

dispone, para la validez del mandato, el art. 933 del Código francés.

Casala, 1.º Diciembre 1868; ídem de Turín, 11 Mayo 1866). Otros tribunales han resuelto que el mandato sólo puede ser válido cuando se haya hecho con las formalidades requeridas por el art. 1.314 para la validez de los actos (V. casac. de Florencia, 29 Julio 1867 y 25 Julio 1878; ídem de Turín, 9 Julio y 13 Diciembre 1878; apel. de Milán, 1.º Diciembre 1880, y las notas y referencias en el *Foro italiano*, t. III, pág. 1.031; t. VIII, pág. 624).—No es ocasión de discutir esta materia; sólo advertimos que de resolverla en uno ú otro sentido depende el admitir ó no que el mandato otorgado en el extranjero para llevar á cabo en Italia uno de los actos enumerados en el artículo 1.314 deba permanecer bajo el imperio de la regla *locus regit actum*, ó quedar sujeto á las disposiciones del art. 1.314 para su validez respecto de la forma. No es difícil comprender que para no exponerse á la nulidad del acto mismo, aconseja la prudencia que se redacte el poder en la forma exigida por el mencionado artículo del Código italiano.

CAPITULO VI

De la transacción.

1.157. Concepto de la transacción.—**1.158.** Determinación general de la ley por que debe regirse.—**1.159.** Cómo se aplica á ella la regla *locus regit actum*.—**1.160.** De la ley que debe regir el objeto de la transacción.—**1.161.** Autoridad de la *lex fori* en esta materia.—**1.162.** De los efectos de la transacción.—**1.163.** Cómo debe procederse para atribuir fuerza ejecutiva á una transacción concluída en el extranjero.—**1.164.** De las causas de nulidad y de rescisión de la transacción.

1.157. El legislador francés define la transacción como un contrato en virtud del cual las partes ponen fin á una contienda ya entablada ó previenen lo que pueden hacer. Esta definición no expresa con exactitud y precisión jurídica el contrato especial de que ahora vamos á ocuparnos, puesto que se puede poner término á un litigio ó prevenirle en actos que tiendan á este fin, pero que no pueden calificarse de transacción. Así, pues, podrá suceder, por ejemplo, que un pleito termine á consecuencia del allanamiento á la demanda; ó que se prevenga por parte de aquél que por acto de mera liberalidad no ejercite la acción judicial para sostener un derecho cierto é incuestionable, y tanto en uno como en otro caso, no podrá decirse que existe una transacción. Esta, según el concepto exacto de los jurisconsultos romanos y de los antiguos, debe tener como elemento esencial el *aliquid hinc inde datum, promissum, vel retentum* (1), por lo cual no puede decirse que transige, sino que da *qui rem certam et indubitatem liberalitate remittit* (2).

(1) L. 38, Cód., *De transact.*

(2) L. 1, Digesto, *De transact.*

El legislador italiano ha dado una definición más exacta y completa. «La transacción, dice, es un contrato por el que las partes, dando, prometiendo ó reteniendo cada cual una cosa, ponen fin á un litigio ya entablado ó previenen otro que pueda surgir» (a).

Aceptando nosotros este concepto, como determinativo de la naturaleza propia y del carácter sustancial del contrato, debemos limitarnos aquí á exponer los principios más adecuados para determinar la ley por que debe regirse. Teniendo en cuenta las reglas expuestas en la parte general, bastará resolver únicamente cualquier duda que pueda surgir al aplicarlas.

1.158. Debemos, ante todo, tener en cuenta, que la transacción debe considerarse como un contrato que subsiste por sí y que puede también considerarse en relación al objeto á que se refiere. Bajo el primer aspecto convendrá tener presentes los principios generales concernientes á los asuntos jurídicos realizados y perfeccionados en un lugar determinado y en relación con la ley que debe regirlos. Por consiguiente, cuando se trate de determinar lo que han querido hacer las partes, deduciéndolo de la naturaleza del acto, de su intención y de las circunstancias, convendrá referirse á la ley del lugar en donde se efectuó el negocio á fin de interpretar y completar todo lo que no se haya declarado expresamente. Si se tratase, por ejemplo, de determinar la naturaleza y el valor de una transacción estipulada en términos generales, supuesto que las partes extranjeras y de países diversos habrán transigido sobre todos los asuntos que puedan existir entre ellas, deberá aplicarse la ley bajo cuyo imperio se haya celebrado dicho contrato, para decidir acerca de la extensión de las obligaciones recíprocas que quisieron asumir, de la forma del acto y de su valor intrínseco; y para todo aquello que no resulte del documento mismo y de la intención de las partes determinada por las circunstancias, convendrá atenerse á los principios generales según los cuales deban interpretarse los contratos estipulados bajo el imperio de una ley determinada.

