personal de la que sólo el beneficiario se podía aprovechar y de ahí que en el caso de que omitiendo la prohibición a que estaba sometido dispusiera del feudo traería como consecuencia la confiscación de éste. No obstante, con el paso del tiempo (siglos XIV, XV), el carácter puramente militar del feudo fue abriendo paso a otro de carácter fiscal con la consecuencia de que el señor iba a autorizar las alienaciones a condición de que se pagaran derechos bastante costosos, los beneficios feudales.

Concretamente, por lo que respecta a nuestra institución, será necesario analizar por una parte si el vasallo tenía prohibida la transacción en el caso en que mediante ella se llevara a cabo una modificación de la situación jurídica y, por otra, si en el Derecho fiscal posterior la transacción estaba sometida a los beneficios fiscales y al retracto. Para dar respuesta a estas cuestiones en primer

lugar podemos acudir al *Liber Feudorum* (lib. I, tít. XIII; lib. II, tít. LII y LIV) el cual, con un espíritu liberal y en aras a la paz, en una época en que la transacción contaba con gran favor ante la posibilidad de que las disputas degeneraran en guerras civiles, no exigía el consentimiento del señor para llevarla a cabo –salvo fraude–, en contraposición a lo requerido para otros actos de disposición. De ahí que un vasallo que no podía vender el feudo, por contra, estaba autorizado en caso de litigio a transigir. Dispensada del consentimiento del señor, el vasallo debía entregarle con posterioridad el precio del consentimiento. Sin embargo, se hacía necesario limitar estas exenciones con el objeto de evitar posibles fraudes hacia el señor de forma que se consolidaran como transacción operaciones que en el fondo ocultaban una venta.

Debido a la suscitación de controversias, esta postura se hizo insostenible y se llegó a decir que si mediante la transacción se había producido un cambio en la posesión daría lugar al retracto y a la percepción de beneficios fiscales y no en caso contrario, criterio razonado en base a la confianza personal que tenía el señor en su beneficiario. No obstante, ya a finales del siglo xv y principios del xvi, realizándose un análisis abstracto de la transacción, se preguntó la doctrina si se trataba de un acto declarativo o traslativo de la propiedad y si esta cuestión podía dilucidarse en base a la influencia que ella repercutía en la posesión. Pensemos que fue en esta época donde se había desarrollado la noción de acto declarativo bajo la presión de los intereses feudales, sobre todo como una cómoda ficción, ante la necesidad de dilucidar si se producía o no una transferencia de la propiedad. El carácter declarativo se utilizaría para lograr la elusión de la aplicación de estos principios de Derecho feudal a los que se unirían motivos de Derecho fiscal. Se buscaba pues en la naturaleza del instituto los elementos de solución.

Veamos a continuación los cambios producidos en las relaciones feudales a partir del siglo xvi hasta la Revolución francesa. El punto esencial a destacar en aquel período radicó en el cambio sufrido en la política fiscal dirigida a una posición más favorable hacia el contribuyente. Dentro de este marco de paliación de la fiscalidad, se detuvo la doctrina en considerar si el criterio hasta entonces seguido del cambio de posesión era aplicable a un caso, como el de la transacción, en el que el estado de la situación anterior discutida era desconocido. Efectivamente, era impreciso decir que la transacción se había limitado a constatar un estado anterior sin transferir nada, pues desconocíamos la situación de hecho, de ahí que el simple reconocimiento no podía dejar de ser una mera presunción; fue por ello que ante la duda del verdadero carácter de

la operación debería decantarse en favor del contribuyente, de forma que no podría exigirse el pago de los derechos sino se probara realmente el cambio de propietario. Y dentro de esta tendencia, a comienzos del siglo XVII, se llegó a admitir que cualquiera que fuera el efecto de la transacción sobre la posesión, los beneficios fiscales no se debían a menos que hubiera fraude o simulación contra el señor, o que la falsedad de las pretensiones consagradas por la transacción fuera evidente.

Sin embargo, una vez más, los abatares sociales influyeron de forma refleja en la configuración de las instituciones. De hecho, en nuestro caso concreto, a raíz de la situación en que había quedado la Corte debido a los gastos soportados por las guerras y por la mala organización, hizo necesario, como forma de paliarlo, que el rey intentara procurarse nuevos recursos para sufragarlo a través de la transacción, de forma tal que imponía nuevamente el sometimiento a impuestos en todos los casos en que se desplazara la posesión.

