

LA TRANSACCION

Por FERNANDO HINESTROSA

1.—*Conceptos y ubicación legales*. Enumerada dentro de los modos de extinguirse las obligaciones en el ordinal 3º del art. 1625 del C.C., de la transacción se ocupa el mismo estatuto en el Título XXXIX del Libro 4º, que tras de presentarla como “un contrato en que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente o precaven un litigio eventual” (ibid. 2469), fija en detalle sus presupuestos, su función y sus consecuencias específicas.

2.—*Naturaleza de la figura*. Partiendo de la expresión legal y sabiendo que el concepto normativo no siempre es acertado y, en todo caso, no es vinculatorio en la indagación de los rasgos estructurales y funcionales de las figuras jurídicas (1), es pertinente establecer cuál es la naturaleza genuina del acto de transacción, captado en sí y en sus repercusiones privatísticas y procesales, y ubicarlo dentro de las clasificaciones de los sucesos relevantes para el derecho.

a) *Aspecto práctico*. El vocablo transacción es uno de los más usuales dentro del lenguaje cotidiano, llegándose inclusive a la deformación de algunas inflexiones suyas (2); en tanto que el empleo del medio compositivo que el transigir encarna lleva a la expresión de sus ventajas en dichos de experiencia popular. Así, entendida como manera de solucionar un conflicto de intereses por acuerdo entre los contendores, cristalizado generalmente sobre la base de recíproca reducción de lo pretendido en extremo, la transacción sirve también en el idioma de los negocios, especialmente de los bursátiles, como sinónimo de trato u operación comercial. Y dejando de lado esta acepción poco perspicua y concentrada la atención en el sentido prístino del término, se recuerda el decir inveterado de “más vale una mala transacción que un buen pleito”, donde, a la vez que se traducen los temores y recelos hacia el li-

(1) Santoro-Passarelli. *La Transazione*. Jovene. óapoli. 1958, N° 28.

(2) Tal el barbarismo “transar”.

tigio lleno de azar, se manifiesta la convicción de que los propios interesados pueden decidir con acierto la diferencia que los enfrenta.

b) *Aspecto legal*. La transacción es una solución amigable y convencional, obra de los propios interesados, de un litigio en curso o de una controversia susceptible de derivar en proceso. De manera que desde el punto de vista estructural aparece la exigencia de dos partes en contradicción en torno a las posibilidades y deberes de ambas en torno a una posición gobernada por el derecho, que resuelven componer su discordia por sus propios medios y plasman su acuerdo en una convención. Y desde el ángulo de los resultados, la necesidad de firmeza de la situación aclarada.

Se destacan como rasgos sobresalientes, fundamentales, de la figura, su carácter convencional, su función declarativa, dirimente y su eficacia definitiva.

3.—*Convención extintiva*. El código destaca el efecto cancelatorio de obligaciones que produce la transacción (1625, 3º), pero bien se comprende que esa virtualidad extintiva no reduce su acción a las solas relaciones crediticias, sino que se proyecta a todo tipo de vínculos de derecho, aun cuando las obligaciones sean las que se manejan así con más frecuencia. De otro lado, el contrato, dentro de nuestro régimen legal y nuestra terminología, es una convención cualificada: "aquella en que una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa" (c.c. c, 1495, c.c fr. 1101 c.c. ch. 1438), de manera que desde el primer momento se palpa una evidente incongruencia entre la función extintiva de la transacción y la misión exclusivamente creadora de obligaciones que cumple el contrato, como para poder aceptar sin reparos la definición que trae el código de aquella institución.

Conocida es la explicación del desarrollo del término contrato, que no corresponde exactamente a su ancestro romano *contractus*, pues mientras que éste designa los moldes exclusivos en que puede verse la disposición particular de intereses, y en ese sentido se encuentra mejor traducido en la expresión *negocio jurídico*, como acto de autonomía privada, el contrato es forzosamente una especie doblemente circunscrita de aquel género: operación bilateral, convención, y creadora de obligaciones o con efectos obligacionales. Esto, dejando a salvo corrientes doctrinales divergentes, como es el caso de la tradición italiana, para la cual la delimitación no es doble, como en nuestro caso, sino tan solo al género convención, pues allí el contrato es sinónimo de convención, y por lo mismo, es aceptable la presencia de contratos con eficacia conservativa y aun extintiva.

La transacción resulta definida en su función como un modo de finalizar un diferendo actual o eventualmente litigioso, como un procedimiento extintivo, sea de las obligaciones, sea de otras suertes de relaciones, siempre y cuando que en torno a unas y otras exista conflicto de intereses entre las partes.

De ahí por qué la doctrina haya censurado invariablemente la ubicación y el tratamiento legales que recibe la figura en los distintos ordenamientos, como un contrato, más todavía, como un contrato cualquiera. Reparos que en cuanto se refiere al influjo del código francés, algunos enderezan en el sentido de lamentar la ausencia de obra de Pothier sobre la materia doliéndose de que ante la falta de apoyo tan conspicuo no se hubiera dejado el tema al cuidado del derecho común y de la teoría general (3). En tanto que otros autores, observando la confusión terminológica, prefieren referirse a la transacción como "*convención liberatoria*, no un contrato, pues extingue obligaciones en vez de hacerlas contraer" (4).

Quizá por la eficacia híbrida de esta figura, sustantiva y procesal a la vez, probablemente porque sus resultados cancelatorios son poco propicios a debate y argumentación, el hecho es que la transacción no ha sido objeto de mayores estudios sistemáticos, y el apoyo doctrinario que puede invocarse para determinar sus distintos aspectos es bastante escaso, en tanto que en el campo jurisprudencial, por cuanto su finalidad es concluir litigios y no suscitarlos, no es frecuente la decisión en torno suyo, y cuando se le encuentra es solo en torno a sus requisitos formales o intrínsecos, a su validez o a su interpretación.

4.—*Presentación doctrinaria*. Descuidada en la exposición del derecho civil, a la transacción se la despacha en los tratados con unas pocas ideas sin especial depuración: Contrato que termina un litigio o lo precave, sobre la base de concesiones recíprocas de las partes, con eficacia declarativa y consecuencias de cosa juzgada. Y, con la mira de localizarla dentro de las categorías generales, se afirma por algunos que es un contrato bilateral, oneroso y conmutativo, sin reparar en el respaldo de tales afirmaciones y en la contradicción que se plantea entre esos rasgos y las características y consecuencias propias de la figura examinada (5).

Organizando el pensamiento doctrinal en torno a la transacción, puede palparse unanimidad en algunos aspectos: Es un

(3) Colin y Cajitant, *Curso Elemental de Derecho Civil*, T. IV, pág. 910, trad. de Buén, 2ª ed. Reus. Madrid, 1949.

(4) A. Colmo, *Obligaciones en General*, 3ª ed. A. Perrot, Buenos Aires, 1961. Nº 811.

(5) Cas. julio 31 de 1953, G. J. LXXV, págs. 661 a 664.

acto bilateral y particular, cuya función (6) es la de dirimir amigablemente un litigio en curso o de futuro planteamiento. El motivo que induce a las partes a celebrar un negocio jurídico de este orden (7) es común e igual para ambas: lograr una certeza, ajustar la situación, fijar establemente la relación materia de conflicto. De suerte que lo cardinal, propio y característico de la transacción es eliminar un litigio, actual o futuro, siendo cualquier planteamiento adicional complementario, paralelo y subordinado al genuino convenio extintivo.

