

# EL CONTRATO DE TRANSACCION (1)

Por: Ab. Miguel Hernández Terán

## Sumario

- a) Ideas generales
- b) Definición
- c) Caracteres
- d) La condición resolutoria en el contrato de transacción
- e) Transacción y cláusula penal
- f) La transacción de los funcionarios públicos

### a) Ideas generales

— Podría decirse que el concepto de la transacción: arreglar o solucionar las divergencias judiciales actuales sobre una asignatura específica o precaver las futuras, es cosustancial a la existencia misma del ser humano.

Y decirnos esto porque la transacción y el vivir en paz, la paz social en definitiva, son dos ideas muy emparentadas, muy afines; con más precisión: son hermanas.

El arreglar los problemas, el superar las diferencias que se generan en el diario convivir fue, y es, siempre parte inseparable del vivir en sociedad . De ahí que, dada la indiscutible realidad de la vigencia de la transacción, fue necesario plasmarla en el mundo de las realidades jurídicas: las leyes.

No es la transacción un simple contrato a través del cual se solucionan momentáneamente -o durante un tiempo más o menos prolongado- las divergencias presentes o las posibles futuras. No, la transacción fue diseñada para terminar **para siempre** las diferencias de los sujetos de Derecho.

Su efecto fundamental: tener el valor de cosa juzgada, es decir, el poseer el mismo vigor legal de una sentencia ejecutoriada, es lo que hace que este contrato esté hermanado con la paz social.

El que lo que ya se arregló, a la luz del Derecho, no vuelva a ser materia de discusión, le dá a la transacción ese toque de profundidad que hace que las personas vean en ella a una verdadera fuente de paz. Conocido es el aforismo: "La ley reina pero la transacción gobierna".

La reproducción de éste último pensamiento bastaría para subrayar la trascendencia de este contrato.

Claro que la concepción que tiene el común de los mortales desconocedor de sus específicas reglas jurídicas- no obedece siempre al verdadero contenido y estructura jurídica del sin par contrato de transacción; sin embargo, la idea que se tiene es clara: termina los problemas.

Estudiemos en detalle algunos aspectos de este importante contrato:  
b) Definición

El artículo 2 372 del Código Civil ecuatoriano establece:

"Art. 2 372. Transacción es un contrato en que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente, o precaven un litigio eventual.

No es transacción el acto que sólo consiste en la renuncia de un derecho que no se disputa".

Esta tradicional definición que trae nuestro Código Civil amerita la formulación de algunos comentarios y precisiones:

Como generalizada crítica a la definición transcrita, que consta en las legislaciones de otros países, como Chile y Colombia, se expresa la omisión de un elemento esencial de este contrato: las mutuas concesiones que se hacen las partes; concesiones que deben versar sobre la materia de discusión.

Más adelante veremos cómo en legislaciones extranjeras, así como en opinión de tratadistas y de la misma Jurisprudencia, las con-

cesiones recíprocas constituyen un elemento fundamental del contrato de transacción.

Respecto a que lo que deben ceder las partes debe versar sobre lo que es materia de discusión, ello se infiere de la lectura del segundo inciso del artículo 2 372, que dice:

"No es transacción el acto que sólo consiste en la renuncia de un derecho que no se disputa". Y aquí otra precisión:

No debe entenderse, por contrario sensu, que el sólo renunciar a un derecho que está en disputa califica al acto como transacción.

La sola renuncia a una parte de lo que se disputa no es determinante para calificar al acto. Es menester, a más de renunciar, ceder en beneficio de la otra parte. Toda cesión implica renuncia, pero no toda renuncia, cesión.

Entonces, conforme a lo expuesto, el contrato de transacción parte de la existencia de:

- 1) Derechos en disputa.
- 2) Reciprocidad de concesiones.

Vamos a centrarnos en fundamentar lo que dice el número dos, para luego expresar otras ideas sobre la definición del contrato en estudio.

Veamos lo que dicen otras legislaciones.

Código Civil de Venezuela:

"Art. 1 713.- La transacción es un contrato por el cual las partes, mediante recíprocas concesiones, terminan un litigio pendiente o precaven un litigio eventual".

Código Civil brasileiro:

"Art. 1 025.- E lícito aos interessados prevenirem, ou terminarem o litigio mediante concessões mútuas".

