

Consideraciones procesales sobre la transacción en el Derecho romano

por Juan FREIXAS
(Universidad de Zaragoza)

1. — Nuestro propósito es ofrecer un estudio jurídico-procesal sobre una institución que, desde los más remotos tiempos de Roma hasta nuestros días, ha tenido y tiene una gran importancia, no sólo para la doctrina sino también para la praxis judicial por su incidencia tanto en el ámbito interno del proceso civil como fuera del mismo.

La transacción, dentro del ordenamiento romano, puede ser observada desde dos perspectivas diferentes, si bien interdependientes y conexas entre sí. Por una parte, como instituto procesal que evitaba, o si se prefiere, interrumpía el proceso y por otra, como figura en sí misma obligacional. Como es fácil comprender, su línea evolutiva no puede ser la misma a lo largo de las distintas épocas del Derecho romano, ofreciendo una indudable conexión con el desarrollo general del pensamiento jurídico romano. Por ello la transacción debió recibir ya su primera plasmación en la más antigua época romana, fue consagrada en las doce tablas, se fué agilizando y modernizando gracias al *ius honorarium* para recibir finalmente un tratamiento tipificador y definitivo por obra de la Jurisprudencia clásica que indudablemente la configuró como instituto procesal. Es lógico también que la transacción no escapara tampoco a la influencia monopolizadora de la *lex* y que un buen número de constituciones imperiales — recogidas más tarde en el *codex* justinianeo — le

dedicaran su atención con el fin de regular sus efectos. Finalmente la transacción, con toda su importancia procesal y convencional, recibió los impactos de las nuevas concepciones postclásicas y justinianas como puede comprobarse de modo patente por las propias alteraciones que los textos clásicos sufrieron a partir del siglo IV d.C. (1).

Inicialmente debemos aclarar que nuestro enfoque sobre la transacción parte de su prefiguración como una institución eminentemente procesal que, sólo secundaria y tardíamente, fue vista como figura dogmática y legal. A causa de ésto entendemos la transacción como un instituto causal que no precisa vinculación a forma específica alguna. Ahora bien, ello no es obstáculo para que en el Derecho romano clásico pudiera distinguirse entre el pacto informal de transacción y la transacción revestida con la forma negocial más típica del *ius civile*: la *stipulatio*, concretamente la *stipulatio Aquiliana*.

El origen primario que podemos encontrar siempre en la misma raíz de la transacción y que perdura inmutablemente a lo largo de todo su devenir jurídico, es esencialmente la búsqueda y la consecución de la paz en una controversia y en consecuencia la evitación de un litigio (2). Primitivamente pues, debió tratarse de una figura íntimamente relacionada con el campo delictivo. Seguramente, ante una situación de hostilidad suscitada entre

(1) En toda la lenta pero manifiesta progresión dinámica de la transacción se aprecia una clara muestra de la evolución así como del carácter general que tiene el Derecho en el mundo romano. Para un estudio detallado sobre la evolución histórico-jurídica de la figura en cada una de las sucesivas épocas del Derecho romano puede verse PETERLONGO, *La transazione nel diritto romano*, Milán, 1936.

(2) Los romanos usaron con frecuencia los términos *decidere* y *decisio*, así como *pacisci* y *pactum*. También emplearon los términos *transigere* y *transactio* para designar cualquier arreglo amistoso en el que convenían las partes. Pero llamamos la atención sobre el sustantivo *transactio* (derivado de la forma verbal *transigere*) que como individuante de la actividad transaccional no fue usado antes de la época de los Antoninos y lo fue concretamente por Pomponio y C. Scevola. En este sentido *vid.* KELLY, *Roman litigation*, Oxford, 1966, pp. 133 ss.; SCHIAVONE, *Studi sulle logiche dei giuristi romani. Nova negotia e transactio da Labeone a Ulpiano*, Nápoles, 1971, pp. 7 ss., 167 ss.

dos o más grupos gentilicios por la comisión de un delito, se fue abriendo paso poco a poco — pero sin duda en época muy temprana — a la posibilidad de llegar por vía del acuerdo a la sustitución de la responsabilidad vindicativa, nacida con ocasión de lesiones corporales (*iniuriae*) o por daños causados al patrimonio (*damna*), por una indemnización o compensación pecuniaria, según el pacto convenido entre aquellos grupos gentilicios hostiles. En este sentido la transacción tendría una base que en cierto modo quedaría ubicada en aquella parte del primitivo ordenamiento jurídico que con el paso del tiempo se entenderá como *ius publicum*, pero que en sus primerísimas manifestaciones mal lo calificaríamos si así lo denominásemos.

Aunque inicialmente la transacción supuso sobre todo una búsqueda de la paz y la evitación de las consecuencias derivadas de la comisión de un delito, bien pronto estos fundamentos originarios que tuvieron sin duda un cierto carácter publicístico fueron poco a poco desapareciendo dejando paso a una fundamentación más cercana al área del Derecho privado romano proporcionando a la figura una base claramente privatística y eminentemente procesal. En el Derecho clásico, la transacción no fue un negocio contractual típico sino simplemente y sobre todo una situación pactada, un auténtico *pactum*, por la cual las partes evitaban la prosecución de un litigio o ponían fin al ya comenzado y es con esta configuración como quedó la transacción insertada dentro del edicto perpetuo, bajo la rúbrica de *pactis et conventionibus* (3). Según ya hemos dicho, a ese pacto se le podía agregar, si las partes así lo deseaban, una *stipulatio*, revistiéndose entonces la transacción con la fuerza propia del *ius civile*. Precisamente por no ser en definitiva más que un mero pacto, la tutela jurídica de esta figura quedaba limitada en principio solamente a una *exceptio*, puesto que el pacto no engendraba una acción sino una excepción, vía procesal de

(3) Cfr. LENEL, *Das Edictum Perpetuum*, § 10. Según FERRINI, *Opere*, pp. 250 ss., la rúbrica debió ser en su origen *de pactis et conventis*. En este mismo sentido (*de pactis conventis*) SCHULZ, *Classical roman Law*, Oxford, 1951 (tr. esp., Barcelona, 1960), pp. 449 s.; D'ORS, *Derecho privado romano*, Pamplona, 1977, pp. 135 ss.; ID.; *Réplicas Panormitanas* 3, « *Conventiones* » y « *Contractus* », en AHDE 46 (1976), pp. 130 s.

defensa de la que únicamente podía valerse la parte demandada siempre que lo hubiere solicitado oportunamente ante el magistrado. Ahora bien, si las partes acordaron revestir al pacto transaccional con la forma de una *stipulatio*, entonces sí que podía contar aquel acuerdo privado con una acción eventual, allegada por el simple revestimiento civil de la figura, la *actio ex stipulatu*, con la que sería posible exigir el cumplimiento de la transacción tomando el actor la iniciativa para obligar al demandado al cumplimiento de aquéllo que habían convenido (4). Solamente mucho más tarde, en el Derecho postclásico, aunque quizá ya en los momentos tardíos de la época clásica se iniciaría este enfoque nuevo, la transacción empieza a emerger como contrato autónomo dentro del conjunto de los llamados *nova negotia* por algún sector moderno de la doctrina (5) y que la gran mayoría de los autores tradicionalmente vienen llamando contratos innominados (6). Gracias a la nueva calificación la transacción uno más entre tales contratos innominados, adquiere una tutela jurídica mucho más directa. A fin de no alargarnos innecesariamente eludimos la referencia a las posibles razones sociológicas, jurídicas o incluso económicas que forzaron esta calificación de la transacción como un *contractus* autónomo, cuyo estudio sería sin duda muy sugerente. En nuestra opinión, apreciamos en la transacción una base y unos contornos que suelen ser los propios de una figura jurídica de corte esencialmente

(4) No parece que quepa otra solución *iure civili*, que este simple revestimiento civil por agregación a la figura de una *acceptilatio* o novación por *stipulatio Aquiliana*; claro está que cabrían además las acciones penales (*actio furti*, *actio iniuriarum*, e incluso es pensable que tuviera cabida la *actio de dolo*).