5.—*El negocio declarativo.* Dentro del empeño del derecho en otorgar y solidificar la certeza de las relaciones jurídicas, y siendo la base del conflicto la duda, que grava hondamente los intereses de las partes, la ley confiere a los particulares varias vías para la eliminación de la incertidumbre en materia de derecho privado, donde impera el principio dispositivo: a) la autocomposición y b) la heterocomposición, maneras que se descomponen: La segunda en composición judicial y arbitral (arbitraje y compromiso) y aquella en las variantes de negocios de reconocimiento (aceptación de la pretensión y su extremo contrario, la renuncia de la misma pretensión), la conciliación y la transacción, todos ellos actos declarativos (8)

En este orden de ideas aparece una proximidad tanto dogmática como práctica entre la sentencia, el laudo, el negocio de fijación y la transacción, todos a una expresiones declarativas de suyo, que no crean una situación *ex novo* y todos con eficacia dirimente definitiva, tránsito a cosa juzgada. Todos a un mismo tiempo definiendo la situación, en los términos a los cuales han de atenerse las partes en lo sucesivo e impidiendo un replanteamiento de la misma controversia ante cualquiera autoridad jurisdiccional y haciendo inválida cualquiera actividad que quebrante esa valla infranqueable, todos pronunciamientos susceptibles de injusticia, sea malévola o fortuita, sea por equivocación espontánea o ilícita, y, por lo mismo, con posibilidad de remedio limitado a la justificación del quebranto y a la sanción de la incorrección presente.

Sentencia, reconocimiento, renuncia y transacción poseen una fuerza intrínseca propia del propósito de evitar nuevos litigios sobre una materia ya decidida, por lo cual el ordena-

(6) Causa objetiva: BETTI, *Teoría del Negocio Jurídico*, trad. M. Pérez, 2ª ed. Ed. Rev. de Dcho. Pvd. Madrid, 1959, N° 20; Cariota-Ferrara, *El Negocio Jurídico*, trad. Albaladejo, Aguilar, Madrid, 1956, N° 120.

(7) Causa subjetiva, c.c. art. 1524.

(8) G. Branca, *Instit. di Diritto Priv.* 4ª ed. Zanichelli, Bologna, 1958, N° 309, págs. 546 y 547, N° 310. Bis, págs. 548 y ss. Santoro-Passaerlli, *voce Atto Giuridico*, N° 5. *Enciclopedia del Diritto*, Giuffrè, Milano, 1959, Id. *La Transazione*, Jovene, Napoli, cap. III y 39. Cas. Abril 25 de 1942, G. J. LIII, Nos. 1984 y 1985, págs. 335 a 362.

miento es riguroso en la concepción de terapéutica en contra de los yerros cometidos, pues aquí prevalece sobre el afán de justicia el de certeza y seguridad.

Mientras que en la heterocomposición (con atenuantes cuando el fallo se pide y pronuncia en equidad) y en la autocomposición en términos de aceptación o de renuncia, prevalece el juicio en derecho, pues sea el juez, sea el árbitro, sean las propias partes, atienden más al juego de los hechos y de las normas que a consideraciones económicas; en la transacción, que constituye un incentivo a la solución equitativa, a la conciliación de los extremos, influyen determinadamente otros estímulos, cuanto lo primero, el factor psicológico y el económico, prevaleciendo éste, pues las consideraciones de derecho ceden en mucho a los resultados patrimoniales. De ahí por qué se encuentre siempre dentro de la transacción, así sea solo en la imaginación de las partes, la recíproca concesión, que en rigor, y sobre este punto no hay discrepancias conceptuales. no constituye cesión de intereses patrimoniales, sino más bien la deposición de orgullos y apetitos, abandono de intransigencias, porque solo sobre esa base es viable un entendimiento por este camino (9).

6.—*La transacción no es contrato en sentido estricto.* La discrepancia doctrinal surge en torno a la naturaleza de la figura, y quizá es más terminológica que efectiva: se sostiene sin mayor discernimiento, que la transacción es un contrato bilateral, oneroso y conmutativo, con efectos fundamental y en veces exclusivamente declarativos y eventualmente con adicionales alcances atributivos o constitutivos.

En buena medida se explica la repetición de estas ideas por ese fenómeno tan frecuente como injustificado del imperio de un modo de pensar y de regular las cosas, no obstante la modificación de los hechos, de las circunstancias, y aun de las normas. En el derecho romano la transacción adquiere la calidad de contrato típico bajo la forma *stipulatio* y con la exigencia de *realidad*, de modo que no se perfeccionaba sino contra la entrega de la res; de ahí el principio de *dando vel retinendo*. Pronto la transacción se liberó de esos rituales y se convirtió en convención consensual, como se mantiene en la mayor parte de los ordenamientos, con solas exigencias probatorias en algunos, y en otros, con algunos límites fundados en la naturaleza raíz de los bienes en litigio (10).

Sin embargo, la doctrina sigue manifestando la profunda huella dejada por el origen de la figura. Algún autor francés

(9) F. Carresi, *La Transazione*, UTET, Torino, 2ª ed. 1956. Nos. 34 y 35. Cas. marzo 22 de 1949, G. J., LXV, Nos. 2070/1, págs. 629 a 63 de los tiempos.

(10) Carresi, ob. cit., N° 38.

censura a los redactores del código Napoleón por no haber entendido bien a Domat y haber llegado incluso a traicionarlo, cuando de la expresión suya *Transacto nullo dato vel reteneto seu promisso minime procedit* pasaron al texto del art 2044 que corresponde al 2469 de nuestro estatuto, perdiendo de vista el alcance realista y actualizador del clásico. El código italiano de 1865, guiado por espíritu similar al de los censores, agrega como parte de la definición del contrato la recíproca concesión, imprimiéndole a este aspecto caracteres de esencia. Conocidos autores franceses y alemanes definen la transacción como contrato bilateral (sinalagmático), oneroso y conmutativo, reduciéndose a la afirmación, sin mayor argumento en favor de su tesis: Descansan en el peso de la tradición y ésta en la reglamentación romana clásica, sin reparar en el cambio de la estructura de la institución a través de los tiempos (11).

Es interesante comprobar cómo esa doctrina se circunscribe a enumerar las características que según ella distinguen al contrato de transacción, sin dar motivo de su postura, y a extraer consecuencias tan irrelevantes como: En cuanto bilateral, el contrato está sometido a la redacción en doble ejemplar. En cuanto oneroso, supone la mutua concesión en las pretensiones y se distingue de la renuncia y del reconocimiento. No obstante ser conmutativo, no es vulnerable por causa de lesión. A pesar de ser oneroso, por lo declarativo, no causa el impuesto exigido para las operaciones de aquella índole (12)

Las calificaciones comunes de la transacción no están respaldadas por un razonamiento sólido y obedecen, todo lo más, a simple hábito. Quienes se han ocupado a fondo del tema, por el contrario, o rechazan con firmeza y asidero la posición usual, o si llegan a aceptarla, dejan en claro los vacíos de la tendencia y ponen de relieve su origen (13).