Código Civil mexicano:

"Art. 2 944.- La transacción es un contrato por el cual las par-

tes, haciéndose recíprocas concesiones, terminan una controversia presente o previenen una futura".

Código Civil de la República Oriental del Uruguay:

"Art. 2 417.- La transacción es un contrato por el cual, haciéndose recíprocas concesiones, terminan los contrayentes un litigio pendiente o precaven un litigio eventual". (Inciso primero)

Código Civil argentino:

"Art. 2 944.- La transacción es un contrato por el cual las partes haciéndose recíprocas concesiones, terminan una controversia presente o previenen una futura".

Código Civil de la República del Paraguay:

"Art. 1 495.- Por el contrato de transacción las partes, mediante concesiones recíprocas, ponen fin a un litigio o lo previenen. .."

En cuanto a la Jurisprudencia, cabe decir:

La Corte Suprema colombiana ha sostenido: (2)

"De manera que para que exista efectivamente este contrato se requieren en especial estos tres requisitos: lo) existencia de una diferencia litigiosa, aun cuando no se halle sub judice ;2o) voluntad e intención manifiesta de ponerle fin extrajudicialmente o de prevenirla, y 3o) concesiones recíprocamente otorgadas por las partes con tal fin".

Y también ha dicho la Corte de dicha hermana República, que:

"El contrato de transacción supone como condiciones de su formación: a) el consentimiento de las partes; b) la existencia actual o futura de una desavenencia, disputa o desacuerdo entre las mismas; c) la transacción supone reciprocidad **de concesiones** o de sacrificios por parte de cada uno de los contratantes. Esta es la circunstancia que distingue la transacción de la simple renuncia de un derecho, de la remisión de una deuda, del desistimiento". (3)

El máximo tribunal de justicia del Ecuador (4) ha expresado:

"La transacción tiene como fundamento el dudoso derecho de las partes y la reciprocidad de concesiones para dar término a un litigio.. ."

**Respecto de la Doctrina Jurídica, diremos:  
El Doctor Manuel Somarriva Undurraga (5) al comentar una sentencia chilena, expone:**

**"En el caso fallado mal podía existir transacción cuando no concurrían ninguna de sus características: no se ponía fin a un litigio pendiente, no se precavía ningún litigio eventual y, por último, tampoco habían concesiones recíprocas de las partes".**

**En el Tomo IV del "Curso de Derecho Civil" basado en las explicaciones de los profesores de la Universidad de Chile, Arturo Alessandri Rodríguez y Manuel Somarriva Undurraga. Fuentes de las Obligaciones. Editorial Nascimento. Santiago 1942 Chile, pág. 561, se incluye a la "Reciprocidad de concesiones" como requisito característico del contrato de transacción.**

**Los mismos Alessandri y Somarriva (pág. 559 de la obra citada), al referirse a la definición que de la transacción dá el Código Civil chileno, que en este punto es igual al nuestro, expresan:**

**"Pero la definición no ha sido feliz, y hay que agregarle otro elemento, que es básico, esencial en ella: "haciéndose las partes concesiones o sacrificios recíprocos". Si las partes no se hacen estas concesiones o sacrificios, no hay transacción".**

**Queda claro , pues, que las concesiones recíprocas constituyen un elemento esencial para la existencia de este importante contrato**

**En otro aspecto, vale destacar que la Jurisprudencia colombiana (6) ha formulado una interesante crítica:**

**"En la definición que da el art. 2 469 del C.C. (7) no está comprendida toda la esencia de la transacción; esa definición no abarca todos los casos; hay que adiccionarla con el caso contemplado en el art. 2 478 (8), y decir que la transacción puede tener también por objeto un litigio terminado por sentencia judicial cuando esta no es conocida por los litigantes que celebraron la transacción". Nosotros creemos que el fallo colombiano debió precisar: sentencia judicial pasada en autoridad de cosa juzgada.**

En cuanto al fondo mismo de dicha crítica, no consideramos que el caso citado por los magistrados colombianos -si bien corrobora una verdad- deba incluirse en la definición del contrato, pues ella no puede contener normas particulares, que, en nuestro concepto, están bien ubicadas, entre otros, en el Art. 2 478 del Código Civil colombiano y 2 381 del Código Civil ecuatoriano.