(a) De este artículo es copia literal el 1.809 del Código civil español.

Lo mismo deberá decirse si se tratase de determinar el valor de un pacto convenido entre las partes al hacer la transacción, como, por ejemplo, el de una pena impuesta contra el que no cumpla lo pactado, y se dudase del valor de la cláusula penal, esto es, si podía surtir ó no el efecto de una compensación de daños. También en este caso convendría referirse á la ley bajo cuyo imperio se hubiese hecho la transacción (1).

1.159. Deberá además tenerse presente la *lex loci contractus* para resolver las cuestiones relativas á la forma exterior y de prueba de la transacción. Debe, en efecto, admitirse también respecto de este contrato la aplicación de la conocida regla *locus regit actum*, entendiendo, sin embargo, que esto es aplicable á los casos en que se trate de cuestiones relativas á las formas extrínsecas y á la prueba del asunto jurídico, y que no sostenemos la misma regla en el caso de que se exija una forma determinada para la manifestación válida del consentimiento según la ley del país en donde la transacción deba tener eficacia jurídica, porque en tal caso no podría sostenerse como válida, en virtud de la regla *locus regit actum*, la transacción frente á la ley del país en que deba hacerse valer, cuando esta ley no reconozca, como válidamente prestado, el consentimiento para transigir, sino cuando aquél se manifieste mediante un documento redactado en una forma determinada.

Según el art. 2.044 del Código civil francés, deberá redactarse por escrito el contrato de transacción. También el legislador italiano dispone que debe hacerse por documento público ó privado, so pena de nulidad de las transacciones (núm. 7.º del

(1) Según el art. 1.767 del Código italiano, cuando en la transacción se haya estipulado una pena contra el que no la cumpla, esta pena hace las veces de compensación por los daños ocasionados con el retraso, continuando subsistente la obligación de ejecutar la transacción. En el Código francés no se encuentra en el art. 2.047 la disposición concordante respecto de las consecuencias de la cláusula penal, por lo que allí se ha decidido que la parte en cuyo favor se haya dado el caso de la cláusula penal, no puede pedir la ejecución de la transacción. Véase Aubry y Rau, tomo IV, § 420, pág. 667, texto y nota 14, y las citas allí hechas.

artículo 1.314). Ahora bien, por virtud de tales disposiciones es indudable que ninguna transacción que haya de surtir sus efectos en Francia ó en Italia podrá ser válida si no se manifestase por escrito el consentimiento correspondiente. Debemos, sin embargo, advertir que así como con arreglo á la jurisprudencia italiana (1) se ha sostenido que el art. 1.314 del Código civil se refiere á las transacciones en esta materia y no á las que se refieren á los negocios comerciales, así también en nuestro mismo país, por virtud del principio *locus regit actum*, podría sostenerse como válida una transacción relativa á un negocio comercial sujeto á nuestra ley, aunque no resultase de documento escrito, si se hubiese hecho en el extranjero y se pudiese sostener como válidamente concluída (teniendo en cuenta la forma y los medios de prueba), según la ley extranjera bajo cuyo imperio se haya hecho la transacción.

Juzgamos útil advertir que así como la regla *locus regit actum* no puede considerarse imperativa y debe reputarse, por el contrario, potestativa de las partes contratantes al referirse en la redacción de un documento á la ley del lugar en que éste ha de hacerse valer, así también las disposiciones del art. 2.044 del Código francés y del 1.314 del italiano deben tener autoridad absoluta respecto de las transacciones hechas en cualquier lugar para que surtan efectos en Francia ó en Italia, pero que no puede negarse á los extranjeros que quieran hacer una transacción en uno ú otro país, el poderla concluir sin redactarla por escrito, y aprobada en el país extranjero con arreglo á la ley ante la cual deba ser válida la transacción por ellos efectuada. No puede, en verdad, atribuirse la autoridad del estatuto real á los citados artículos para sostener que deben tener autoridad absoluta respecto de los extranjeros que bajo el imperio de aquéllos lleven á cabo una transacción que deba tener valor jurídico en país extraño.