7.—*Variedades de la transacción.* Negocio bilateral por lo mismo que exige la intervención de las dos partes discrepantes, no siendo contrato por su función típicamente extintiva,

(11) H. y L. Mazeaud, *Lecons de Droit Civil*, Ed. Monthrestien, París, 1956, T. III, Nos. 1634 y ss. JOSSERAND, *Cours*, Sirey, París, 1933. T. II., Nos. 1453 y ss. Planiol y Ripert, *Trat. Práctico*, trad. Díaz C., Habana, 1940, Tomo XI, Nos. 1563/93. Colin y Capitant, *Curso Elemental*, cit.; *Cours Elemental*, Dalloz, París, 1953, Nos. 1379 y ss. von TUHR, *Parte General del D. Civ. Alemán*, Vol. III., N° 19, IV, trad. Ravá, de Palma, Buenos Aires, 1948. ENNECCERUS, LEHMANN, *Derecho de Obligaciones*, N° 95, trad. González Aguer, Bosch, Brcelona, 2ª ed. 1950. CARRESI, ob. cit. No 38. CARNELUTTI, *Sistema de Derecho Procesal Civil*, Trad. Alcalá Z. y Sentis M. Uteha, Buenos Tiers, T. I. Nos. 55 a 60.

(12) cf. Los autores franceses anteriormente citados.

(13) Carresi, ob. cit. Nos. 37 y 51 y bibliografía allí citada. Santor-Passarelli, *La Transazione*, Nos. 1, 8, 24 y 28. Branca, ob. cit. No. 310. Bis.

la transacción es un convenio de autocomposición que puede asumir uno de tres rumbos: a) limitarse a dirimir la contienda, reglamentando la relación de base o primitiva, distribuyendo los derechos de los contendores, circunscribiendo su alcance a lo que se disputa; (*res dubia*) esta es la transacción pura. b) definir y terminar el litigio, con disposición de lo que se discute y con ingerencia en otros campos o derechos de las mismas partes o de una de ellas, que se atribuyen como complemento o adición de lo transigido y para saldar la diferencia: Transacción novatoria típica. Y, c) creando una relación nueva que sustituye a la controvertida, que así desaparece por incompatibilidad con la sobreviniente, novación escrutable más por los efectos que por el mismo *animus novandi* (c.c. art. 1693); transacción novatoria atípica (14).

En todos los tres casos el resultado inmediato es igual, cancelación del conflicto; pero, mientras que en la transacción pura y en la novatoria típica, la función primordial o exclusiva del negocio es de reglamentación o definición del problema, o sea de la incertidumbre; en la última hipótesis ese efecto es complementario, motivo y no causa como expresa alguno (15), o en otros términos, en la transacción pura y en la novatoria ordinaria el negocio es auxiliar, al paso que en la novatoria atípica es de segundo grado. Siendo por lo demás muy difícil establecer en la práctica a qué categoría pertenece el acuerdo, y resultando en los más de los casos la transacción como negocio predominante, que por primario absorbe y determina la totalidad de los efectos que se rigen no por la función propia de la disposición adventicia, sino por la finalidad declarativa de la convención (16).

Porque el caso es que sea como nota auxiliar o aditamento indispensable u ocasional de la transacción, se puede celebrar un negocio patrimonial agregado o complementario; como también puede ocurrir que la definición y extinción de la disputa resulte de contrato o contratos otorgados por las partes sin referencia directa a su litis, que se termina por la incompatibilidad manifiesta entre las dos situaciones, de las cuales prevalece la ulterior. Así, a los motivos tradicionales de confusión, se agregan los que derivan de la dificultad de separar la transacción en sí— que no modifica las relaciones jurídicas precedentes sino en cuanto de inciertas las vuelve seguras y precisas— de la transacción que motiva, por razones de oportunidad ordenadas por la posición contingente de los interesa-

(14) Carresi, ob. cit. Nos. 67, 68 y 90. Santoro-Passarelli, ob. cit. Nos. 26 y 27 c.c. art. 765.

(15) Branca, loc. cit.

(16) Bazaead, ob. cit., N° 1651.

dos, cambios en materias distintas de la conflictiva, pero todo dentro de un rumbo exclusivo declaratorio y funcional; así como los de abstraer en aquella definición que aparece por cancelación del nexo primitivo por el advenimiento de otro que lo sustituye, lo que es transacción y lo que es contrato o atribución patrimonial. Problemas éstos intuídos y resueltos principalmente por la jurisprudencia, con acierto práctico, por o sin un hilo conductor dogmático que aliente las soluciones y les imprima plena consistencia (17).

8.—*Naturaleza declarativa de la transacción.* La doctrina concuerda en señalar que la naturaleza de la transacción es declarativa y no traslaticia; quien recibe en gracia de ella de rechos de los controvertidos no los adquiere por ella, sino en fuerza de la relación primaria o de base; la transacción no constituye un título traslaticio (c.c. 765), ni es justo título para los efectos de la prescripción ordinaria, ni da origen a pedir saneamiento por evicción; igualmente escapa al régimen ordinario de impugnación de los negocios jurídicos.

De todo lo cual resulta con mayor nitidez la incompatibilidad entre estas afirmaciones que ponen de presente la verdadera conformación de la figura, y aquellas que tienden a colocarla dentro de categorías que más que extrañas a ella, son contradictorias con su verdadera función y con sus efectos: Si la transacción puede considerarse como un negocio de fijación (*accertamento*) tomado en sentido amplio, o meramente declarativo, o básicamente declarativo, o reglamentario, o de segundo grado; si en últimas, la razón de ser conceptual y vital de la transacción es como todos los códigos, e incluso los diccionarios, lo afirman, poner término a un litigio o precaverlo, la transacción de suyo no es gratuita ni onerosa, es incolora, escapa a esa clasificación; lo cual se ajusta a su íntima realidad y se compagina con la tendencia a superar el dilema gratuitad-onerosidad por angosto en demasía, según la cual a estas categorías se escapan los negocios de fijación o de destinación o neutros (18), en fin, actos dispositivos que pueden tener y tienen consecuencias patrimoniales, pero que son refractarios a una exclusivista dualidad, dejada atrás por la realidad.

Si la transacción es una autocomposición del conflicto, aparece como una especie dentro de tal género, que se diferencia de la renuncia y del reconocimiento en cuanto estos tienen una mayor rigidez jurídica, pues reflejan con mayor fidelidad la situación de derecho, y aquella atiende más a la materia económica y está influida por factores circunstanciales, en especial de orden psicológico. Su función se agota en la decisión particular

(17) Cas. abril 25 de 1942, G. J. LIII, págs. 355 y ss.