(5) Un estudio amplio y profundo sobre su contenido: SCHIAVONE, *Studi sulle logiche dei giuristi romani*, cit., pp. 163 ss. También adopta esta terminología FUENTESCA, *Derecho privado romano*, Madrid, 1978, pp. 289 ss.

(6) La identificación del concepto de *contractus* ha sido admirablemente precisada por D'ORS en: « *Creditum* » y « *Contractus* », AHDE 26 (1956), pp. 183 ss. [= ZSS 74 (1957) pp. 73 ss.]; *Répliques Panormitanas 1, De nuevo sobre « Creditum »*, SDHI 41 (1975), pp. 205 ss.; *Répliques Panormitanas 2, El « contractus » según Labcón*, en la Revista de Estudios Histórico-jurídicos de la Universidad Católica de Valparaíso, 1976, pp. 17 ss.; *Répliques Panormitanas 3, cit.*, pp. 125 ss.

moderno, pretorio y flexible. Esta configuración de la transacción como un mero pacto procesal debió suponer ya inicialmente una innovación de carácter en cierto modo progresista frente a la solución conservadora que entrañaba el forzado revestimiento del pacto transaccional con la forma civil de la *stipulatio*.

Cuando más tarde, según también dijimos, la transacción quedó configurada como uno de los contratos atípicos, se pudo canalizar opcionalmente su tutela jurídica a través de unas vías procesales concretas y determinadas. Estos remedios judiciales daban pie a dos tipos distintos de soluciones, tanto por su alcance como por sus efectos. Uno, la *condictio*, para pedir la restitución de la cosa entregada y en este sentido aquella parte que en ejecución de un acuerdo se hubiera adelantado a realizar la entrega de una cosa — una *datio* — en espera de la contraprestación de la otra parte, disponía a su favor de la vieja *condictio* — concretamente de una *actio certae creditae pecuniae* o de una *condictio certae rei* —, que originariamente debió llamarse *condictio ob rem dati re non secuta* ⁽⁷⁾. Esta *condictio* descansaba fundamentalmente en la idea de la retención sin causa y en el subsiguiente enriquecimiento no justificado de un adversario que, sin haber cumplido lo acordado, conservaba sin embargo en su poder lo ajeno y en el caso de la transacción, la *res* litigiosa. Ahora bien, si en lugar de una entrega (una *datio*) se hubiera realizado una prestación de hacer (un *facere*) en espera de una entrega u otra actividad (*facio ut des, facio ut facias*) como contraprestación, no sería ya aplicable la *condictio* sino que únicamente cabría dirigirse contra la parte adversaria con la *actio de dolo* ⁽⁸⁾. El otro remedio procesal era la *actio praescriptis verbis*, la cual se incluye entre las acciones de buena fe como eran ya las acciones contractuales. Esta acción, nacida bajo la idea de la intencionalidad y por tanto de la contractualidad que encierra todo convenio con mutuas prestaciones, era

(7) Vid. GUARINO, *Diritto privato romano*, Nápoles, 1976, pp. 846 ss.; VOLTERRA, *Istituzioni di diritto privato romano*, Roma, 1977, pp. 535 s.

(8) La parte que había transmitido alguna cosa en ejecución de lo convenido podía recuperarla mediante la *condictio*, cuando esta acción no se daba únicamente cabía esgrimir la *actio de dolo*. Vid. SCHULZ, *op. cit.*, p. 500; D'ORS, *Derecho privado, cit.*, p. 443; VOLTERRA, *op. cit.*, p. 536.

utilizada para obligar a la parte que se había beneficiado de la prestación ajena, no a devolver lo que sin causa retenía, como en el caso de la *condictio*, sino al cumplimiento de su propia prestación concertada. Ambas vías litigiosas dieron paso a una nueva y más amplia tutela jurídica para las figuras atípicas y en consecuencia también para la transacción.

2. — En el Derecho clásico la transacción, como situación pactada que era, según hemos indicado, no entraba en el ámbito de los negocios típicos sino más bien quedaba configurada como una estructura subjetivamente preordenada y adaptada a unas circunstancias concretas, dotada con una función propia. Ciertamente falta una definición del convenio transaccional en los tiempos clásicos y las que nos propone la doctrina moderna vienen dadas más bien por vía de hipótesis. Así, el tau discutido en el texto de Ulpiano recogido en D. 2.15.1 (9), es, según el parecer mayoritario de los autores, el resultado de una clara adición de los juristas bizantinos. Según nuestra opinión (10) la transacción sería un convenio entre dos o más personas gracias al cual se pone fin a una situación de incertidumbre jurídica sobre un derecho discutible, generalmente a fin de evitar un litigio futuro o bien para dar por terminado uno ya planteado (*litem decidere*), mediante concesiones recíprocas — atribuciones y renunciaciones — entre los sujetos que transigen (11). La transacción puede suponer por tanto la evitación de un litigio así como la posibilidad de

(9) Ulpiano 50 *ad ed.*: *Qui transigit, quasi de re dubia et lite incerta necque finita transigit. qui vero paciscitur, donationis causa rem certam et indubitatum liberalitate remittit.*

(10) Esta es la noción que podemos más o menos deducir no sin cierto esfuerzo de los textos clásicos y de sus alteraciones postclásicas. No pretendemos dar una definición máxime cuando los juristas clásicos huían normalmente de ello. Así nos dice Javoleno 11 *epist.*, D. 50.17.202: *Omnis definitio in iure civili periculosa est: parum est enim, ut non subverti posset.* Sobre este aspecto puede verse d'ORS, *Derecho privado, cit.*, pp. 56 ss. así como la remisión bibliográfica allí ofrecida.

(11) Suscribimos la opinión de SCHIAVONE, *Novissimo Digesto Italiano, sub voce «transazione» (diritto romano)*, en el sentido de que está aún por estudiar la historia de la noción de transacción en el Bajo Imperio, hasta la Compilación de Justiniano.

poner fin a uno que ya hubiera comenzado. Finalmente — y no obstante las dudas y discusiones que ésto ha podido suscitar — el pacto transaccional pudo seguramente como fin incluso el dar por finalizado un litigio sobre el que hubiera recaído ya una sentencia, en tanto ésta no se considere firme y en consecuencia fuera susceptible de apelación. En todos los casos la transacción tendría siempre como punto de partida un convenio entre las partes, que en los supuestos de litigio ya iniciado llevaría implícita además la renuncia del demandante a proseguir adelante con su acción.