1.160. En cuanto á la capacidad para transigir, es claro

(1) Véase Cas. de Florencia, 24 Noviembre 1881 (*Anales de jurisprudencia italiana*, XV, 1, 529).

que debe referirse á la ley personal, y considerando que la transacción es un acto de disposición (1) (*transigere est alienare*), convendrá referirse á la ley personal, no en lo que ésta atribuye la capacidad de obligarse, sino la de disponer y enajenar, y decidir con arreglo á la misma cuáles son las personas llamadas á representar ó asistir á un menor ó incapaz que quiera llevar á cabo una transacción, y cuándo será necesaria para ello la aprobación del Tribunal. Por consiguiente, en los casos previstos por la ley á que está sujeta la persona que haya transigido, podrá considerarse válida la transacción efectuada por quien no tenga capacidad de disponer. Así, por ejemplo, si se tratase de una herencia que según las reglas del derecho deba regirse por la ley italiana, podrían reputarse válidas las transacciones hechas de buena fe con el heredero aparente en virtud de lo que dispone á este propósito el art. 933 del Código civil italiano, que excepcionalmente atribuye valor á dicho acto para poner á salvo los derechos de los terceros.

Cuando la transacción se refiere á un asunto en el que están autorizadas varias personas, la capacidad para transigir deberá determinarse de conformidad con las reglas que deben marcar la capacidad correspondiente á uno de los interesados en un negocio común para llevar á cabo actos de disposición en interés de todos. En tal caso convendrá tener presente no ya las reglas acerca de la capacidad individual para transigir, sino las concernientes á la capacidad de una de ellas para representar á las demás personas ligadas por un interés común. Por consiguiente, cuando varias personas cointeresadas en un asunto común, pero representando cada cual un derecho propio y teniendo capacidad para transigir, hayan efectuado la transacción, deberá considerarse ésta válidamente hecha sólo en interés de aquel que la haya llevado á cabo y respecto de aquellos con quienes estuviese de acuerdo para ello; pero en cuanto á los demás que hayan per-

(1) Conf. Accarias, *Etude sur la transaction en droit civil et en droit romain*; Duranton, XVIII, 407 y siguientes; Aubry y Rau, § 420; Pont, IX, 509 y siguientes; Trib. de Cass. de Palermo, sent. 13 Enero 1869. Leg., X, 1.025.

manecido extraños, no pudiendo admitirse el concepto de la representación, deberá considerarse la transacción como ineficaz y sin ningún valor ni efecto.

1.161. Pasando ahora á tratar de la transacción con relación al objeto á que se refiere, conviene tener presente que debe decidirse con arreglo á la ley bajo cuyo imperio deba estar el derecho controvertido ó el negocio dudoso á que la transacción se refiera, si ésta puede ó no tener valor jurídico. Así, por ejemplo, cuando surja una cuestión entre un marido y una mujer extranjera acerca de los derechos correspondientes al uno ó á la otra para obtener los alimentos ó de los que puedan derivarse de los actos de administración de los bienes dotales, ó de aquellos otros actos concernientes á las razones alegadas por la mujer respecto de su dote, deberá decidirse con arreglo á la ley que deba regir las relaciones de estos cónyuges extranjeros, si puede ó no admitirse la transacción como eficaz en uno ú otro de los casos mencionados.

Así también, en la hipótesis de la sucesión de un extranjero abierta en Italia, cuando surja entre las partes cualquier contienda relativa á los derechos que á cada una de ellas correspondan respecto de la herencia, y se quisiese hacer respecto de ella una transacción, habrá de decidirse con arreglo á la ley que deba regir los derechos sucesorios, si las respectivas pretensiones relativas á la herencia en cuestión, pueden ser ó no objeto de transacción; y cuando la transacción haya sido acordada, será necesario decidir de conformidad con dicha ley, si la transacción convenida deberá ó no ser reputada nula absolutamente y en su totalidad, ó sólo en parte, y si puede admitirse la divisibilidad de la transacción misma.