La relación que en estos temas pueda tener la naturaleza de este contrato, no obstante, como antes apuntamos, es evidente ya que, en el origen, el efecto declarativo de la transacción justificó la exención de beneficios fiscales, pero es que incluso sin necesidad de acudir a esta justificación tan discutida se habría podido subordinar la percepción de beneficios fiscales a la prueba del señor de que la operación comportaba una alienación.

– *Los glosadores*: Como sabemos, la difusión del Derecho romano comenzó por la realización de pequeñas aclaraciones o glosas por los juristas de Bolonia, sacando a la luz el significado literal de los textos a través del método escolástico. Destacaron dentro de estos glosadores Irnerio y Azón (siglos XII-XIII) y sobre todo Acursio, que llegó a seleccionar todo el material de glosas que se habían ido acumulando sobre los textos, desglosando las más importantes.

Por lo que a nuestro tema se refiere, el empeño de éstos iba a tener como punto primordial el intento de acreditar la existencia de una causa *transactionis* productiva de eficacia obligatoria. Así, el obstáculo representado por el principio de la no obligatoriedad del nudo pacto (insuperable para los boloñeses pese a que la pervivencia del contrato innominado habría podido autorizar una mayor audacia interpretativa) lleva a los glosadores hacia un mayor reconocimiento de la eficacia obligatoria del negocio; pretendían la búsqueda de los medios pertinentes que fueran capaces de permitir la accionabilidad del nudo pacto, en fragante contraste con la literalidad de las fuentes que insistían en manifestar que «... igitur nuda pactio obligationem non parit sed parit exceptionem» (fr. 7 & 4, D. 2, 14). Pero si era

cierto teóricamente, en la práctica este empeño carecía de sentido. Y era ello consecuencia por una parte de la oposición del Derecho canónico, anteriormente reseñada, y por otra de su inoperancia en el desarrollo del tráfico comercial, por lo cual, ante estas trabas y obstáculos, intentaron buscar las vías de escape necesarias para obviar el problema, de forma que este principio sólo quedó vigente en las relaciones civiles. E incluso aquí, su eficacia fue puramente nominal en base a las numerosas excepciones de las que fue objeto; excepciones basadas, y esto fue lo esencial, sobre principios de carácter general, los cuales, como en el caso ya visto de accionabilidad de todos los pactos en los que una parte hubiera realizado la prestación que estaba a su cargo, contenían en sí mismos la negación más absoluta e inconciliable de la máxima «*nudum pactum non parit actionem*».

Pero fue la problemática calificación del acto de la renuncia al litigio lo que iba a ofrecer a la escuela boloñesa el punto fundamental para afrontar la cuestión de la eficacia obligatoria de la transacción. De hecho diferentes interpretaciones se movieron en torno a la consideración del receso como un *facere* o como un *dare*. Con todo, pese al obstáculo representado por el principio de la no obligatoriedad del nudo pacto, insuperable por los boloñeses, dada la pervivencia de los contratos innominados, si vemos por contra, una tendencia evolutiva dirigida hacia un mayor reconocimiento de la eficacia obligatoria de este negocio a través de audaces interpretaciones.

En la línea que anteriormente mencionamos, en cuanto que el pacto se había convertido en el sustrato común de toda relación obligatoria caracterizada por la presencia de la *conventio* con la consiguiente absorción en su ámbito de los contratos y la atenuación de la antítesis entre pactos y contratos, trajo como consecuencia, que para los glosadores constituyera la transacción una figura especial de los pactos. En efecto, ya vimos cómo Azón ve al *pactum* (*conventio*) como un *genus*, del cual el contrato es una especie, con capacidad para crear *actione* (el *pactum vestitum*). Con esta doctrina del «vestido de los pactos» se pasa fácilmente a los contratos, de forma que el *nudum pactum, vestitum* deviene *contractus*. Así, pues, en materia de Derecho de gentes, el *pactum* y la *conventio* –al menos en cuanto terminología– desbancan al *contractus*.