Según lo que acabamos de decir sería aplicable a la transacción no sólo su propia y específica normatividad sino también todo cuanto de una manera u otra haya que tener en cuenta con relación a las convenciones o acuerdos. En primer lugar, entendemos que la utilización del concepto técnico de transacción solamente debería admitirse en el supuesto en que dos o más personas hubieran llegado a un acuerdo, convenio o *consensus*⁽¹²⁾. Por lo tanto, en aquellas otras situaciones donde no hubiera intervenido ningún tipo de amigable composición entre las partes con miras a evitar un litigio o para dar por terminado uno ya comenzado, no sería propiamente oportuno el uso del término transacción. Dicho pacto habría de ser adoptado mediante una manifestación libre de la voluntad y tendría que afectar de manera general a todas las personas que en él hubieran intervenido, extendiéndose exclusivamente sobre el mismo e idéntico objeto convenido, si bien regulando de un nuevo modo una relación jurídica ya existente entre ellas. Como vemos la transacción, al menos desde su estructura interna extraprocesal, no sería más que un acuerdo concluído entre dos a más personas frente a una situación jurídicamente incierta, cuyo resultado se manifestaría en la terminación de aquella incertidumbre jurídica y su sustitución por otra relación jurídica de carácter más cierto. Se produciría pues, una doble efectividad: una, de tipo general y

(12) Entendemos por convenio transaccional la amigable composición o el arreglo amistoso, terminología que hemos adoptado por su gran fuerza expresiva. *Vid.* fundamentalmente WENGER, *Institutionen des römischen Zivilprozessrechts*, Munich, 1925, pp. 100 y 92.

negativo, que constituye sin duda el carácter principal de la transacción desde la más remota ordenación de las doce tablas hasta la época clásica (13), consistente en poner fin a un estado jurídico incierto, causa precisamente de la controversia; otra, más concreta y positiva, pero sin duda primordial, que sería la de buscar una solución extrajudicial para el conflicto planteado.

El acuerdo transaccional en lo que se refiere a su manifestación externa no estaba sometido a ninguna forma ni solemnidad tipificadas. Tampoco debieron pesar demasiadas limitaciones sobre él, salvo las reglas político-morales que los romanos calificaban como *bonos mores* y lo dispuesto por esa otra normatividad, inmensa y paralela al *ius civile*, a la que suelen los juristas clásicos designar con la calificación general de *ius publicum* (14). De ello queda huella en el edicto, en la promesa pretoria en favor de cualquier pacto con tal de que no se hayan hecho en contra de lo dispuesto en las leyes, los plebiscitos, los senadoconsultos y los decretos de los emperadores, ni en fraude de alguna de estas normas (15).

Según el concepto que antes damos sobre la transacción, su elemento básico viene a ser siempre la existencia de una relación jurídica incierta o dudosa, *res dubia*. La primera consideración que ello nos plantea la podríamos expresar en los siguientes términos: ¿La transacción podría operar en general sobre cualquier relación jurídica dudosa o sólo tendría lugar cuando existiera una auténtica situación litigiosa? A este respecto podemos encontrar una referencia en Ulpiano 50 *ad ed.*, D. 2.15.1, cuando expresamente nos dice: *Qui transigit, quasi de re dubia*

(13) Según podemos comprobar en Gayo 1 *ad leg. XII tab.*, D. 2.4.22.1; Ulpiano 74 *ad ed.*, D. 2.11.2.pr.; Paulo 13 *ad ed.*, D. 4.8.32.5.

(14) En el primer caso fue el censor el magistrado especialmente legitimado para decidir sobre la admisibilidad o inadmisibilidad de los acuerdos, y en el caso de *ius publicum*, era la propia constitución romana quien suprimía *ex radice* la validez de cualquier convenio, contrato o no, si por cualquier causa incidía o contradecía de alguna forma a la estructura política de Roma.

(15) *Praetor ait: pacta conventa, quae neque dolo malo neque adversus leges plebis scita senatus consulta edicta decreta principum neque quo fraus cui eorum fiat facta erunt, servabo.* LENEL, *Das E.P.*, § 10.

et lite incerta neque finita transigit. Aunque no podemos dejar de tener en cuenta este texto, realmente básico para encontrar la esencia de la transacción, no debemos nunca olvidar que ha sido muy discutido por descubrirse en él — según la opinión común actual — la huella de múltiples adiciones y alteraciones. Según Ulpiano, por tanto, no sería factible el acuerdo transaccional sino en base a una relación jurídica incierta que puede darse tanto antes y fuera del litigio (transacción extrajudicial) como con ocasión del mismo (transacción judicial) ⁽¹⁶⁾.

La doctrina se ha orientado generalmente por la necesidad de este elemento básico de una relación en estado de incertidumbre, *res dubia* ⁽¹⁷⁾, si bien, a nuestro juicio, entendemos que no se trata simplemente de un elemento importante sino que llega incluso a tener un carácter esencial a la hora de apreciar la existencia o no de un supuesto transaccional ⁽¹⁸⁾. Por tanto, habría que afirmar que en el supuesto de no existencia de esa incertidumbre jurídica no se podría hablar propiamente de transacción. Dentro de este orden de ideas, la expresión *transigere rem dubiam*, propuesta para enmarcar el tratamiento de este elemento esencial, habría que entenderla en un sentido general en la medida en que la transacción puede afectar a relaciones jurídicas inciertas o dudosas de cualquier naturaleza.

(16) La relación jurídica incierta sobre la que puede recaer la transacción la podemos encontrar bajo alguna de las siguientes formas: a) cuando las partes ya están en litigio (*lis actual*), una relación jurídica realmente litigiosa; b) cuando las partes aún no han entrado en litigio pero tienen el temor de que ello ocurra (*lis potencial*), una relación jurídica simplemente discutida; c) cuando las partes están lejos de todo litigio, una relación jurídica que es real y únicamente condicional o eventual, no teniendo cabida el que sólo sea aleatoria.

(17) Entre varios autores, *vid.* BERTOLINI, *Della transazione secondo il diritto romano*, Turín, 1900, pp. 33 ss.; S. PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano*, Roma, 1928, Vol. 2, pp. 359 s.; PETERLONGO, *op. cit.*, pp. 9 ss.; subraya de manera especial el elemento de la incertidumbre jurídica VOCI, *Istituzioni di diritto romano*, Milán, 1954, p. 402; BURDESE, *Manuale di diritto privato romano*, Turín, 1964, p. 565; VOLTERRA, *op. cit.*, p. 541.

(18) Nuestra postura está fundamentada en los siguientes textos: fundamentalmente, Ulpiano 50 *ad ed.*, D. 2.15.1; Paulo 17 *Plaut.*, D. 12.6.65.1 en relación con Ulpiano 10 *ad ed.*, D. 3.6.1.pr., D. 3.6.1.3 y D. 3.6.3.2; C. 2.4.2 en relación con C. 2.4.12; *Consultatio* 4.2; *Pauli Sententiae* 1.1.5.