Pero existe otra crítica que puede formularse a la definición del artículo 2372, y es que ella habla de que ". . . las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente. . ."

Cierto es que las partes, fuera del proceso, pueden celebrar un contrato de transacción con la intención de poner fin a dicho proceso, pero ello no significa que "ése contrato, per sé, vaya a poner término a la contienda judicial.

La transacción será, en ese supuesto, solamente un escalón para poder ascender a la ansiada terminación del juicio, pues para que éste último tenga lugar es menester que conste *en el* proceso y que sea aprobada por el juez. Así, nuestra Corte Suprema de Justicia (9) ha dicho: ". . . si bien la transacción en litigio, para que surta efecto, debe ser aprobada por sentencia... "

No hay fundamento para que el legislador haya incluido la palabra "extrajudicialmente" en la definición del contrato que nos ocupa.

#### c) Caracteres

El contrato de transacción presenta los siguientes caracteres:

- a) Es bilateral, pues las partes se obligan recíprocamente.
- b) Es consensual : basta el consentimiento de las partes para su perfeccionamiento jurídico.

Sin embargo, conforme al Art. 1 753 del C.C.: "Deberán constar por escrito los actos o contratos que contienen la entrega o promesa de una cosa que valga más de dos mil sucres". Y de acuerdo con el Art. 1754 del mismo Código:

"Al que demanda una cosa de más de dos mil sucres de valor no se le admitirá la prueba de testigos, aunque limite a ese valor la demanda.

Tampoco es admisible la prueba de testigos en las demandas de menos de dos mil sucres, cuando se declara que lo que se demanda es parte o resto de un crédito que debió ser consignado por escrito y no lo fue".

c) Es oneroso, pues "tiene por objeto la utilidad de ambos contratantes, gravándose cada uno a beneficio del otro".

d) Es conmutativo, ya que las prestaciones que tienen su origen en este contrato se miran como equivalentes.

e) Es principal: vive y sobrevive, jurídicamente, independientemente de cualquier otro acto o contrato (10).

Es preciso destacar como característica preponderante de este contrato, el que él puede versar sobre la acción civil que nace de un delito, sin perjuicio de la acción penal. Este principio, consagrado en el artículo 2375 del Código Civil, es confirmado por el artículo 94 del Código Penal, que dice: "El perdón de la parte ofendida o la transacción con ésta, no extingue la acción pública por una infracción que debe perseguirse de oficio".

Claro que tratándose de los delitos que sólo pueden juzgarse mediante acusación particular, los juicios pueden concluir en virtud del contrato de transacción. Así lo establece el artículo 433 del Código de Procedimiento Penal.

Respecto de las contravenciones el principio consta en el artículo 447 del mismo Código Procesal, que expresa:

"Cuando se tratare de contravenciones que se refieran a la propiedad, a la honra de las personas o a lesiones que no excedan de tres días de curación, el Juez podrá autorizar que el proceso, si lo hubiere, o la reclamación, en caso contrario, concluyan mediante transacción entre las partes o por desistimiento". (Inciso primero).

#### **d) La condición resolutoria en el contrato de transacción**

¿Cabe o no la condición resolutoria en este contrato? Este es un tema de tradicional discusión en el Derecho Civil.

Ello es así porque la transacción es un contrato bilateral y como se sabe, de acuerdo con el artículo 1532 del Código

cumplirse por uno de los contratantes lo pactado".

Los criterios son divididos. Los fundamentos, interesantes.

Unos dicen que sí cabe; otros, que no. Los que sostienen que sí, expresan que si bien la transacción surte el efecto de cosa juzgada tampoco es menos cierto que la disposición general del Código Civil que establece la condición resolutoria en los contratos bilaterales no ha sido derogada por el legislador, y siendo así, es plenamente factible demandar la resolución del contrato de transacción amparados en dicha disposición legal.

Manuel Somarriva Undurraga (11) al comentar un fallo chileno que estableció: "La transacción' es susceptible de resolverse por incumplimiento de las obligaciones de una de las partes", dijo: "La doctrina de la sentencia está de acuerdo con la ley. La transacción es un contrato bilateral y como tal cabe aplicarle la regla general que para esta clase de contratos da el artículo 1.489 del Código Civil y que no se encuentra derogada en el título de la transacción".