– *El posterior desarrollo de los comentadores (posglosadores)*: Posteriormente, desde fines del siglo XIII y en especial durante los siglos XIV y XV, se produjo un cambio en el método de estudio en el sentido de una mayor profundización del Derecho justiniano encarnado por los posglosadores o comentaristas. Su denominación fue fruto de que hicieron del comentario su principal mecanismo de

estudio del derecho; no se limitaron pues a meras aclaraciones del Derecho romano como los glosadores sino que su labor fue más constructiva y sistemática. Destacaron Jacobo de Ravins, Bartolo o Baldo de Ubaldo y alcanzó su labor hasta el siglo XVIII, pese a su convivencia con otros derechos como es el caso del Derecho canónico, el longobardo y muy especialmente el Derecho estatutario.

Las primeras generaciones poscurbianas no hicieron sino converger con la visión de la escuela boloñesa, cuya novedad se redujo a una marcada consideración de la transacción como contrato innominado, que pareció constituir el nuevo punto de partida de las reflexiones sobre el problema de la eficacia obligatoria del negocio. Tanto los glosadores como los comentaristas realizaron un gran desarrollo conceptual de estos contratos innominados, categoría que había sido desconocida por la clasificación Gayana y que constituyeron el punto central de la doctrina del Medioevo, desarrollándola de forma diferente a la elaboración bizantina; sería la *permutatio* el contrato innominado por excelencia en esta época. Pero a la insistente denominación como contrato innominado no le vino a corresponder un respectivo progreso respecto a la tendencia evolutiva de los glosadores que les sirvió de guía.

Nuevamente, los principales problemas que trataron se centran en la especie de convención a la que perteneció la transacción y a qué acción dio origen. Por lo que se refiere al primero, volvieron sobre la disputa de la calificación del recesso como un *dare* o como un *facere*; no les convenció la tesis azoniana que le veía como un *do ut des* porque la obligación a la que se renunciaba era incierta, dudosa; volvieron por ello a la primera construcción acogida por los glosadores, es decir, la que la había configurado como un *facio ut des*. Y en cuanto a la acción no hicieron sino replicar las opiniones de los juristas boloñeses.

4. LA *TRANSACTIO-CONTRACTUS* EN LA JURISPRUDENCIA CIVILÍSTICA DE LOS SIGLOS XVI-XVII. LA ESCUELA CULTA

Dado que los posglosadores no supieron ver las irregularidades de que la compilación justiniana adolecía, junto con el excesivo casuismo y farragosidad a que la glosa y el comentario llevó, trajo como consecuencia las críticas que desde fines del siglo XV y sobre todo en el XVI les dirigirían los humanistas. De hecho, a finales del siglo XV o principios del XVI, se instauró la Edad Moderna de la que formaron parte un nuevo género de pensadores denominados

humanistas. Se basaron éstos en un espíritu crítico y renovador, sin los condicionamientos, sobre todo religiosos, de sus predecesores medievales que se tradujo en una nueva visión del Derecho romano. En esta actitud renacentista se tendió a sustituir la razón de autoridad imperial del legislador Justiniano por la fuerza intrínseca de la razón jurídica que contenía el *Corpus Iuris* y por eso el racionalismo que dominó en Europa en los siglos XVII y XVIII buscaba en el Derecho romano la *ratio scripta* y no el texto de autoridad. Ya no se iba a considerar a éste como un ordenamiento intocable, intemporal, sino válido en el contexto histórico en que se desarrolló, de manera que se hizo acuciante la creación de otro Derecho que pudiera aplicarse a los nuevos tiempos sin forzar la interpretación del Derecho romano. Además vino a poner de relieve las incorrecciones y anacronismos de los juristas medievales.

Pese a que es necesario adentrarnos en el siglo XVII dentro de la escuela de Derecho natural para apreciar la superación definitiva de los principios contractuales romanos y con ello una renovación radical del sistema de los contratos, ya en el siglo XVI, con la escuela culta, la transacción empezó a asumir la apariencia que conservaría en la literatura jurídica moderna.

En esta corriente se produjo una transformación en el modo de afrontar los problemas de la eficacia obligatoria de la transacción, cuestión a solventar a lo largo de toda su evolución, así como en su sistemática. Ello fue debido a un cambio en la óptica de investigación y en la forma de operar. En este sentido, por lo que al primer problema se refiere, se hacía acuciante la necesidad de eludir las dificultades con las que las escuelas precedentes se habían enfrentado y habían sido incapaces de solucionar, abandonando los viejos esquemas interpretativos que habían fallado en el intento de adaptar el negocio al esquema causal de los contratos innominados y abandonando definitivamente en sus razonamientos los viejos esquemas interpretativos. En este ámbito, se trasladaron los problemas del campo procesal al sustancial y estructural y tuvo su núcleo fundamental en el encuadramiento de la transacción en el sistema contractual. Además, los problemas sobre la forma de conclusión de la transacción (pacto, estipulación, contrato innominado), evocaban la exigencia de una unificación de las mismas, en aras de la búsqueda del fundamento de su eficacia obligatoria.