Dentro de esta incertidumbre de carácter general podría luego concretarse según se tratara de una simple « cuestión dudosa » o bien de una relación jurídica que además de incierta o dudosa se haya convertido en *questio* al ser planteada jurisdiccionalmente, haya o no recaído sobre ella el pronunciamiento de un *iudex*. Lo fundamental será siempre por tanto ese grado mayor o menor de incertidumbre jurídica, requisito que como puede comprobarse no falta tampoco nunca en las cuestiones llevadas a litigio (19).

Intimamente aparejada con la cuestión que acabamos de considerar, sobre el elemento esencial de duda e incertidumbre que siempre debe darse en la transacción, cabría plantearse una nueva cuestión: ¿qué clase de duda tendrá que existir? ¿tendría que ser necesariamente una duda objetiva de la relación jurídica o bastaría simplemente una situación subjetivamente dudosa? La solución a este punto pudiera parecer a primera vista dotada de un interés sólo teórico, pero nada más lejos de la realidad. Desgraciadamente, según podemos comprobar en la mayoría de las diversas definiciones que sobre la transacción ofrece la doctrina (20), no se especifica ni se precisa demasiado el alcance y significado de los criterios que deben concurrir para que una relación jurídica deba ser tenida como incierta o dudosa. A nuestro entender, para la valoración de la incertidumbre jurídica habrán de ser tenidos en cuenta dos criterios de tipo diferente: uno, objetivo (21) y otro, subjetivo (22). Normalmente ambos crite-

(19) Repetimos, pues, que según nuestra posición el requisito de la *res dubia*, objeto siempre de la transacción, se da fundamentalmente en las relaciones que ni siquiera han sido llevadas a litigio por lo cual ese debe ser el modelo genuino de la transacción. Ello no obsta sin embargo que también las relaciones litigiosas en cuanto que en ellas incide así mismo la incertidumbre jurídica puedan ser igualmente transaccionadas.

(20) Consideramos obvio e incluso innecesario una cita en concreto de toda la literatura existente al respecto.

(21) Entendemos que hay una incertidumbre objetiva cuando el posible derecho u obligación existentes, dadas sus circunstancias es en sí mismo dudoso. Ahora bien, esta situación de incertidumbre se calificará como objetiva según un módulo abstracto que así lo determinará, es decir con un criterio intelectual cuyos límites y contornos nos los ofrece el hombre medio y normal, un *boni viri arbitratu*.

rios concurrirán a la vez coincidiendo, aunque no es absolutamente impensable una disociación entre ellos, pudiendo darse en ocasiones una incertidumbre objetiva, sin que exista duda o incertidumbre subjetiva y a la inversa. Con relación al primer supuesto no parece que pueda plantearse ningún problema. Cosa distinta sucedería en cambio, en el supuesto de una transacción en la que la relación jurídica dudosa adoleciera simplemente de una incertidumbre subjetiva, siendo objetivamente cierta. En nuestra opinión, la transacción que sobre ella se hubiera concluído sería válida, bastando esa incertidumbre subjetiva y relativa para la validez del acuerdo transaccional. Como argumentación nos podemos remitir a tres textos, de tres juristas diferentes, en donde éstos expresan su parecer con relación a unos supuestos de compraventa, concretamente de unos *arbores* (23), de una *domus* (24) y de un *homo liber bona fide serviens* (25), en los que parece darse una situación de esta incertidumbre jurídica de tipo subjetivo. Los juristas ante estos casos concretos responden unánimemente que en todos ellos podrán considerarse válidas aquellas compraventas no obstante el error (26). Si admitimos la validez de esas compraventas no entendemos qué inconvenientes en principio pudieran plantearse por parte de los juristas clásicos — el rico venero del *ius* — a dar un traslado extensivo de aquellas soluciones jurisprudenciales sobre los supuestos de transacción en los que la incertidumbre jurídica lo fuera en sentido subjetivo, cuya validez entonces sería admisible, máxime cuando la naturaleza del convenio transaccional al ser un acuerdo, pacto, con enajenación y esperanza de una contraprestación, estaría muy cercana de la compraventa. Con todo, consideramos como

(22) La incertidumbre será subjetiva cuando sean las propias partes que intervienen en la transacción las que estén en la creencia de ese carácter dudoso del derecho con el cual creen estar asistidas así como de la correspondiente obligación que se plantea.

(23) Papiniano 10 *quaest.*, D. 18.1.58.

(24) Paulo 5 *ad Plaut.*, D. 18.1.57.

(25) Ulpiano 31 *ad ed.*, D. 17.1.8.5.

(26) Vid. MURGA, *Una acción de Ulpiano para prestaciones imposibles*, en *Estudios homenaje Prof. Santa Cruz*, Valencia, 1974, pp. 117 ss.; LONGO, *Le res extra commercium e l'azione di danni nei contratti di vendita*, en *Studi in onore di P. Bonfante*, Milán, 1929-30, Vol. 3, pp. 369 ss.

indispensable la existencia de la *bona fides* por parte de ambos sujetos que transigen e insistimos en esta última exigencia puesto que al poder venir motivada la transacción tanto por un simple temor a un litigio futuro así como por la propia existencia del mismo, si se aprecia la *bona fides* en los sujetos que transaccionan, desde un principio pueden quedar despejadas todo tipo de incógnitas al respecto. La buena fe se podrá valorar por la aplicación a la específica situación transaccional de los principios generales que configuran y determinan esta situación jurídica.

La transacción será válida, por tanto, tanto si sobre aquella relación jurídica hay una incertidumbre objetiva como si la hay subjetivamente. Deberán darse de modo inexorable uno de estos dos criterios o bien los dos en concurrencia. El acuerdo transaccional siempre recaerá sobre una situación jurídica incierta, *res dubia*. Es posible que la incertidumbre meramente subjetiva pudiera presentar en la práctica alguna dificultad en el momento de su valoración pero nunca hasta el punto de que pudiera constituir un obstáculo para admitir la transacción en ese caso. La base de la transacción está integrada de una parte por ese elemento de la *res dubia*, de otra por la certeza de que los sujetos que transigen han querido ellos mismos equilibrar y reglamentar sus intereses. En definitiva, estimamos que ese elemento — *transigere rem dubiam* — es esencial en la figura, no pudiendo existir élla sin que se dé tal carácter en su base.

El tercer elemento esencial de la transacción y que por tanto nunca podría faltar sería la reciprocidad en las concesiones (27) mutuas de los sujetos que intervienen en el convenio transaccional. Las concesiones recíprocas significan una renuncia total o parcial en las posiciones jurídicas aducidas por las partes, o si se quiere, de las pretensiones por las mismas alegadas (28). Por

(27) En la búsqueda de una precisa terminología que pueda subsumir el significado y alcance de ese otro elemento de la transacción, proponemos el término «recíprocas concesiones» pero bajo la consideración de que insito en su contexto, e incluso con una mayor incidencia a la hora de una valoración global, está presente la idea de los «sacrificios recíprocos».