-1<sup>1</sup> Los profesores: Arturo Alessandri Rodríguez y Manuel Somarriva Undurraga (12) al abordar el tema de estudio de este subtítulo, expresan: "Ha promovido la discusión el artículo 2,460, que nos dice que la transacción tiene el valor de cosa juzgada dictada en última instancia; y si el legislador le ha dado el carácter de sentencia ejecutoriada, resulta que no puede resolverse, ya que una sentencia ejecutoriada sólo puede atacarse por medio del recurso de revisión, pero no puede modificarse en otros términos. Esta doctrina tiene algunos adeptos, y decisiones antiguas la aceptaban. Pero es evidente que no es la buena doctrina. Porque la regla del artículo 1,489 se aplica a todo contrato bilateral, y para poder entender que no se aplica a la transacción se necesitaría una derogación expresa, y en ninguna parte del título éste se dice que no se aplica este ar-



título a la transacción. Por eso decidimos que la resolución se aplica también a la transacción.. Este es el pensamiento último de la Corte Suprema".

De otra parte, los sostenedores de la imposibilidad de la aplicación de la condición resolutoria al contrato de transacción se fundamentan en que la asimilación de la transacción a la cosa juzgada hecha por el legislador es incompatible con la condición resolutoria del artículo del Código Civil que la establece.

En nuestro concepto esta clásica discusión, si bien no es infundada, debe resolverse recordando una norma muy concreta que nos dá el Título Preliminar del Código Civil: el artículo 12.

"Art. 12.- Cuando una ley contenga disposiciones generales y especiales que estén en oposición, prevalecerán las disposiciones especiales".

La norma contenida en el Título "DE LA TRANSACCION", que le dá a ésta, el valor de cosa juzgada, es una disposición especial que está en muy clara oposición con la norma general del artículo 1532. Y ojo que el precepto contenido en el artículo 12 es imperativo.

La ley manda, prohíbe o permite; y en este caso, manda, la razón, argumentación contraria.

No nos inclinamos, para fundamentar la inaplicabilidad de la condición resolutoria tácita en el contrato de transacción, por la tesis que sostiene que habría derogación tácita del artículo que instaura la condición resolutoria en los contratos bilaterales, pues ella supone la dictación , de 2 leyes en distintos momentos: una anterior y otra posterior; y ese no es el caso del Código Civil, pues éste es una sola ley, que contiene normas de diverso carácter.

Amigo lector, la equiparación de la transacción a la cosa juzgada quedaría absolutamente desbaratada si se aceptase que la condición resolutoria del artículo 1 532 del Código Civil ecuatoriano es aplicable al contrato en estudio. Cosa juzgada y condición resolutoria son dos conceptos que chocan.

Si se aplicase la condición resolutoria al contrato de transacción se rompería un básico postulado de hermenéutica jurídica: la norma especial prevalece sobre la general.

Don Luis Felipe Borja (13) dijo, el 16 de Marzo de 1893, sobre la temática que nos ocupa: "Opino que en ningún caso puede resolverse". Funda este criterio formulando varios comentarios.

Al referirse al efecto de cosa juzgada, dijo el gran Maestro: "Lo cual equivale a decir que las partes mismas de común acuerdo han pronunciado irrevocablemente el fallo definitivo, que es la única regla a que en adelante han de sujetarse". Enseguida agrega:

"Ahora bien, si tiene la fuerza de la cosa juzgada, de ella no nace sino la acción para compeler al cumplimiento de lo resuelto en la sentencia expedida por las partes. . ."

Luego expresa Borja: "Palmaria contradicción habría pues, entre la cosa juzgada, que extinguiendo todos los derechos anteriores a la sentencia, no deja subsistentes sino los que la misma declara, y la resolución, que restituye las cosas al estado en que se hallaban antes de ajustarse el contrato y rescita todas las reclamaciones extinguidas a causa de la transacción".

Revisemos ahora lo que nuestra Corte Suprema de Justicia ha resuelto sobre esta importante materia.

"TRANSACCION.- La transacción no está sujeta a la acción resolutoria del artículo 1 479 del Código Civil, porque surte el efecto de cosa juzgada en última instancia, artículo 2442 del propio Código ..... T. II, S. la., No. 87."