Si con el entramado de las *datio ob rem* se atribuía la posibilidad no sólo de exigir el restablecimiento de la situación anterior sino también la ejecución del cumplimiento, se consideró que indirectamente se estaba atribuyendo al *dare* o al *facere* una relevancia causal independiente de la forma utilizada para llevarla a cabo. Se

consiguió, por lo tanto, dar importancia al acto de transferencia pero pasando por la vía de la afirmación causalística y por aquella de la desvalorización de la *stipulatio* o de la *traditio* a un tiempo.

Las soluciones a las que llegaron vinieron ya a atisbar aquellas modernas en las que la transacción salió del ámbito de los contratos innominados y de los esquemas causales no predeterminados por la norma, para entrar a formar parte de los contratos nominados en los cuales la voluntad pasó a formar parte de un esquema negocial rígido. Se intentó abrir paso a esta cuestión atenuando la bipartición contratos nominados e innominados, agrupándolos todos bajo el denominador común, bajo la característica general del sinalagma, entendido como objetiva relación de intercambio. En este sentido, el intercambio recíproco de las prestaciones había de ser considerado en sí suficiente para asignar al negocio dignidad causal, centrándose pues en la problemática del sinalagma entendido como «*mutuum factum obligatorium*». Aunque, eso sí, mientras para unos el sinalagma operaba sobre el acuerdo, fundando la bilateralidad objetiva e independiente de la declaración de voluntad, para otros no intervenía más allá que donde operaba la correspondencia subjetiva, la consensualidad. Se centran, pues, no ya en el elemento consensual sino funcional y sería gracias a la subsunción bajo esta categoría general, la que ayudaría y facilitaría a los intérpretes a saltar el obstáculo de la calificación textual de la transacción como nudo pacto no obligatorio.

En cuanto a su sistemática será necesario dilucidar como repercute este acercamiento entre contratos nominados e innominados en la transacción y en este sentido fue, en primer lugar, la escuela francesa la que puso en tela de juicio su colocación entre los contratos innominados. Incluso, en el interior de la escuela culta no hubo concordia sobre el problema de la contractualidad de la transacción. Seguidamente, la escuela continuaría a oscilar entre las dos tendencias interpretativas: apoyando la construcción de la transacción como *contractus* sobre la existencia del requisito de las recíprocas concesiones o simplemente restableciendo la más tradicional sistemática de la transacción como nudo pacto, *stipulatio* o contrato innominado.

El debate perdería su razón de ser con el afirmarse, entre los siglos XVII y XVIII, la nueva tendencia conceptual de la teoría de los contratos por obra de la escuela del Derecho natural. Pero no quiere decir ello que debemos confiar exclusivamente la renovación del sistema contractual al principio consensual del iusnaturalismo sino que también por otras vías se intentó, como hemos visto, haciendo hincapié sobre los elementos estructurales. Ya desde el siglo XVIII

se vino a defender el principio de libertad de contratación como derecho del hombre a desarrollar su libre personalidad y como forma de erradicar las desigualdades, los privilegios del antiguo régimen. De ahí que todo contrato se basara en una contratación libre y entre personas iguales.

5. LA CODIFICACIÓN

A modo de síntesis, como hemos desvelado tímidamente, el entramado fundamental que ha seguido la evolución de la institución en liza, desde el Derecho romano hasta la Codificación, se ha centrado en la búsqueda de la eficacia obligatoria, en la búsqueda del nacimiento de las obligaciones por el mero consentimiento.

Recordemos, que en el Derecho romano clásico, el formalismo era fundamental, de forma que se configuraba un sistema en el que no era posible otorgar eficacia jurídica a los nudo pactos que no cumplieran determinadas formas o la certeza de la entrega previa de una cosa, así como un sistema contractual bastante rígido incapaz de flexibilizarse pese al esfuerzo y reacción del Derecho justinianeo a través de los contratos innominados. La doctrina bizantina que reconocía que la voluntad, la *conventio*, era la madre de los contratos, pareció situarse en las puertas de una nueva concepción, pero no supo pasar adelante.