(28) En el acuerdo implícito en toda transacción, una de las partes renunciaba normalmente, total o parcialmente, a un derecho o en su caso

esta razón puede decirse que el acuerdo transaccional supone una estructura negocial de carácter oneroso puesto que en él las partes intervinientes se obligan a algo o renuncian algún derecho⁽²⁹⁾. Como es lógico no tiene por qué existir una equivalencia entre las concesiones acordadas por los que transigen, ni siquiera debe darse necesariamente una equivalencia objetiva entre ellas puesto que la entidad objetiva de cada bloque de concesiones podrá ser de índole muy diversa. Ahora bien, dado el grado de libertad y respeto que suponía la transacción, como todo pacto, con relación a la autonomía de la voluntad de los sujetos, lo normal será que haya una mayor o menor equivalencia entre las concesiones del acuerdo transaccional siendo excepcional e infrecuente la existencia de una desproporción entre ellas. Con todo, una vez se haya concluido el convenio transaccional, las partes habrán llegado a un punto de acuerdo sobre una relación de equivalencia que lógicamente habrá sido aceptada por ellas.

El alcance y significado de este elemento normal en toda transacción — la reciprocidad en las concesiones — se expresa con toda claridad a través del testimonio que sobre ello nos ofrecen las fuentes⁽³⁰⁾, siendo además aducido de modo general

a la correspondiente acción; mientras que a su vez la otra parte, favorecida por la renuncia pactada, se comprometería en contraprestación a alguna cosa: bien fuera a un dar (*dare*) o bien a hacer algo (*facere*), entendiéndose ese *facere* en un sentido amplísimo en donde se incluiría tanto un *facere* positivo como una renuncia (*non facere*).

(29) La transacción supone siempre unas ventajas y un recíproco sacrificio. Así pues, al hablar de concesiones recíprocas se está indicando ya una adquisición en el amplio sentido de la palabra: en este sentido *vid.* BERTOLINI, *op. cit.*, pp. 67 ss. y 84 ss. Es frecuente encontrar en el tratamiento doctrinal que dedican a la transacción tanto algunos autores romanistas como la mayoría de los autores civilistas modernos un intento de síntesis, con el fin de resaltar la importancia que tiene la reciprocidad en las concesiones y sacrificios, expresado en una máxima en extremo generalizada: ... *transactio nullo dato vel retento seu promisso minime procedat*, ... (= impropriamente, *aliquo dato, aliquo retento*), significando que no es de ningún modo procedente la transacción no habiéndose dado, o retenido, o prometido nada. *Cfr.* C. 6.31.3 (= C. 2.4.38).

(30) Véase fundamentalmente: Ulpiano 50 *ad ed.*, D. 2.15.1; Paulo 9 *resp.*, D. 26.7.46.7; Ulpiano 37 *ad ed.*, D. 47.2.52.26; y también C. 2.4.25 y C. 2.4.34(33); C. 6.31.3 en relación con C. 2.4.38; C. 8.42(43).6. Curiosamente

por la doctrina moderna (31). En el orden práctico, la concesión de recíprocas prestaciones constituye en la transacción su elemento básico no sólo porque a través de ellas se manifiesta externamente el convenio de los que transigen sino porque constituye además la nota distintiva que diferencia la transacción de otras figuras que pudieran darse en el proceso y que podrían manifestar una cierta similitud con ella, como, por ejemplo, la remisión gratuita de una deuda (*pactum de non petendo*), el allanamiento puro y simple (32), el desistimiento puro y simple (33), la cláusula de compromiso (el *compromissum*), y el juramento extrajudicial (34).

3. — Después de considerar cuáles serían los elementos básicos de toda transacción y destacar cómo esta figura exigiría siempre la existencia de un convenio transaccional, de unas concesiones recíprocas entre los sujetos que intervienen en el acuerdo y una materia de *res dubia*, pasamos a hacer unas consideraciones sobre el momento extraprocesal y procesal de la transacción. Entendemos que el acuerdo transaccional podía ser celebrado tanto antes y fuera del litigio como dentro y también más allá del mismo. A este respecto proponemos una precisión con relación a los distintos momentos en los que la transacción podría ser concluida válidamente, a fin de determinar cuál de ellos debemos considerar como el momento más genuino y propio para la conclusión del convenio transaccional. Si tenemos en cuenta que la misión principal de la transacción es siempre la

es en el derecho justiniáneo donde se concede una especial relevancia a este elemento. También se pueden encontrar referencias al mismo en las fuentes literarias.

(31) Por no citar sino la más significativa podríamos señalar: BERTOLINI, *op. cit.*, pp. 31, 67 ss.; WENGER, *op. cit.*, pp. 100 s. que destaca este elemento como esencial para la transacción; VOLTERRA, *op. cit.*, p. 541.

(32) Establecemos esta precisión dado que la transacción puede perfectamente ser revestida con la forma de desistimiento del demandante en su pretensión.

(33) Establecemos esta precisión dado que la transacción puede perfectamente ser revestida con la forma de allanamiento del demandado ante la pretensión del demandante.

(34) *Cfr.* en este punto BERTOLINI, *op. cit.*, pp. 77 s.

evitación de un litigio futuro, es lógico que el momento, que al menos inicialmente debemos considerar como el más normal y típico para su conclusión, sería siempre el situado antes de que el propio litigio haya comenzado. Sin embargo, como el acuerdo transaccional tuvo también la finalidad, si bien menos frecuente y más secundaria, de poner fin (*litem decidere*) a un litigio ya planteado, no hay dificultad en admitir también la transacción llevada a cabo dentro del litigio al cual precisamente le pondrá fin, bien sea después de la *in ius vocatio* o bien después de la *litis contestatio* (*transactio post litem contestatam*). Añadiremos que de entre las transacciones que pueden ser convenidas dentro del proceso — momento segundo ya procesal — lo normal es que lo sean después de la *in ius vocatio* y antes de la *litis contestatio*. Finalmente, mucho se ha discutido sobre la validez de una transacción acordada más allá del litigio, es decir después de la sentencia (*transactio post rem iudicatam*)⁽³⁵⁾.

La doctrina romanística ha venido enfocando la transacción desde diversas perspectivas sistemáticas. La mayoría de los autores han estudiado esta figura desde la perspectiva obligacional, aspecto importante que sin duda ofrece⁽³⁶⁾. Algunos romanistas, quizá en menor número, sin olvidar el aspecto anteriormente dicho, estudian además específicamente la transacción desde el punto de vista de su incidencia en el ámbito del proceso civil romano⁽³⁷⁾. Dentro de esta segunda posición sistemática

(35) Esta temática merece una consideración especial y requiere un tratamiento jurídico preciso y delicado, pero que escapa aquí y ahora al propósito del presente trabajo.

(36) Dentro de ese enfoque doctrinal incluimos, entre otros: GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*, París, 1929, pp. 632 ss.; VOGLI, *op. cit.*, p. 402; SANFILIPPO, *Istituzioni di diritto romano*, Nápoles, 1955, pp. 246 ss.; ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*, Nápoles, 1968, pp. 400 ss.; GUARINO, *op. cit.*, pp. 847 ss.; VOLTERRA, *op. cit.*, pp. 541 s.; VILLERS, *Rome et le droit privé*, París, 1977, pp. 441 s.