"TRANSACCION.- No es resoluble, fuera de los casos puntualizados en el Título XL, del Libro IV del Código civil, sino cuando deja de cumplirse la condición estipulada expresamente para la subsistencia de ella T. VI, S. 2a., No. 151." (14)

"I-87, p. 695.- La disposición del art. J.479 (1545) del Código civil no es aplicable a la transacción, porque ésta, según el Art. 2 442 (2479), surte el efecto de cosa juzgada en última instancia; y así como la sentencia ejecutoriada no puede resolverse aun cuan-

do uno de los litigantes se resista a cumplirla, tampoco la transacción que está equiparada con aquella por la ley". (Enero 12, 1881)

"II-151, p.1208: Sólo estipulada expresa condición, y no cumplida, de la que se hiciese depender la subsistencia de la transacción, puede haber acción resolutoria de este contrato, en los demás casos no permitidos por el título **XL (XXXIX)** del Libro IV del Código Civil y de aquí la improcedencia de la resolución del contrato de transacción de que en el presente juicio se trata". (Julio 6, 1912) (15)

Leamos ahora una magistral sentencia de primera instancia y su confirmación en las dos posteriores, providencias que se dictaron a fines del siglo pasado (16).

### **SENTENCIA DE la INSTANCIA.-**

"Quito, Junio 13 de 1893, las nueve.-

Vistos: La disposición contenida en el art. 1479 del Código Civil y en su correspondiente inciso, es general para toda clase de contratos bilaterales; pero la contenida en el art. 2442 es limitativa de aquella, y sólo se refiere al contrato bilateral de transacción. Según este artículo, la transacción surte el efecto de cosa juzgada en última instancia; y no puede impetrarse sino la acción de nulidad, sea absoluta o sea relativa; y esto, sólo de conformidad con las prescripciones contenidas en el título cuarenta del propio Código. El espíritu de la ley en lo relativo a esta delimitación, es conocido; pues, teniendo la transacción sólo dos objetos: el terminar extrajudicialmente un litigio pendiente, o precaver un litigio eventual, absurdo sería el que pudiera intentarse la acción resolutoria, para que se declarase que existió el contrato de transacción, y que, sin embargo, no surtió el efecto de cosa juzgada en última instancia; que terminó extrajudicialmente un litigio pendiente, o que precavó un eventual; pero que al mismo tiempo, ni ha terminado, ni ha precavido. Además, el art. 2445 del mismo Código, está demostrando claramente que en el presente caso no puede intentarse la acción resolutoria; porque aun en el caso de haberse estipulado una pena contra el que deja de ejecutar la transacción, sólo se puede reclamar la pena, sin perjuicio de que se lleve la transacción en todas sus partes a debido efecto. Las pruebas relativas a los hechos, no se toman en consideración, porque no tienen razón de ser en el caso actual. Por estos

fundamentos, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, se absuelve a los demandados de la acción propuesta a fs. tres. Con costas.- Alejandro Ponce Elizalde.- D. Hidalgo."

#### SEGUNDA INSTANCIA.

"Quito, Febrero 15 de 1894, las dos.-

Vistos: La sentencia de que se ha recurrido, es justa y se halla arreglada a la ley y a los méritos del proceso. Por tanto, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, se la confirma, con costas. Devuélvase.- Rafael Gómez de la Torre.- Fidel Egas.- Belisario Quevedo."

#### TERCERA INSTANCIA.

"Quito, Julio 31 de 1895, la una.-

La sentencia de que se ha recurrido está arreglada a las disposiciones legales, y conforme con los méritos del proceso. Por tanto, administrando justicia en nombre de la República y **por autoridad** de la ley, se confirma con costas; la indicada sentencia. Devuélvase.- J. Modesto Espinoza.- Julio Castro.- Manuel M. Salazar.- Fernando,

Dr. N. Clemente Ponce opinó en contra de la mayoría, sosteniendo que la transacción podía resolverse, ora en virtud de cláusula resolutoria expresa estipulada por las partes, ora en virtud de la disposición del art. 1479 del Código Civil, que, entendemos, equivale al actual 1532.

De la invariable verdad jurídica de que la transacción tiene el valor de cosa juzgada, se desprende, que las partes -no obstante la fundamental regla del Art. 1588 del Código Civil, que establece: "Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales"- no pueden retractarse de ella.