Los legistas medievales, apegados a la letra del Corpus Iuris, tampoco supieron dar un paso decisivo. El impulso vino dado por el Derecho canónico y por el Derecho mercantil. El primero de ellos en cuanto la Iglesia católica adquirió gran difusión e importancia y junto a ella el estudio de los textos canónicos, menos ligados que los civilistas a la tradición romano justinianea, potenciaron las motivaciones de orden ético y religioso. Proclamaron que la infracción de un compromiso contraído constituía un pecado mortal y que por ello todo pacto producía una acción. Además, alentaban en concreto la actuación de buena fe, el deber de veracidad y el respeto a la palabra dada, capaz de abrir el camino a la regla de que el solo consenso obligaba. Otorgaban éstos, por lo tanto, un valor fundamental al consenso y establecían la idea de que la voluntad es la fuente de la obligación; de ahí que existiera la obligación de respetar los pactos aunque éstos fueran «nuda pacta». Sería este principio el que posteriormente se recogiera en el título XVI del Ordenamiento de Alcalá (1340), abandonando la pretensión de las Partidas, a través de las cuales se produjo la recepción de las ideas romanistas en España, de continuar con el sistema justinianeo. Por

su parte el Derecho mercantil, el *ius mercatorum*, necesitaba una flexibilidad en la contratación para facilitar las operaciones, de ahí que consideraran oportuno liberar de trabas formales a la contratación (*aequitas mercatoria*) y por ello elevaron al mutuo consentimiento en la esencia del contrato; todo negocio, decían, debe decidirse según la buena equidad, sin atender a las solemnidades del Derecho.

En consecuencia, ya en la Edad Moderna y sobre todo con la Escuela del Derecho Natural se fue dando una progresiva relevancia a la voluntad individual, de tal forma que el fundamento o la causa de la creación de obligaciones se encontraba en la libre voluntad de los contratantes; y así se configuró el contrato como acuerdo de voluntades. Todas las particularidades que habíamos visto en el procedimiento moderno habían desaparecido ya en la Edad Moderna, en la que la transacción engendraba una acción y una excepción. Pero de todo ello, lo que más interesa destacar es que el contrato vino a ser una manifestación del consentimiento, todo acuerdo de voluntades por medio del cual los interesados se obligaban, y así pasó a través de Domat y Pothier, al Código de Napoleón y al resto de los Códigos Civiles en la etapa contemporánea de finales del siglo XVIII y principios del XIX.

Con todo, podemos resumir así esta evolución: esta figura en Derecho romano no pasaba de ser un simple pacto, pacto que por sí mismo no producía acción alguna dirigida a obtener el cumplimiento de lo pactado sino únicamente una excepción. De ahí que también se hiciera posible su conclusión bajo la forma de *stipulatio*, que producía la *actio ex stipulatio*, o de contrato innominado, por el cual, cuando una de las partes cumplía la transacción disponía de la *actio praescriptis verbis* para exigir su cumplimiento. En aquella época contrato y pacto eran distintos y ocupaban una posición contrapuesta en cuanto a su defensa procesal. El contrato se configuraba como la causa de una obligación que no suponía un acuerdo de voluntades mientras que el *pactum* o *conventio*, por su parte, exigía siempre este acuerdo para producir una acción, es decir, que no creaba la relación obligatoria por sí mismo cuando no se fuese acompañado de la *stipulatio*. Hemos visto cómo en su evolución lo que se ha tendido ha sido a unificar ambos conceptos plenamente alcanzado en la actualidad. Y así podemos decir que la transacción moderna en cuanto a su formación recuerda al pacto romano, mientras que sus efectos se corresponden más con aquellos del contrato. Pero por lo demás se han hecho sinónimos los conceptos de pacto, convención, o contrato.

Casi todas las codificaciones modernas se ocuparon de la transacción. El problema fundamental es que cuando llegamos al siglo XIX nos encontramos con una falta total de literatura jurídica, por lo que los legisladores de este siglo se limitaron a la observación del Corpus Iuris y del Derecho común; dato que puede venir a explicar las deficiencias y dificultades de la construcción codificadora.