(37) En este sentido destacamos, entre otros: WENGER, *op. cit.*, pp. 92 s., 100 s.; ALVAREZ SUAREZ, *Curso de Derecho romano*, Madrid, 1955, pp. 232 ss., 283 ss.; KASER, *Das römische Privatrecht*, 1, Munich, 1955, pp. 536 ss., 543; KELLY, *op. cit.*, pp. 132 ss.; KASER, *Das römische Zivilprozessrecht*, Munich, 1966, pp. 179, 227 nota 20, 270, 281, 292 y 481; SAMPER, *Derecho romano*, Pamplona, 1974, pp. 77 s., 334 s.; D'ORS, *Derecho Privado, cit.*,

adquiere especial relieve una temática planteada en relación al momento extraprocesal o procesal en el que la transacción podría ser celebrada. Si bien mayoritariamente los autores han contemplado la figura dentro de los actos que se tramitan ante el magistrado, en la fase *in iure* del proceso, algunos romanistas, sin embargo aunque en número mucho más reducido, consideran posible la transacción a lo largo de cada una de las fases del proceso e incluso también después de dictada la sentencia, en tanto ésta no devenga firme. Sin embargo la doctrina tradicional se ha caracterizado casi siempre por prestar una mayor atención al acuerdo transaccional convenido en aquel momento procesal al que ya nos referimos anteriormente — transacción después de la *in ius vocatio* y antes de la *litis contestatio* —, supuesto transaccional que tal vez habría que considerar como el menos propio y en cierta manera secundario. Ello, a nuestro juicio, ha conducido erradamente a la doctrina tradicional a sostener, implícita o explícitamente, que la transacción más genuina era precisamente la transacción litigiosa, es decir la convenida dentro de la propia tramitación *in iure*. Inexplicablemente el acuerdo transaccional concluido fuera del litigio o antes de él y previamente a la citación *in ius*, iba quedando postergado o al menos como algo de menor significación con relación a aquellos otros supuestos transaccionales convenidos durante e incluso después del litigio.

Desde sus orígenes el acuerdo transaccional fué entendido por los propios juristas clásicos como un acto procesal, pues nunca omitieron ese enfoque en sus referencias a esta figura. Acto procesal que había de tener, según hemos visto, por base un pacto o convenio concertado o bien antes del proceso o bien dentro e incluso también después del mismo. Es más, es bastante probable que el mismo magistrado en la propia tramitación *in iure*, solicitada la fórmula por el actor (*editio*) invitase o al menos recordase a los litigantes la posibilidad de llegar a un arreglo transaccional poniendo así fin a la controversia sin necesidad de

DP. 135 ss., 222, 442 ss.; FUENTESSECA, *op. cit.*, p. 294; VALIÑO, *Instituciones de derecho privado romano*, Valencia, 1978, pp. 136 ss., 480 s.; GARCIA GARRIDO, *Derecho privado romano*, Madrid, 1979, pp. 96 ss., 113, 119 ss., 302 ss.

esperar el pronunciamiento de un juzgador y con la economía procesal que ello pudiera suponer⁽³⁸⁾.

En cualquier caso, si la transacción tuviera lugar, el acuerdo que la misma lleva implícito provocaría la desaparición de uno de los pilares básicos del *ordo iudiciorum privatorum*: el principio contradictorio⁽³⁹⁾, es decir la necesidad indispensable de dos partes en el litigio que mantengan además dos intereses o posturas antitéticas. Evidentemente, si aun existiendo dos partes en el litigio desapareciera la situación encontrada y antitética de las mismas — y ésa sería la consecuencia inmediata de la transacción al darse el acuerdo o ceder en las pretensiones — el litigio no podría proseguir su marcha normal, al igual que sucedía con esos otros supuestos como eran la ausencia de una de las partes litigantes — un reo ausente, escondido o muerto sin herederos — o la indefensión del reo. También es evidente que si el acuerdo transaccional tuvo lugar cuando el litigio aún no había llegado al trámite procesal de la *litis contestatio*, no podrían producirse lógicamente ninguno de los efectos propios de este momento crucial del proceso y por tanto, al no haberse consumido la acción, la posición jurídica del actor e incluso la acción con la que pretendía hacer valer su pretensión siguen en pie. Solamente con la ayuda jurisdiccional del pretor y en concreto por el juego procesal de la *exceptio* podría el demandado corregir la posibilidad de que el actor quisiera hacer valer nuevamente su pretensión. No obstante ser diversos los momentos posibles para convenir la transacción no existieron sin embargo muchas diferencias entre ellos en lo que se refiere a su mecánica procesal⁽⁴⁰⁾ ya que en todo caso el modo de hacer eficaz la transacción desde el punto de vista del demandado sería la utilización de la *exceptio* frente a la conducta de ese actor que aprovechando

(38) Lo podemos comprobar en Juliano 48 *dig.*, D.12.1.21: *cum ad officium eius pertineat lites deminuere*. Pertenece al *officium* del magistrado el disminuir los litigios, en busca de una solución siempre más flexible así como de un mayor respecto hacia la voluntad negocial de las partes.

(39) Sobre ello PROVERA, *Il principio del contraddittorio nel processo civile romano*, Turín, 1970.

(40) *Vid.* KASER, *Zivilprozessrecht*, *cit.*, p. 179 y n. 56.

su superioridad procesal, de una acción no consumida por una *litis contestatio* que no pudo tener lugar, quisiera replantear de nuevo el litigio.

Según nuestra opinión, el momento más propio y genuino para concluir una transacción sería precisamente el primero, es decir cuando tiene su realización antes de la citación *in iure* y fuera del proceso. Esta afirmación precisa de una fundamentación que pasamos a continuación a exponer desde una triple perspectiva. No es nuestro propósito, aquí y ahora, ofrecer un análisis particularizado y exhaustivo sobre ello sino únicamente tratar de individualizar los puntos de vista más significativos con relación a la genuinidad del acuerdo transaccional convenido antes y fuera del proceso, sin que ello suponga un rechazo de aquellos otros momentos procesales en que la transacción pudo tener lugar.

1º. — Desde un primer plano, la argumentación que creemos más fundada tiene su apoyo en la propia *sedes materiae* que dentro del orden edictal ocupa el acuerdo transaccional⁽⁴¹⁾. El edicto, como conjunto de medios procesales que el magistrado ofrece a quien se encuentre en una situación prevista en el propio texto edictal, tiene una sistemática que sin ser la mejor de las posibles guarda sin embargo un orden presidido de una indudable lógica. Esas vías litigiosas iban siendo incorporadas al edicto a lo largo del paso de los años, insertándose en un esquema inicial, originario de la primera época pretoria, creciendo y sedimentándose poco a poco casi como si se tratara de un lento acarreo aluvial. Las acciones, los interdictos y las excepciones se fueron incorporando con un cierto orden histórico dentro de esa sistemática lógica inicial. Esto explica, por un lado, ciertos errores o « desórdenes » indudables que no dejan de extrañar un poco, si bien las grandes líneas del sistema edictal manifiesten un indudable orden lógico en su mayor parte. Ese orden edictal mantiene, como es sabido, una progresión lógica que nos recuerda

(41) Según podemos deducir de la reconstrucción de LENEL, ya en las primeras rúbricas edictales el pretor recordaba que no tendría en cuenta y, en consecuencia, no ayudaría lo acordado en contra de leyes, plebiscitos, senadoconsultos, o constituciones imperiales. *Vid. supra*, nota 15.