(18) Carresi, ob. cit. N.º 37. Cariota-Ferrara, ob. cit., Nos. 40 y 60 a 62.

de la litis trabada o por venir, de modo que la imposibilidad de plantear o replantear jurisdiccionalmente el problema y la necesidad de atenerse a lo convenido surgen como mandato legal y efecto propio de la composición y no como crédito y deuda recíproca de los antiguos o presuntos litigantes. Es por una parte la naturaleza compromisoria o vinculante de todo negocio jurídico, como efecto de su existencia (19) y por otra, aquí en concreto, la consecuencia de cosa juzgada que trae consigo la composición judicial, arbitral o convencional, formalmente derivada de la necesidad de impartir certeza a las relaciones jurídicas, la fijación, entendida en su más amplia acepción, como "cimentación de la certeza jurídica en orden a relaciones particulares mutuas subjetivamente inciertas o controvertidas" (20). Concebir la transacción como un contrato bilateral porque crea el deber común para las partes de no volver a las andadas y estar a lo pactado, significa tanto como tomar la regla básica de los contratos, *pacta sunt servanda* (c.c. art. 1602), y más ampliamente de todo acto de autonomía particular, como síntoma inequívoco de bilateralidad, y entender la cosa juzgada como un crédito y una deuda recíprocos, ésta con sentido negativo y de abstención, de duración absolutamente indefinida, irredimible, inextinguible y sin un contenido propio. A lo cual se agregaría el contrasentido de considerar que relaciones no contractuales, o contractuales pero unilaterales, pasarían a convertirse en contratos bilaterales, simplemente porque habiendo sido dudosas se definieron por vía transaccional (21).

La transacción no exige conceptualmente recíprocas concesiones, sino simplemente una controversia y una solución autónoma de las partes, y la idea de la dación y la retención adviene no como exigencia de validez, cuya ausencia generaría nulidad, sino como aliciente para el entendimiento y explicación del abandono de la pugnacidad anterior, sino que también la ley, de otra parte, corre a advertir que la transacción es firme aun cuando las venias parciales no alcancen igual magnitud. Con lo cual la conmutatividad, cifrada en la equivalencia inicial y forzosa de las prestaciones, no resulta ser característica de la transacción (c.c. arts. 1498 y 2481), que tiene su razón de ser en su eficacia declarativa.

En lo tocante a la idea de obligaciones recíprocas de redu-

(19) R. Scognamiglio, *Contributo alla Teoria del Neg. Giurid.*, Jovene, Napoli, 1950. Nos. 51, 114 y 115.

(20) C. Furno, *Negocio de Fijación*, trda. Mendizábal, Ed. Rev. Dcho. Pvd. Madrid, 1957, pág. 35 y cita.

(21) Sería el caso del juicio de petición de herencia que por transacción admitiera la conversión de la relación hereditaria en contractual, o el de un mutuo que pasara por obra de la transacción y sin que su sustancia íntima se altere, de contrato unilateral a bilateral.

cirse a lo establecido y de ceder en las aspiraciones codiciosas, si la base de la transacción es la existencia de una controversia, de una incertidumbre, este sí requisito fundamental, y si la situación es realmente incierta, que ese es el supuesto (c.c. 2487), cuál de las partes o qué extraño estará en condiciones de determinar que se tenía y cuánto se cedió? La experiencia enseña cuán contingente es el litigio y la imposibilidad, en cuanto no sea compuesto, de determinar el alcance de lo propio y lo ajeno, de la razón y la sinrazón. Precisamente por la falta de límites ciertos entre los poderes y deberes de las partes, se concibe y explica la declaración, que no por ser convencional carecerá de la naturaleza típicamente decisoria que exige la situación precaria sobre la cual recae; se cede en una pretensión no en un derecho, se fijan los linderos económicos, pero no se realiza una atribución patrimonial; así, la consecuencia práctica es la reglamentación de la relación debatida. (22).

La transacción es una relación auxiliar, en tal sentido su naturaleza es reglamentaria o de segundo grado (23), con función declarativa; se adhiere a la relación por ella fijada, regulada o *accertata*, y forma con ella un todo unitario; esa la explicación de su general efecto retroactivo; la transacción no se entiende por sí sola, ni tiene en sí vida propia, sino como derivado y ajuste de la relación controvertida, y, sin fuerzas para desnaturalizarla conservándola, constituye una interpretación auténtica del sentir de las partes sobre su situación económica (no la transaccional que nunca tiene autonomía, sino la transigida o antigua), que tiene su raíz en los hechos de donde partió el conflicto, y su desarrollo y final, no como es costumbre, en la sentencia, sino en la autocomposición (24).

9.—*La transacción y la cosa juzgada*. La función de estabilidad y seguridad que compete al derecho se satisface, cuando de controversias se trata, por el expediente de la cosa juzgada; definida una contienda, no es admisible que se vuelva a tentar suerte, la jurisdicción no acepta revisar sus decisiones firmes en un nuevo procedimiento, posponiendo la finalización del asunto indefinidamente; por lo cual se rechazan los conatos de replanteamiento de cuestión ya decidida con la nulidad de todo lo actuado contrariando la firmeza de la resolución (25).

A ese efecto es igual que la firmeza se obtenga por acto jurisdiccional, arbitral o particular. Lo importante es que la in-

(22) Cas. marzo 22 de 1949, G. J. LXIV, Nos. 2070/1, págs. 629 y ss.

(23) Betti, ob. cit. No. 35.

(24) Cas. abril/942 citada, cas. junio 6 de 1939, LVIII, págs. 266 a 271.

(25) Pereira Anabalón, *La cosa juzgada formal en el procedimiento chileno*, Ejech, Santiago, 1954. Carnelutti, *Sistema*, cit. T. I. Nos. 91 y ss.

certidumbre haya sido compuesta. La transacción, como negocio declarativo posee los alcances de cosa juzgada (2483 c.c.), de donde se sigue que constituye base cierta y definitiva de la relación precedente reglamentada por ella, palpándose en cuanto al respeto que la ley le otorga, un tratamiento en un todo semejante al de la sentencia firme, ante todo, en la reducción de los medios de impugnación y de las oportunidades para esgrimirlos (c.c. 2475 a 2484, c.p.c. 472 y ss., 542 y ss.). Así como el código de procedimiento fija las causales de nulidad de los juicios oponibles aun contra sentencia en firme que va a ser ejecutada, los fallos revisables por la vía ordinaria, las causales de revisión de sentencias ejecutoriadas, las defensas de los terceros contra entendimientos fraudulentos de las partes durante el proceso, de manera que los vicios y los remedios no contemplados en la ley carecen de viabilidad; así, cuando la litis termina por acuerdo de las partes, aceptación o reconocimiento, renuncia o desistimiento, transacción, la enumeración de las fallas y de las vías para alegarlas es también pauta fija (26); de manera que el citado art. 2483 c.c. muestra el juego de los efectos privados y procesales de la transacción y le imprime unidad al compuesto estructural y funcional público y particular de la figura.

10.—*Presupuestos de validez de la transacción*.

a) *Capacidad de las partes*. Siguiendo la regla general de todo negocio jurídico (c.c. 1502 y 2470), la transacción requiere la plena capacidad de ejercicio en quien la celebra por sí mismo, exigencia sancionada con la nulidad relativa, (c.c. 1741/43) (27), (c.c. 1740 y ss). Al respecto, en habiendo necesidad de transigir sobre intereses de incapaces o siéndoles conveniente la transacción conforme se propone, el respectivo representante legal habrá de solicitar el correspondiente permiso judicial, desde que el derecho discutido recaiga sobre bien inmueble o su cuantía exceda de los mil pesos, y además, someter el convenio a la posterior aprobación del mismo juez (c.c. 489).

b) *Poder de disposición*. Es indispensable también, por tratarse de un acto de autonomía particular, que cada uno de los sujetos que transigen disponga de lo propio, sin limitaciones legales al efecto, y, si obra a nombre ajeno, que cuente con el adecuado poder.