Leamos lo que dijo la Segunda Sala de la Corte Suprema en el año de 1976: (17)

"Los litigantes presentaron a la Tercera Sala de la Corte Supe-

rior de Guayaquil, la transacción contenida en el escrito de dichos folio y fecha, habiendo reconocido las partes sus firmas, como aparece de las actas de fs. 11, diligencia que tuvo lugar el 18 de Diciembre de 1975 y el primero de los mismos mes y año ; c) El 5 de Febrero del año que avanza, el Dr. E. Ch. compareció ante la Tercera Sala de la Corte Superior de Guayaquil y, en el manifiesto de la fs. 12, consignó que la transacción ajustada con el deudor, no había merecido la aprobación de los señores Ministros, por lo que les pedía aceptar su desistimiento "del proyecto de transacción", exigiendo que se remita a la Corte Suprema el juicio, a virtud del recurso de tercera instancia deducido por el ejecutado. . . d) La transacción, al tenor. de lo estatuido en el Art. 2372 del Código Civil, es un contrato meramente consensual en que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente o precaven un litigio eventual. No requiere para su perfeccionamiento de otro elemento que la voluntad de los contratantes y, manifestada ésta, adquiere imperatividad de cosa juzgada, al tenor del Art. 2386 del mismo Código, salvo el evento de rescisión o nulidad conforme a la misma norma y a los preceptos que le anteceden. Siendo esto así fue del todo ilegal el procedimiento del Ministro de Sustanciación de la Tercera Sala de la Corte Superior de Guayaquil, que aceptó de plano el desistimiento unilateral del convenio transaccional. Esa retractación, fue a su vez, del todo inválida e inaceptable...

Por lo expuesto, este Tribunal carece de competencia para conocer del proceso y de un recurso que se invalidó por el efecto **irrevocable** de la transacción a la cual debe aplicarse plenamente el efecto de toda sentencia en los términos del Art. 318 (corresponde actualmente al 301) del Código de Procedimiento Civil. En tal virtud, se ordena devolver el juicio a la Corte Superior de Guayaquil para que los Ministros de la Tercera Sala aprobando la transacción válida de los contendientes, remitan a su vez el proceso al Juzgado de origen, para los fines legales consiguientes". (Segunda Sala: Gonzalo Zambrano Palacios.- Carlos Jaramillo Andrade.- Arturo Aguilar González.- 9 de Abril de 1976.- Juicio: Dr. Wellington Escobar Chávez.- Enrique Figueroa).

El artículo 301 del Código de Procedimiento Civil, establece: "La sentencia ejecutoriada surte efectos irrevocables respecto de

las partes que siguieron el juicio o de sus sucesores en el derecho. En consecuencia, no podrá seguirse nuevo juicio cuando en los dos juicios hubiere tanto identidad subjetiva, constituida por la intervención de las mismas partes, como identidad objetiva, consistente en que se demande la misma cosa, cantidad o hecho, fundándose en la misma causa, razón o derecho ."(Inciso primero)

La transacción tiene el valor de cosa juzgada porque la ley así lo quiere. La aprobación judicial, cuando es menester, no es, pues, lo que le dá tal categoría.

Por último, prestemos nuestra .. atención a una parte de una sentencia del máximo tribunal de justicia del Ecuador:

"5. El Juez lo. del Trabajo de Pichincha con fecha 2-11-82 aprobó mediante sentencia el acuerdo transaccional de actor y demandada y como bien se anota en el primer fallo, no cabría expedir nueva sentencia sobre los mismos puntos que las partes tuvieron a bien arreglar en un contrato transaccional irrevocable" (18)

#### e) Transacción y cláusula penal

Como se sabe, la "Cláusula penal es aquélla en que una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena, que consiste en dar o hacer algo en caso de no cumplir la obligación principal, o de retardar su cumplimiento ".

Talvez pueda impactar un poco el que teniendo la transacción el valor de cosa juzgada, (19) pueda incluirse en el texto del contrato, o aun fuera de él, una cláusula que no goce de tal carácter, y un poco, si se quiere, extraña al mismo; mas, ante ese posible impacto debemos reaccionar diciendo:

1) La cláusula penal tiene como particularidad, a más de su evidente función de garantía, el generar una obligación **distinta de la principal**.