en cierta manera la marcha de un proceso: desde su parte introductiva que reúne los medios mediante los cuales se asegura la obediencia de los ciudadanos a través de unas primeras rúbricas referidas al cumplimiento de la *editio* previa extraprocésal, a las acciones *in factum* surgidas alrededor de la *in ius vocatio*, a la observancia de los compromisos de comparecencia ante el tribunal en un día determinado, hasta la ejecución de la sentencia que viene recogida en la cuarta parte edictal. Y es precisamente en la parte introductiva de la sistemática del edicto, cuyas rúbricas están recordando continuamente las posibles incidencias que pudieran sobrevenir al principio del litigio, donde aparece una rúbrica dedicada a los pactos en general (*de pactis et conventionibus*) (42). Aparentemente anómalo es ese recuerdo a los pactos al no aparecer éstos junto con las grandes figuras contractuales o al menos junto con aquellos pactos pretorios que fueron tutelados por acciones. La respuesta a esta cuestión nos la ofrece precisamente el argumento de la *sedes materiae* de los acuerdos transaccionales dentro del orden edictal. Los pactos aparecen ahí porque por encima de su valor sustantivo como acuerdo de voluntad que debe ser respetado, fueron ocasionalmente las figuras jurídicas a través de las que se manifestaban formalmente los convenios transaccionales. Y fué precisamente la transacción el pacto principal que arrastró a todos los demás *pacta*. Sin duda que esta importancia histórica y ocasional de los pactos pudo más a la hora de su inserción en el edicto y por ello fué « atraída » esta rúbrica 10 por la primera parte de la sistemática edictal, reservada para las incidencias procesales que tuvieran lugar al principio de la tramitación. Es, pues, la propia mecánica pretoria la que al colocar dicha rúbrica dentro de la parte introductiva, nos indica que la transacción, que principal y originariamente debió ser la más genuina, fue exactamente la acordada antes y fuera del litigio, con miras a su evitación.

2º. — Desde un segundo plano argumental en favor de nuestra tesis que considera como paradigmática precisamente la transacción acordada antes del proceso, estimamos oportuno apuntar

(42) LENEL, *Das E.P.* § 10. *Vid. supra* nota 3 y nota 15.

también unas razones de tipo histórico que podrían ser ilustrativas al respecto. En la introducción de este trabajo indicábamos ya cómo la figura de la transacción en su origen, con unas bases claramente ubicadas en aquella zona del primitivo ordenamiento jurídico que con el paso del tiempo se conocerá como el *ius publicum*, tendía a alcanzar nuevas formas de satisfacción de la primitiva responsabilidad derivada de las lesiones jurídicas, bien se tratara de lesiones corporales o bien de daños causados al patrimonio, concretamente por la vía del acuerdo o composición pecuniaria entre el ofendido y el ofensor⁽⁴³⁾. Tampoco es de difícil comprensión cómo en aquella recién aparecida *civitas* romana, surgida y desarrollada sobre unas bases sociales y económicas eminentemente agrícolas y con unas estructuras esencialmente comunitarias (*gens, domus*), el conjunto de actos jurídicos reconocidos por un ordenamiento tan primario y aún en sus balbucesos debió ser seguramente muy exiguo y el derecho comportaría el mínimo necesario para una colectividad así estructurada, donde por el momento las relaciones jurídicas serían más bien infrecuentes. Si bien parece que cada grupo social entendería a su manera sus propios derechos y los defendería con claridad, cuando se trataba de extralimitaciones en las composiciones pecuniarias entre ellos convenidas no cabía seguir afirmando esta línea de comportamiento⁽⁴⁴⁾. Así, dentro de este contexto

(43) Unánimemente se reconoce por los autores la existencia de la transacción desde tiempos muy remotos. Así, en los delitos cuya antigüedad se remonta más allá de la aparición de la propia *civitas*, la venganza privada, única vía posible de reparación de las lesiones jurídicas se fue mitigando poco a poco por obra precisamente de las composiciones voluntarias. Tanto las lesiones corporales (*iniuriae*), de las que se generaba una responsabilidad de tipo personal que daba paso a la *vindicta* taliónica, como los daños causados al patrimonio (*damna*), de los que surgían responsabilidades patrimoniales que provocaban la *nox*, son ya formas tempranas de transacción basadas desde sus orígenes en la composición voluntaria o composición pecuniaria. En ambos casos, *iniuriae* y *damna*, el pacto transaccional abría la puerta de las responsabilidades patrimoniales correspondientes: *poena y deditio*.

(44) Aspecto sobre el que se encuentran huellas bastante claras en las XII tablas: 1.6 *Rem ubi pacunt orato*; 1.7 *Ni pacunt, in comitio aut in foro ante meridiem causam coiciunto. Cum perorando ambo praesentes*; S.2 *Si membrum rupsit, ni cum eo pacit, talio esto*. Vid. GIRARD, *Testes*

no es difícil suponer que aquel núcleo urbano pequeño y seguramente con pocos habitantes, fácilmente conocidos entre sí, antes de acudir a plantear sus diferencias en un litigio, intentarían prevenirlo y en su caso evitarlo por vía de un « arreglo de tipo familiar » concluído entre ellos. Más tarde, con el paso del tiempo y con el desarrollo cada vez más progresivo de las técnicas jurídicas, aquel primitivo arreglo se debió ir configurando más bien como una « amigable composición » — un acuerdo transaccional, una transacción — susceptible de ser acordada por cualquier sujeto que estuviera capacitado para hacerlo, pero sin perder nunca el carácter de genuino y propio que tenía todo acuerdo cuando se hubiera convenido antes y fuera del litigio; pudiéndose así mismo llegar al punto de convenio dentro de los diferentes estadios del proceso.

3º. — Añadiremos finalmente, otra consideración procesal en base a unos razonamientos textuales deducidos de una lectura detenida del Digesto. En ocasiones anteriores se hacía referencia al *modus operandi* de la transacción pura y simple, es decir cuando no estaba revestida con forma civil alguna, comprobando cómo su defensa procesal es siempre idéntica (*ope exceptionis*) sea cual fuere el momento en el que se llegara a su conclusión. Fijándonos en unos textos de Ulpiano observamos cómo por lo menos en tres de los distintos juicios que el jurista nos da con relación a esta figura, ofrece unos sutiles y concretos contrastes según que el acuerdo sea convenido en uno u otro de aquellos momentos que anteriormente ya hemos señalado. Así, en un primer texto (45) nos dice que si la transacción no hubiera sido concluída *priusquam sisti oporteret* sino sucesivamente, se produciría una situación de *vadimonium desertum* y el demandado podría defenderse prácticamente de su falta de comparecencia mediante la *exceptio doli*, oponible a la *intentio* del actor. Tam-

de Droit romain, París, 1923, pp. 12, 17; BONFANTE, *Historia del Derecho romano*, 1, Madrid, 1944, pp. 197 ss., 259 ss.