Por tales motivos no pueden transigir válidamente quebrados o concursados, en desmedro de la masa de acreedores. Y los mandatarios necesitan de poder especial contentivo de esa atribución específica sobre "los bienes, derechos y acciones so-

(26) Vs. cas. julio 3 de 1958, LXXXVIII, pág. 519.

(27) Cas. Julio 12 de 1955, G. J. LXXX. N° 2155, págs. 692 a 697.

bre que se quiera transigir" (c.c. 2471), la cual resulta involucrada en la autorización dada para el litigio (28).

c) *Idoneidad del Objeto*. Desde el punto de vista de la materia sobre la cual recae la convención dirimente, esta puede abarcar toda clase de relaciones patrimoniales, principio que reduce sus alcances ante expresas prohibiciones de ley, fundadas en la naturaleza de orden público del interés en juego. Así se excluyen de la composición por propia mano los debates en torno al estado civil de las personas (c.c. 2473), a la acción pública o penal derivada de la comisión de un delito (c.c. 2472) y a los alimentos futuros, pudiendo en este caso realizarse si el juez la autoriza y aprueba, dejando a salvo los derechos especialmente tutelados (c.c. 2474).

La transacción, de otro parte, demanda la existencia de una incertidumbre, y, más directamente, de una controversia (29); por lo tanto, si no existe razón de disparidad, si la relación es absolutamente nítida y su claridad se funda en decisión jurisdiccional o arbitral, mal pudiera pensarse en una alteración transaccional, y entonces, mejor que en nulidad (c.c. 2478), ha de pensarse en inexistencia, por falta de realización del concepto: si por definición la transacción es la eliminación de un litigio y el litigio no existe, el convenio extintivo no se realiza, no se recorre en la práctica la definición. Otro tanto puede sostenerse cuando el arreglo versa sobre un derecho que no tiene ser; cae por su base en cuanto que no tiene piso que le de consistencia y lo justifique funcional y prácticamente (ibid. 2475). Pero para que el rechazo así formulado tenga asidero es indispensable, en la primera oportunidad, que ya haya ejecutado la sentencia, aun cuando ambas partes o una de ellas ignore su contenido (30), y distinguir entre una composición de lo ya definido y la transacción sobre la propia secuela del fallo en cuanto contenga puntos por liquidar (31), y en la segunda, que se tome el derecho como real y actual, sin que en verdad exista, y no cuando se transige precisamente sobre la propia eventualidad del bien.

Por el mismo concepto surgen dificultades para la ejecución del acuerdo transaccional, en cuanto comparte alteraciones en la titularidad del derecho, en aquellos casos en que el actual poseedor de bien embargado o en litigio resuelve transigir sobre él con persona distinta de su contraparte procesal, dentro de lata significación de ilicitud del objeto que contiene el art.

(28) Cas. febrero 17 de 1958, G. J. LXXXVII, Nos. 3192/3, págs. 47 a 55.

(29) Santoro-Passarelli, ob. cit. Nos. 3 y 4.

(30) cas. octubre 3 de 1941, G. J. LVIII, pág. 36.

(31) Este sería el caso, por ejemplo, de una condena a pago de perjuicios o de frutos pronunciada en abstracto, o de fallo que previene el reconocimiento de mejoras y frutos no determinados en su existencia y cuantía.

1521 c.c. (3º y 4º) y con las necesarias salvedades sobre el concepto de enajenación y el carácter declarativo de la transacción (32).

Finalmente, la invalidez de la transacción obtenida en razón de títulos falsificados o en consideración a un título nulo —salvo en este caso que el convenio haya versado sobre la propia invalidez del derecho—, consagradas por los arts. 2476 y 2477 del c. civ., pueden contemplarse a una como expresiones de falta de pertinencia del objeto sobre el cual recae el arreglo, como de disposición incurso en un error sobre la naturaleza y calidades del objeto, o sea como hipótesis de vicios de la voluntad.

11.—*Formalidades*. La transacción es un negocio consensual, dentro de la clasificación que practica el art. 1500 c. civ. en el sentido de que no requiere de por sí ninguna forma sustancial para su existencia y validez, y surge a través de todo medio expresivo, siempre que permita la comprobación plena de su realización (33).

En esta materia las formalidades prescritas por la ley obedecen, en los casos excepcionales en que se encuentran establecidas, bien a un sentido de protección o de habilitación, sea a los incapaces, como en el evento ya mencionado del art. 489 c.c., sea a los titulares de ciertos derechos privilegiados, como en el del art. 2474 ibid., bien a las restricciones probatorias (solemnidades *ad probationem*) que vedan por fuerza de la cuantía de la disposición el empleo de la prueba testimonial (c.c. 1767, Ley 153 de 1887, arts. 91 a 93), bien, por último, a la presencia dentro del conjunto negocial de actos complementarios de atribución patrimonial extraños a la transacción que exigen ellos sí ciertas formas *ad solemnitatem* (34).

12.—*Vicios de la voluntad*. Error, fuerza y dolo son los típicos vicios del consentimiento (c.c. 1608), a los que se ha venido agregando, aunque con elementales distinguos, la lesión. Forzoso es analizar la operancia de tales irregularidades dentro del negocio de transacción, porque como se anotaba atrás (35), el desarrollo global del tratamiento de la voluntad sufre en este terreno ajustes y restricciones que responden a la naturaleza específica de la institución y a sus consecuencias procesales.

(32) Holguín C., *Licitud del contrato sobre bienes embargados*, Rev. Coleg. Rosario, Bogotá, Nos. 465/6, 1964, págs. 5 a 15.

(33) Cas. marzo 22 de 1949, G. J. T. LXV, Nos. 2070/1, págs. 629 a 635. Cas. Junio 12 de 1955, LXXX, 2155, págs. 692 a 697.

(34) Supra Nº 7. Cas. marzo 22 de 1949, LXV, pág. 634. Cas. Julio 12/695 ob. cit.

(35) Supra Nº 9.

A. *El Error. I. Error de hecho.* En torno al error acerca de la naturaleza del acto (c.c. 1510) es oportuno señalar cómo el mismo código precisa los alcances de la transacción, distinguiéndola de la renuncia del derecho que no se disputa (ibid. 2469-2º), e insistir en que aun cuando conceptualmente no es indispensable la presencia evidente de las concesiones mutuas, es un hecho que el ambiente transaccional las envuelve, por lo menos eso es lo habitual en el pensamiento de las partes y en el sentir de la gente, aun cuando prácticamente sea imposible establecer una nítida separación entre la renuncia (aceptación o desistimiento) y la transacción, sobre todo cuando aquellas asumen la forma bilateral con el asentimiento del agraciado.

Cuanto al objeto, el error sobre su identidad, es decir, sobre la cosa litigiosa o en discusión todavía no traducida en proceso, se presenta una plena consonancia entre el art. 1510 y el 2480 c.c., en cuanto ambos consagran la anulabilidad o nulidad relativa de la operación en que tal discrepancia ocurra.

La sustancia del interés puede ser también oportunidad de equivocación, ya totalmente espontánea, ya provocada por antecedentes ignorados o tomados de modo distinto de como son en realidad, e inclusive, por maniobras de la contraparte, caso este en el cual el fenómeno es de dolo (o error provocado) (36).