En esta época centramos nuestro estudio en el Código francés, cuya regulación siguiendo muy de cerca la compilación de los libros de Justiniano, no ha sido muy afortunada. En concreto fijamos nuestra atención en el artículo 2044, que siguiendo la tradición de Domat la define; definición por los textos legales que no responde sino por regla general a las más firmes exigencias de la doctrina. La redacción de normas concretas y especiales para la transacción no fue un hecho indiscutido sino que, en un primer momento, se pensó en su sometimiento a las reglas del Derecho común; no obstante dadas las numerosas reclamaciones de los Tribunales se optó por otorgarla un título especial. El artículo 2044 la definió, recordando al Derecho romano, como «un contrato por el cual las partes ponen término al litigio ya nacido o previenen un litigio por nacer».

A corregir la técnica, la imperfección del Código francés de no revelar los medios idóneos para su conclusión, con la consiguiente confusión que podría provocar con numerosas operaciones que tienen igual efecto, vinieron otros Códigos europeos que imitaban en lo fundamental al francés y, actualmente, casi todas las legislaciones apuntan las notas características de este contrato. Muestra de ello fue el Código italiano de 1865, sobre el que posteriormente se inspiró el legislador español para la redacción del artículo 1809. Éste parece que vino a refundir dos pasajes romanos, que ya habíamos visto anteriormente: «qui transigi, quasi re dubia, et lite incerta neque finita transigir...», recogido en el Digesto –Ley 1.^a del Libro L. ad Edictum de Ulpiano–, y «transactio, nullo dato vel retento seu promiso, minimi procedi», Ley 38 del Código. Y en el mismo sentido el artículo 1965 del Código italiano de 1942 definió la transacción como un contrato por el cual las partes, haciéndose «recíprocas concesiones», ponen fin a un litigio ya iniciado o previene uno que pueda surgir. A más abundamiento, las recíprocas concesiones vinieron también delineadas en el germánico (& 779), el cual refiere claramente la expresión «im wege gegenseitigen Nachgebens» (mediante recíprocas concesiones).

Por lo que se refiere al Derecho español, si bien las leyes de Partida se inspiraron en los precedentes romanos en el tratamiento de la transacción, no la dedicaron un título especial, sino que úni-

camente algunas leyes se ocuparon por incidencia en esta materia (Ley del título 2.º de la Partida 6.ª, 22 de la Partida 3.ª y 14 de la Partida 5.ª), y sólo se encuentra una en que de una manera expresa se trate de la transacción, que es la 34, título XIV, de la Partida 5.ª, consagrada a determinar los efectos jurídicos de la misma.

El Proyecto de Código Civil de 1836 definía a la transacción (art. 1635) como: «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». Y en el Proyecto de 1851 (art. 1713) como: «convenio no gratuito sobre cosas dudosas, que puede ser hecho antes o después de haberse promovido el pleito sobre ellas».

Ambos parece que se apartaron de la redacción del Código francés pero siguieron sin precisar el medio con el que se había de ejecutar la transacción.

Hablaban de convenio, pero no cabe duda de que se está refiriendo a un contrato, como ya el Anteproyecto de 1885 y 1888 lo mencionó expresamente, y es precisamente en este Anteproyecto donde se configuró la definición actual del artículo 1809, copia literal del artículo 1764 del antiguo CC italiano. Es significativa, pues, la función negocial con la que queda ya configurado y el reconocimiento expreso de su carácter contractual. Sin embargo, pese a decir «dando, prometiendo o reteniendo» todavía no aparece claramente identificado el verdadero fin de la transacción, cual es el recíproco sacrificio de parte del derecho pretendido y controvertido. Será finalmente el CC italiano de 1942, en su artículo 1965, el que recoja ya expresamente este requisito al hablar de recíprocas concesiones.

Al menos hemos podido percatarnos a lo largo de este estudio evolutivo cómo la transacción ha estado presente en todo estado del Derecho desde sus albores y cómo gradualmente, con el tiempo, ha ido asumiendo importancia. Así, pasó de sus orígenes remotos en el Derecho romano y Derecho intermedio en que únicamente alguna referencia se hacía a la misma (de hecho tan sólo algunas breves referencias se realizaron en alguna Partida aislada y en contados Fueros municipales), al Derecho de la Codificación en el que culminó con su conformación como una figura propia en todas las legislaciones. En efecto en ningún Código faltó la doctrina de las transacciones, colocada con mayor o menor acierto entre los contratos. Fenómeno que no fue aislado en el Derecho español sino que fue la tónica general en otras legislaciones extranjeras.

Pero no sólo legislativamente hablando se produce esta progresión sino que incluso en la propia conciencia popular se nota el cambio hacia una mayor estima general.