(45) Ulpiano 74 *ad ed.*, D. 2.11.2.pr.: ... *sed hoc ita, si prius id negotium transactum sit, quam sisti oporteret. ceterum si postea transactum est, exceptio doli opponi debet.*

bién es de observar otro texto ⁽⁴⁶⁾ en donde se ofrece una argumentación bastante más amplia siempre en esta misma línea procesal: *Plerumque solemus dicere doli exceptionem subsidium esse pacti exceptionis: quosdam denique, qui exceptione pacti uti non possunt, doli exceptione usuros et Iulianus scribit et alii plerique consentiunt. ut puta si procurator meus paciscatur, exceptio doli mihi proderit, ut Trebatio videtur, qui putat, sicuti pactum procuratoris mihi nocet, ita et prodesse.* Y abundando sustancialmente en un mismo orden de ideas es el mismo jurista quien en otro pasaje ⁽⁴⁷⁾ nos dice que si se hubiera transigido antes de la *litis contestatio* se podría oponer la *exceptio doli* contra aquél que quisiera celebrarla, e incluso si se transigió después de la litiscontestación puede servirse de la *exceptio doli* subsiguiente.

A la vista de los tres pasajes de las fuentes a los que nos hemos referido, proponemos las siguientes observaciones que pueden ser tenidas en cuenta a la hora de una mayor precisión jurídica en torno a esta cuestión. Como podemos comprobar, siendo ello además el punto de partida por nosotros adoptado, el convenio transaccional concluído en cualquiera de los momentos posibles para hacerlo — extraprocesalmente o procesalmente — es siempre sinónimo de *pactum*, opera análogamente a él, siendo su tutela procesal *ope exceptionis*. Vemos, en primer lugar, un reconocimiento de la *exceptio doli* como el medio procesal posible que podría oponer el demandado para su defensa en aquellos supuestos de transacción litigiosa que hubieran sido pactados durante el litigio, después de la comparecencia *in iure*, antes o después de la *litis contestatio*. En segundo lugar, a con-

(46) Ulpiano 4 *ad ed.*, D.2.14.10.2 A modo de traducción: las más de las veces solemus decir que la *exceptio doli* es subsidiaria de la excepción de pacto; en efecto, algunos que no pueden utilizar la excepción de pacto, escribe Juliano que han de usar de la *exceptio doli*, y en ello están de acuerdo otros muchos; por ejemplo, si pacta mi procurador, me favorecerá la *exceptio doli*, según parece a Trebacio, el cual cree que así como el pacto del procurador me perjudica, así también me aprovecha.

(47) Ulpiano 43 *ad Sab.*, D.12.6.23.3: ... *potuit autem quis, si quidem ante litem contestatam transegerit, volenti litem contestari opponere doli exceptionem.* ...

tinuación el jurista hace por el contrario una expresa referencia a la oportunidad de la *exceptio pacti* y no de la *exceptio doli* para aquellos supuestos transaccionales que según nuestro parecer serían los más propios y genuinos. Entendemos que este claro cambio en la defensa *ope exceptionis* para unas transacciones que en sí mismas no tienen más diferencia que el momento de su celebración, debe tener algún significado que quizá no se perciba fácilmente a primera vista. En tercer lugar, vemos cómo igualmente en el pensamiento de Ulpiano se manifiesta un claro carácter subsidiario de la *exceptio doli* con relación a los casos en los que la *exceptio pacti* no podía beneficiar al demandado. ¿Entendió Ulpiano que siendo la *exceptio doli* subsidiaria tenía su función ahora cuando no tenía cabida la *exceptio pacti*? Y si ello fué así ¿no podría deducirse que, según el propio pensamiento ulpiano, aquellos otros supuestos transaccionales no serían en realidad los más genuinos?. En el decir de Ulpiano, siempre tan cuidadoso a la hora de la precisión jurídica, tal vez nos esté queriendo dar a entender que para él la transacción más propia, al menos desde un punto de vista histórico, sea precisamente aquella primera que es acordada antes y fuera del litigio, tendiendo inicialmente a su evitación. Según esto, sólo para ella debía reconocerse el empleo de la *exceptio pacti*. Por el contrario, para dar eficacia procesal a las demás transacciones, aquellas otras convenidas en los posteriores momentos procesales, no debería técnicamente utilizarse la excepción de pacto sino la *exceptio doli* subsidiaria. Aunque estos textos pertenecen a un mismo jurista, sin embargo parece bastante probable que la opinión de Ulpiano fuera ya una opinión común al menos a partir de Juliano, cuyo parecer recoge la doctrina ulpiana en uno de sus textos (48), e incluso que tuviera un carácter prevalente según podemos desprender de la frase *et alii plerique consentiunt* (49). Añadiéndose en este mismo texto (50), por vía de ejemplo, el parecer de otro jurista, Trebacio, en donde se contempla

(48) *Vid. supra* nota 46 (D. 2.14.10.2).

(49) *Vid. supra* nota 46 (D. 2.14.10.2); KÜBLER, *rec. a* FERRINI, *Sulle fonti delle Istituzioni di Giustiniano*, ZSS 23 (1902), pp. 508 ss., en particular 518, sobre la clasicidad de la expresión *alii plerique*.

(50) *Vid. supra* nota 46 (D. 2.14.10.2 *in fine*).

el supuesto de un procurador que había pactado con su adversario, poniéndose con ello de relieve que no le podría favorecer al *dominus litis* la excepción de pacto puesto que él no estuvo presente en la conclusión del acuerdo y, además, esa transacción sería litigiosa, por todo lo cual sólo podría ser oponible la *exceptio doli* ⁽⁵¹⁾.

Resumiendo las observaciones expuestas, estimamos fundada la genuinidad de la transacción concluída fuera y antes del litigio, pero a su vez no dejamos de considerar aquellos otros momentos ya procesales, igualmente válidos para la celebración de los acuerdos transaccionales. Aquel primer supuesto, el más propio, tendrá como tutela jurídica la *exceptio pacti*, mientras que aquellos otros supuestos cuya conclusión es posterior podrán defenderse, en principio, por la *exceptio doli*. Nuestro punto de partida ha sido la identidad funcional entre la *exceptio pacti* y la *exceptio doli*, pero llegando a precisar cuál era la valoración formal que explicaba la distinción entre el empleo de uno u otro medio de defensa procesal. Ahora podemos comprobar, una vez más, cómo el magistrado romano a la hora de conceder o no una vía litigiosa ante todo contemplaría aquella situación jurídica que se le planteaba como algo integrante de un contexto jurídico global y unitario siendo la línea de la actuación pretoria toda ella una búsqueda constante del punto de equidad y justicia de mayor altura alcanzable.

(51) Este parecer de Trebacio está en relación con Ulpiano 76 *ad ed.*, D. 44.4.4.6: *Quod si is, cui pecunia debeatur, cum debitore decidit et nomen eius vendidit Seio, cui debitor mandaverat, et nomen emeret, deque ea re emptor stipulatus est, deinde creditor eam pecuniam retinet, quam per iudicem abstulit, an emptor ex stipulatu possit caperiri? et Ofilius putat, si venditor nominis paratus non sit reddere, quantum ab emptore acceperit, non nocituram exceptionem doli mali: et puto sententiam Ofilii veram.* Y también con Q. Mucio Scevola 370, D. 50.17.73.4: *Nec paciscendo nec legem dicendo nec stipulando quisquam alteri cavere potest.*