Si a la transacción se llega en la creencia común o unilateral de que el asunto es debatible, cuando en rigor era cierto o estaba ya definido, el yerro asume los caracteres de incompatibilidad con la existencia de la figura, problema analizado en el párrafo anterior. (c.c. 2478). A lo cual cabe agregar que si la transacción no ha recaído sobre un punto determinado, sino que se refiere a la totalidad del problema, apenas habrá lugar a nulidad relativa, siempre y cuando que la ignorancia de los títulos auténticos que consagran el derecho inequívoco del interesado por parte del mismo se deba a extravío u ocultamiento dolosos del contedor favorecido (ibid. 2482).

Si, por el contrario, la explicación del arreglo consiste en la consideración de títulos falsificados, la solución será siempre la nulidad relativa, decretada a petición de la parte afectada, sea por la vía del error, si la contraparte es ajena a la falsedad o si inclusive resulta también damnificada por ella, sea por la vía de dolo, si la alteración de los documentos es un aspecto o trámite del engaño fraguado y perpetrado para determinar la negociación (c.c. 2476).

El error sobre aspectos objetivos no sustanciales, siguiendo la regla general, no constituye vicio de la voluntad (c.c. 1511), pero sí permite la rectificación, tal el caso del error de cálculo,

(36) Allara, *Teoría 9 del contratto*, 2ª ed. Giappichelli, Torino, 1955, pág. 103.

rectificable a solicitud de cualquiera de las partes o de ambas (2481).

Dentro de esta materia conviene destacar que la transacción es tenida legalmente como disposición *intuitus personae*, o realizada en atención a la identidad del sujeto con quien se celebra (1512, 2479 c.c.), de manera que es anulable a instancia del equivocado que demuestre el yerro padecido. No se palpa con facilidad la fundamentación de este rasgo, máxime en época en que la objetivación de las relaciones va en ascenso acelerado (37) y en una figura en donde el interés fundamental, por no decir exclusivo, es el de alcanzar certeza, respecto de la cual la consideración personalísima resulta superflua. Tal vez los mismos ancestros rígidamente formales que ostenta la figura sirvan para imaginar que las concesiones y renunciaciones, dentro de los factores psicológicos que las impulsa, poseen un matiz amistoso e íntimo que permita la retractación por causa de error en torno a la identidad del contrario.

II. *Error de derecho.* Descartado en principio por las claras disposiciones de los arts. 9º y 1509 del c.c., la jurisprudencia se ha visto forzada a admitirlo, solo que por vía indirecta, a través de los errores materiales, en especial por el concepto de causa (38); un ejemplo de aplicación de tales principios puede encontrarse en esta oportunidad cuando la transacción deriva exclusivamente de nulidad, de falsedad o de ignorancia de los títulos, o incluso de errónea interpretación de sus alcances, temas mencionados recientemente.

B.—*Dolo.* Contemplado tangencialmente a propósito del error provocado o fruto de las maniobras engañosas decisivas de la otra parte acarrea la nulidad relativa de la operación (c.c. 1515), pudiendo presentarse en materia de transacción, fuera de por las vías comunes a todos los negocios, principalmente a través del ocultamiento o extravío malévolos de títulos o documentos que establecen la certidumbre de la situación arreglada (2482 c.c.), o de la falsificación de los mismos de modo de hacer aparecer las cosas distintas de como son (2476) o de provocar transacción contando con sentencia adversa en firme que se oculta o tergiversa (ibid. 2478 y, por analogía 2284).

C.—*Fuerza.* Se la menciona por razones de plenitud en la presentación del tema, pues en rigor nada hay que agregar a las disposiciones comunes (1513 y 14 c.c.) como no sea el recuerdo que de ella se hace dentro de las reglas propias de la figura en estudio en el art. 2476.

(37) M. Azoulai, *L'élimination de l'intuitus personae dans le contrat, en La tendance a l'estabilité contractuel*, LGDDeJ. París, 1960.

(38) Cas. septiembre 29 de 1935, XLIII, pág. 138.

D.—*Lesión*. Desproporción mayúscula de prestaciones que deben ser por principio equivalentes, existente desde que el negocio se celebra, causa de reducción o de rescisión según los preceptos legales y las circunstancias, no es admisible conceptualmente sino en los negocios conmutativos, y por lo mismo, nada tiene que ver con la transacción, por los motivos expuestos en su oportunidad, confirmados tajantemente por la exclusión practicada por el art. 2483 c.c. No son solamente razones de política legislativa o motivos de oportunidad lo que ha determinado la exclusión de la figura de la lesión en esta materia; si se aduce en contra la práctica suya durante el medioevo (39), fácil es replicar señalando el cambio operado en la configuración y en el funcionamiento de la institución y destacar su tarea eminentemente componedora encaminada decididamente a imprimir solidez a las relaciones y a cancelar los conflictos, consideraciones que no se compadecen con la inestabilidad propia de la rescisión por causa de lesión grave o enorme, que además no es concebible sino a cambio de poder fijar con exactitud el monto de prestaciones concausales, circunstancias ambas extrañas del todo a la idea de transacción.

13.—*Eficacia del acuerdo transaccional*. Como todo acto dispositivo, la transacción lleva el sello de la autonomía particular en su eficacia circunscrita a las partes que la celebran (c.c. 2484). Su solo otorgamiento genera vinculación entre ellas, que se encuentran en la necesidad de atenerse a sus términos. La situación anterior dotada de certeza y reglamentada para el futuro por el convenio dirimente es compromiso inequívoco para las partes en cuanto que las pretensiones opuestas no pueden ser aducidas en lo sucesivo y a que si no se extinguió del todo cualquier nexo que atara a los sujetos en conflicto, el vínculo posee una orientación precisa surgida del acuerdo transaccional.

Como medio extintivo de las obligaciones pendientes, la transacción no produce consecuencias para los acreedores o deudores que no hayan participado en ella (1583), con la salvedad de que respecto de estos resulta evidente su liberación frente al sujeto activo, pudiendo ser afectados apenas por la acción de reembolso o de regreso propia de las obligaciones indivisibles y solidarias (c.c. 2484, 1579, 1584), y en cuanto a garantías extrañas la cancelación de su responsabilidad como corolario de la finalización de la relación crediticia.

La transacción afecta también a los causahabientes de las partes, por aplicación del principio fundamental de la adquisición derivativa (*nemo plú iuris ad alium transferre potest*,

(39) Así Mirabelli, *La rescissione del contratto*, Jovene, Napoli, 1951. Nº 80.

etc. c.c 752). Pálpase así una conexión íntima entre esta forma de autocomposición y la heterocomposición en los alcances de la cosa juzgada que llega al empleo de una misma terminología en el texto legal (c. p. civ. 474).

Ante la ausencia de formalidades constitutivas, la transacción, plenamente eficaz a partir de su celebración, requiere sin duda publicidad, especialmente en materia de derechos sobre inmuebles, para su oponibilidad a terceros en principio ignorantes de sus consecuencias en torno a la titularidad de los bienes; de ahí por qué, a semejanza de lo que ocurre con la sentencia, que alcanza a todos los sucesores *mortis causa* por su propia virtud, y a los adquirentes por acto *inter vivos* solo cuando la enajenación ha sido posterior al registro de la demanda, si se trata de inmuebles, haya de sostenerse que la transacción que se traduce en modificación de la titularidad del derecho no produce efectos frente a terceros de buena fe sino luego de inscrita en el correspondiente registro.