2) La cláusula penal es un acto jurídico, y como tal debe cumplir los requisitos que para tal categoría de actas son menester.

3) El que la cláusula penal genere una obligación accesoria, en nada afecta a la legitimidad y eficacia de la transacción. Al contra-

rio, la eficacia de la cláusula penal dependerá del cumplimiento de lo pactado en la transacción.

4) Las reglas generales de la cláusula penal tienen plena cabida.

Sin embargo, por tener la transacción el valor de cosa juzgada; por tener la categoría de título ejecutivo, y por su objetivo mismo: terminar litigios pendientes o precaver los eventuales, es que el legislador ha descartado la posibilidad de que el acreedor elija: o la ejecución de lo pactado, o el cumplimiento de la pena. Ello se infiere de la lectura del artículo 2389 del C.C., que dice:

"Si se ha estipulado una pena contra el que deja de ejecutar la transacción, habrá lugar a la pena, sin perjuicio de llevarse a efecto la transacción en todas sus partes".

f) La transacción de los funcionarios públicos.

Es conocido que para la validez de un acto o contrato se necesita:

- capacidad legal (ser legalmente capaz)
- consentimiento libre de vicios
- objeto lícito
- causa lícita.

Mas, en el caso del contrato de transacción no basta tener capacidad legal, sino que es menester ser "capaz de disponer de los objetos comprendidos en la transacción" (Art. 2373 del Código Civil).

Conocida esta particularidad -que no es materia de objeción alguna- surge la pregunta: ¿un funcionario público puede celebrar, lícitamente, un contrato de transacción obligando a la persona jurídica a la que representa?.

El Derecho Positivo lo permite, bajo ciertos condicionantes.:

Y la razón para tales condicionantes tiene un sano sentido moral y ético: proteger los bienes del Estado y de las instituciones del sector público, así como evitar la corrupción de dichos funcionarios. (20)

Revisemos el tenor de algunas normas vigentes:

Ley de Régimen Municipal

"Art. 72.- Son deberes y atribuciones del Alcalde y Presidente del Concejo en su caso:

41.- Transigir en los juicios. Si la cuantía del asunto litigioso puede exceder o comprometer rentas o bienes por un valor mayor que el equivalente al medio por mil de los recursos corrientes del respectivo Municipio, se requerirá la aprobación del Concejo".

Ley Orgánica del Ministerio Público

"Art. 21.- Desistimiento -Transacción.- El Presidente de la República podrá autorizar al Procurador General del Estado para desistir de la demanda, aceptar conciliación y transigir, siempre que ello fuere conveniente a los intereses nacionales y a los de la justicia. La autorización será concedida previo informe del Procurador General. En los juicios cuya cuantía no exceda de un millón de sucres no se requerirá dicha autorización". (Como se sabe, de acuerdo con el artículo 111 de la Constitución Política, el Procurador General del Estado es el único representante judicial de éste).

En concordancia con el artículo 21 de la Ley Orgánica del Ministerio Público, la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa establece :

"Art. 50.- El demandante podrá desistir de la acción o recurso contencioso -administrativo, y para que el desistimiento sea válido se requiere la concurrencia de los requisitos puntualizados en los Arts.383 y 384 del Código de Procedimiento Civil y 21 de la Ley Orgánica del Ministerio Público, y los demás establecidos en la Ley, en su caso".

"Art. 53.- Los demandados podrán allanarse al recurso Contencioso Administrativo, mediante escrito en el que se reconozca la verdad de la demanda, y, si es del caso, previo el cumplimiento de lo dispuesto en el Art. 21 de la Ley Orgánica del Ministerio Público, y de lo que, para el efecto, disponga la Ley".

Ley de Régimen Provincial

"Art. 39.- Está prohibido al Prefecto:

h) Absolver posiciones, deferir al juramento decisorio, propo-



ner juicio alguno, allanarse a la demanda y aceptar conciliaciones, sin previa autorización del Consejo".

Entonces, la celebración del contrato de transacción por parte de los funcionarios públicos ha sido objeto de especial preocupación del legislador. La importancia de este contrato y sus particulares efectos así lo justifican.