A propósito del asunto sobre el cual recae, la transacción no abarca más que aquellas relaciones que forman parte de su contenido, insistiendo al mismo tiempo en que todas ellas quedan involucradas dentro de la definición (c.c. 2483).

14.—*Alteración de la eficacia por disposición particular*. Las partes pueden en general incluir dentro del contenido negocial ciertas modalidades que modifican la eficacia ordinaria de la actuación, acomodándola más fielmente a su propósito práctico. Término, condición y modo son las expresiones de tal rumbo de la autonomía que es oportuno analizar en relación con la transacción para determinar en qué medida se compadecen con la naturaleza propia de ésta.

De más está decir que la transacción puede someterse a término suspensivo, esto es, que las partes pueden fijar una fecha futura y cierta para que comience a operar su acuerdo eliminatorio de controversia; como también sobra advertir que no es admisible la inserción de un término resolutorio o día hasta el cual tenga consecuencias el arreglo, por cuanto esa cancelación de efectos dirimentes es incompatible con la esencia del instrumento transaccional.

Es difícil pensar en transacción modal, por cuanto los caracteres de una y otra figura son tan distantes; sin embargo, desde que no se mencione la cláusula resolutoria no habría oposición conceptual.

En punto a condición, entendida como acontecimiento futuro e incierto de que deriva en términos de pendencia la producción de los efectos finales del negocio o la cancelación de los mismos, es admisible la transacción sujeta a condición sus-

pensiva, como es aceptable la suspensión de los términos (c. j. 370/1º), y el desistimiento condicional o cualificado (ibid. 462), toda vez que el desdoblamiento de las consecuencias del negocio en mera vinculación durante la pendencia y plena eficacia final una vez despejada favorablemente la incertidumbre deja a salvo la función prístina de la transacción, que solamente vendrá a operar una vez cumplida la condición, si es positiva ésta, o luego de establecida su no realización, en caso de ser negativa.

No ocurre igual cuando se trata de condición resolutoria: A todas luces se aprecia una flagrante contradicción entre las exigencias legales, conceptuales y prácticas de la transacción y la eventualidad, e incluso la precariedad del negocio sometido a condición resolutoria. El contraste entre ella y la suspensiva es palmario: En tanto que los efectos finales del acto de autonomía se encuentran suspendidos en esta, en aquella se desencadenan de inmediato, pero con la posibilidad de desaparecer totalmente y con fuerza de necesidad, en sucediéndose la condición. De manera que la situación de las partes en tal hipótesis sería la de haber transigido y continuar expuestas a la contienda a un mismo tiempo, contradicción del todo inaceptable (40).

Si dentro del propósito particular el arreglo está subordinado al lleno de ciertas exigencias de previo cumplimiento, porque así lo imponen los hechos o las aspiraciones individuales, lo propio será acudir al *contrato preparatorio*, categoría dentro de la cual cabe el de *promesa de transacción*, en el que, reunidos los requisitos del art. 89 de la ley 153 de 1887, las partes se obligan al cumplimiento de una condición a celebrar el negocio definitivo, en este caso el convenio extintivo de su diferencia. Más todavía, puede afirmarse que si de hecho se llegare a concluir una transacción bajo condición resolutoria, y ante la incompatibilidad de la cláusula con la esencia del acto principal, sería admisible, en el afán de salvar el negocio y empleando la idea de *conversión*, pensar antes que en nulidad de lo dispuesto, en considerar la operación no como convenio de transacción, sino como contrato de promesa de transacción.

15.—*Ineficacia de la transacción*. Reuniendo ideas expuestas dispersamente con ocasión de los temas vinculados con las causales de privación de los efectos propios de la disposición particular, puede manifestarse a este respecto que la transacción es susceptible de inexistencia, asimilada legalmente a la nulidad absoluta, cuando quiera que en la práctica no se recorra su definición, esto es, cuando de convenio eliminador de litigio no se presente más que la apariencia, porque no exista

(40) Cas. diciembre 14 de 1954, LXXIX, pág. 267.

interés en torno al cual debatir (c.c. 2475) o la discusión esté ya cancelada (ibid. 2478), como también, respecto del verdadero titular del derecho transigido, cuando se le ha suplantado o se ha obrado en nombre suyo sin autorización especial para el caso, con el límite, en este evento de la conveniencia o necesidad de la provisión del negocio ajeno (41).

Nulidad absoluta se presenta por causa de inidoneidad del objeto; la relativa puede ocurrir por falta de poder dispositivo sobre lo propio, por omisión de solemnidades de protección o habilitantes o por vicios de la voluntad. La Rescisión, así como la reducción por desproporcionalidad mayúscula en las prestaciones es inadmisibles.

La transacción es impugnables por simulación, tanto a solicitud de parte como de terceros, en los términos y circunstancias generales propios de este tipo de anomalía del negocio jurídico.

Otro tanto puede sostenerse acerca de su revocabilidad por fraude a los acreedores, encontrándose al efecto apoyo, tanto en la teoría derivada del art. 2491 c.c., como en la expresión del 478 c.p.c.

Acción a la que es refractaria la transacción es la resolutoria por incumplimiento. Las restantes formas de ineficacia se fundan en claros principios de protección del interés general, orden público y buenas costumbres, o de intereses particulares injustamente lesionados o dignos de especial consideración. La resolución por incumplimiento ampara exclusivamente el interés individual de una de las partes, susceptible de ser satisfecho por vía directa, ejecutivamente, sin merma del patrocinio que merece y sin afectación de la firmeza de las consecuencias del acuerdo.

Hay oposición insalvable, similar a la mencionada cuando se trató de la condición resolutoria, entre la entidad de la transacción, tomada en sí y en sus efectos procesales, y la presencia de la resolución por incumplimiento. Sabido es que ésta, aspecto propio de los contratos bilaterales, se concede al contratante cumplido delante del moroso, como alternativa a elección del primero, de la ejecución directa e *in natura* ya imposible o inconveniente, como regla general (c.c. 1546) y siempre que de por medio no se den intereses superiores que hagan reducir los poderes de ese acreedor a un terreno que conjugue su propio derecho con situaciones de importancia colectiva que deben primar sobre su afán egoísta.

Para el caso de la transacción, tanto porque como se expuso, no puede considerársela contrato bilateral, que sería la única

(41) c.c. art. 766, 1º y 2º; 2309.

razón —y muy endeble por cierto— para admitir su resolubilidad por incumplimiento (42), como porque cualquiera que fuera su naturaleza, la resolución quebrantaría sus alcances de cosa juzgada por razones de interés particular y no público y por causales excluidas legalmente (c.c.2483), la garantía de cumplimiento reside en la propia fuerza del convenio y en su entidad caracterizadamente extintiva; de manera que si se piensa en que de modo complementario ha surgido algún crédito para una de las partes con la correspondiente deuda para la otra, la impuntualidad en el pago, o el cumplimiento parcial o el incumplimiento definitivo tienen como salida adecuada para el acreedor la ejecución directa: ante todo la específica, insistiendo en la prestación tal como fue acordada, o la genérica, cobro del equivalente pecuniario, siempre con posibilidad de agregar la reparación de daños y perjuicios (c.p.c. 981 y ss.); excluida de suyo y totalmente la idea de resolución que sin favorecer al acreedor, expuesto a fallo adverso y premunido entonces con la agravación del resarcimiento por parte del deudor, cercena inmotivada e injustificadamente la solidez inherente a la transacción (43).

Oportuno parece, para concluir, una reiteración del distingo practicado entre la novación propiamente dicha y los pactos colaterales, adyacentes complementarios a ella, involucrados dentro del conjunto dispositivo (44), y precisar los nexos entre la relación transigida y la transacción que se celebró (45).

En efecto, puede darse el caso de que la transacción aparezca como una interpretación auténtica del negocio originario o como refrendación o acomodación suya a los hechos posteriormente surgidos, y que ese negocio sea bilateral. Entonces no habría inconveniente alguno en aceptar la tesis de la resolución, aclarando que lo resoluble por incumplimiento no sería la transacción, sino el contrato sobre el cual operó esta (46). Pero sería inaceptable esa solución en el caso contrario, cuando una relación jurídica no contractual o contractual pero unilateral, que simplemente fue definida por medio de transacción devenga resoluble a pretexto de ésta, contrariando tanto

(42) Así los autores citados en la nota.

(43) Carresi, ob. cit. Nº 50.

(44) Supra, Nº 7.

(45) Supra, Nº 8.

(46) Así, definida controversia sobre vicios rehdibitorios y acordado plazo para el pago del saldo pendiente del precio, podría invocarse la resolución en caso de incumplimiento; pero de la venta y no de la transacción, que en sí quedaría en pie.

el derrotero particular, como la naturaleza de la institución (47).

También puede ocurrir que las partes además de transigir su litigio y como manera de facilitararlo, determinen una atribución patrimonial sobre bienes que no han sido objeto de la controversia; aquí la distinción entre título declarativo y título traslativo prevenida en el art. 765 c.c. es nítida y la posibilidad de resolución por incumplimiento sería aceptable, siempre y cuando que el acto auxiliar sea un contrato bilateral.

Y, cuando la comprobación de que se ha transigido una litis deriva de la creación de relaciones incompatibles con el nexos primario dudoso, y esas relaciones se fundan en contrato bilateral, tampoco se encuentran objeciones al estímulo resolutorio.

Puede entonces sostenerse que “el remedio de la resolución no podrá ser invocado sino en casos aislados en que de la relación originaria nazcan para entrambas partes derechos y obligaciones concausales, y que además la acción habrá de dirigirse siempre contra tal relación, y no contra la relación transaccional, la cual desaparecerá únicamente como efecto reflejo, al ser destruída la primera” (48). Y añadir que cuando hay novación esta sería impugnabile como negocio aislado, por causales que le sean propias y con eventual efecto colateral sobre la transacción, que exige un tratamiento exclusivo, diferencial, correspondiente a su genuina entidad (49).

Pronunciada la nulidad, las cosas han de volver al estado en que se encontraban antes de la operación inválida (c.c. 1746), en cuanto ello sea posible, dentro de la eficacia *ex tunc* propia de esta sanción; los terceros, citados al juicio de nulidad, reciben los efectos de la sentencia y contra ellos cabe, en principio, la reivindicación (ibid. 1748).

Ese retorno al estado *ante quo* conlleva, cuando el problema se ventilaba judicialmente, una recuperación de los recursos pendientes, un regreso cierto al estadio procesal en que se hallaba el litigio cuando fue transigido (50), y, si el asunto no

(47) Una transacción sobre derecho de herencia, pactada en términos de reparto de bienes y frutos entre los aspirantes a esta, no podría atacarse en resolución por incumplimiento, pretextando bilateralidad. Otro tanto podría sostenerse en la hipótesis de mutuo.

(48) Carresi, ob. cit. Nº 50.

(49) Carresi, ob. cit. Nos. 50 y 116 c.c. italiano, art. 1976, Mosco, **La resolución de los contratos por incumplimientos**, trad. Salamero, Nereo. Barcelona, 1962, cap. VI.

(50) Cas. julio 12 de 1955, citada ya.

había sido propuesto todavía, la transacción, inoperante como tal por fuerza de la nulidad, por motivo del fenómeno de conversación sirve como acto interruptivo de la prescripción, de modo que el cómputo temporal habrá de reiniciarse a partir del día en que tuvo lugar el arreglo posteriormente frustrado, en cuanto que la definición convencional tiene el carácter de renuncia tácita (dentro de la terminología del código, art. 2514) al beneficio extintivo de la prescripción.

16.—*La transacción con cláusula penal.* Las partes pueden propiciar el cumplimiento de los términos de su transacción con estipulación punitiva, la cual, contrariando la regla general de equivalente de la prestación (cláusula penal compensatoria, c.c. 1594), tiene el carácter de indemnización moratoria, exigible “sin perjuicio de llevarse a efecto la transacción en todas sus partes” (c.c. 2486), regulación que se encuentra en perfecta armonía con el rumbo que se ha dado al tema del incumplimiento y a la repudiación del medio resolutivo en tal caso. El arreglo ha de realizarse de todos modos, sea en forma específica, sea en el subrogado legal genérico, con plena posibilidad de cobro de perjuicios por el retardo, el cumplimiento parcial o el incumplimiento definitivo *in natura*, según las circunstancias y con opción para el acreedor; que no puede desistir del acuerdo por vías de resolución.

LOS DOMINICALES Y FESTIVOS EN EL DERECHO TRIBUTARIO

Por JUAN RAFAEL BRAVO

Durante todos los años anteriores a la reforma tributaria de 1960, había sido motivo de controversia la naturaleza jurídica de las vacaciones. La misma Jefatura de Rentas, como se llamaba entonces, expresó diferentes criterios sobre el particular.

Cuando se estudiaba la reglamentación de la ley 81 de 1960, pareció conveniente establecer un criterio definitivo sobre el tratamiento de las vacaciones ante la ley tributaria. El criterio adoptado en el Decreto 437 de 1961, artículo 168, conforme al cual “la remuneración durante las vacaciones disfrutadas en tiempo es salario”, recogió la doctrina que había tenido vigencia en la Jefatura de Rentas, durante los años inmediatamente anteriores a 1960. Se consideró, en ese entonces, que por ser fija y ordinaria la remuneración durante el tiempo de vacaciones constituía salario y que, en cambio, la indemnización por vacaciones no disfrutadas en tiempo, no constituía salario por ser de carácter extraordinaria y por estar destinada a reparar un daño emergente sufrido por el trabajador en su capacidad de trabajo como consecuencia de la falta de descanso.

El artículo 168 del Decreto 437 de 1961 fue acusado ante el Consejo de Estado por ser violatorio del artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo. Se sostuvo por los demandantes que la esencia del salario estaba constituida por la remuneración del servicio y que, en consecuencia, la remuneración del descanso legal, no podía constituir salario.

El Consejo de Estado suspendió provisionalmente el artículo 168 del Decreto 437 de 1961 y posteriormente, por sentencia del 19 de febrero de 1962, declaró nulo el citado artículo en la parte que excluía del concepto de prestación social la remuneración durante el descanso. En esa forma quedó definido, que