## BIBLIOGRAFIA. Y NOTAS

(1) Algunas advertencias:

1- Cuando existan palabras subrayadas dentro de la reproducción de un texto, ese subrayado es hecho por el autor de este trabajo.

2 - Hablaré en plural, pese a ser este trabajo consecuencia del esfuerzo personal.

3 - En algunas ocasiones abreviaremos las palabras: "Código Civil", por las letras "C.C."

(2) El Código Civil colombiano contiene la misma definición de transacción que el Código ecuatoriano.

(3) Estos fallos son extraídos de la obra: "Código Civil" con notas, concordancias, jurisprudencia de la Corte Suprema y normas legales complementarias. Jorge Ortega Torres. Décima edición, actualizada. Editorial TEMIS Bogotá 1975, página 1084.

(4) "Repertorio de Jurisprudencia". Preparado por el Dr. Juan Larrea Holguín. Tomo XI, página 225. 1979.

(5) "Las Obligaciones y los Contratos ante la Jurisprudencia". Editorial Nascimento.. Santiago, 1939. Chile, página 270.

(6) Jurisprudencia extraída de la obra citada en la nota 3, página 1082.

(7) Que equivale 2372 del Código Civil ecuatoriano.

(8) Que equivale al 2381 del Código ecuatoriano

(9) Página 585 del "Diccionario de Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia". Año 1977. VIII Tomo. Quito-Ecuador 1979. Dr. Galo Espinoza M.

(10) En realidad, el carácter principal o accesorio no lo es del contrato, sino, con más propiedad, de la obligación que se deriva de tal acuerdo de voluntad.

Lo caracterizamos como principal, siguiendo las reglas del artículo 1485 del Código Civil.

(11) "Las Obligaciones y los Contratos ante la Jurisprudencia". Editorial Nascimento. Santiago 1939 Chile. Página 271.

(12) Obra citada, página 160.

(13) La opinión que a continuación reproducimos consta en la Gaceta Judicial (páginas 45 y 46) que se cita en la nota 16, Gaceta que es a su vez mencionada en la Tesis a que aludimos en dicha nota 16.

(14) Estos dos primeros fallos fueron tomados del Índice Alfabético de las Series Primera, Segunda y Tercera de la Gaceta Judicial. Editor: Doctor Tito A. Rodríguez. Quito-Ecuador. Imprenta de la Universidad Central. 1923, página 226.

(15) El anterior y éste, son fallos extraídos del "Código Civil". Volumen III Libro Cuarto. Con la Jurisprudencia de la Excma. Corte Suprema y Concordancias. Preparado por el Dr. René Bustamante Muñoz. La Prensa Católica. Quito-1959, págs.: 76 y 80.

(16) Estas sentencias se encuentran publicadas en las páginas 46 y 47 de la "Gaceta Judicial": Publicación semanal. Año I. Quito, 16 de Agosto de 1895, Número 10.

Este dato lo obtuvimos de la Tesis previa al Grado de Doctor en Jurisprudencia del Licenciado Jorge Hernández Maldonado, titulada: "Estudio sobre la transacción en el Código Civil Ecuatoriano". Universidad de Guayaquil. 1943, pag 50.

(17) "Diccionario de Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia". Unica recopilación de la totalidad de Resoluciones de las Cinco Salas del Tribunal Supremo de Justicia. Dr. Galo Espinoza M. Años 1975 y 1976. VI TOMO. Quito-Ecuador. Editorial "Don Boro " 1978. Páginas 453 y 454.

(18) "Repertorio de Jurisprudencia". Tomo XXIII. 1984. Preparado por Dr. Juan I. Larrea Holguín. Página 249. Corporación de Estudios y Publicaciones. Quito-1985.

(19) No en última instancia, porque la cosa juzgada es una sola, independientemente de la instancia en que se cause.

(20) Existen otras normas jurídicas que tienen el mismo fundamento. Por ejemplo, el artículo 18 de la Ley Orgánica del Ministerio Público, que establece:

"Toda sentencia adversa al Estado o a las instituciones del sector público se elevará en consulta al inmediato superior, aunque las partes no recurran.

**En la consulta se procederá como en los casos de apelación y de tercera instancia, y no habrá en ellos deserción del recurso. El Estado y las demás instituciones del sector público no podrán renunciar a la apelación".**

\_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_