1.162. Conviene advertir que cuando el fin de la transacción sea poner término á un litigio, no podrá la ley del país en que aquél haya surgido y donde los Tribunales competentes se hallen investidos de poder para decidirlo, tener autoridad para determinar el valor jurídico de la transacción respecto del objeto á que se refiera, puesto que así como el objeto de la contienda, considerado en sí mismo, debe regirse, en la hipótesis propuesta, por la ley extranjera, así también resulta evidente

que debe decidirse según la misma ley si puede ó no tener efecto la transacción.

Es á todas luces evidente que la *lex fori* puede tener autoridad para determinar en qué estado del juicio habrá de tener lugar la transacción, y cuáles pueden ser las consecuencias de lo convenido respecto de las acciones judiciales incoadas, respecto de los gastos del litigio, y de todo aquello que concierne al orden del juicio y al procedimiento; pero no para determinar si en lo que se relaciona con el objeto en cuestión puede admitirse ó no la transacción. Como esto concierne al contenido del derecho mismo, deberá regirse por la ley extranjera, con arreglo á la cual deberán declararse por el Magistrado los derechos correspondientes á las partes.

La *lex fori* debe aplicarse para decidir el valor jurídico de la transacción en los casos en que el juicio se haya incoado por razones de interés público, porque, en este caso, como el procedimiento mismo se habría iniciado por virtud de la ley territorial, debería decidirse evidentemente con arreglo á la misma si podía ó no terminar aquél mediante la transacción. Así, por ejemplo, en el supuesto de que el ministerio público iniciase un procedimiento contra un padre extranjero que hallándose en Italia abusase de la patria potestad ó de los medios de corrección ó de disciplina, debería decidirse con arreglo á ley italiana si podía ó no transigirse la cuestión promovida de este modo. Deberá decidirse, además, con arreglo á la ley territorial si la transacción convenida entre las partes respecto de las consecuencias civiles que puedan derivarse de un delito, puede ó no ser obstáculo á la prosecución del procedimiento penal. Siendo de interés público la represión de todo acto delictuoso, es evidente que cualquiera que pueda ser la ley extranjera de las partes, deberá decidirse siempre de conformidad con la ley territorial, si se puede ó no transigir sobre las materias que interesan al orden público, y cuáles pueden ser las consecuencias de la transacción.

1.163. Por lo que respecta á los efectos de la transacción, advertimos que como ésta consiste principalmente en el *aliquid hinc inde datum, promissum, vel retentum*, para determinar el

contenido de la misma, esto es, los efectos que de ella pueden derivarse teniendo en cuenta la limitación del objeto de la transacción, conviene referirse principalmente á la intención de las partes contratantes. El efecto inmediato de la transacción es poner término á las cuestiones indicadas expresamente por las partes ó que resulten de su intención presunta determinada por las circunstancias, ó de cualquier declaración hecha. En caso de duda convendrá referirse á la ley bajo cuyo imperio esté el objeto de la transacción, para determinar los efectos inmediatos de la misma, esto es, el objetivo ó fin que las partes se hayan propuesto con la transacción efectuada.

Debemos á este propósito advertir que, con arreglo á lo dispuesto en el Código francés, artículo 252, con el que concuerda el 1.772 del Código italiano (a), las transacciones tienen entre las partes la autoridad de una sentencia firme. No puede, sin embargo, deducirse de aquí que una transacción convenida en el extranjero á consecuencia de un pleito allí iniciado ante los Tribunales deba equipararse á una sentencia, y que queriendo hacerla valer en otro país haya de someterse á las mismas reglas que las sentencias pronunciadas en el extranjero. Aunque el legislador haya asimilado una cosa á la otra, no por esto puede confundirse la naturaleza de ambas y sostener, por ejemplo, que la transacción convenida en Francia entre las partes que hayan iniciado un pleito ante aquellos Tribunales, no puede tener valor en Italia sino bajo las condiciones sancionadas por nuestro legislador para la ejecución de las sentencias pronunciadas en la vecina República.

(a) Análoga disposición contiene nuestro Código civil en su art. 1.816. Sin embargo, el segundo párrafo del citado artículo del Código italiano, no tiene equivalente, ni en forma ni en concepto en el Código español.

Establece el primero de dichos Códigos en el artículo y párrafo mencionados, que las transacciones «no podrán ser impugnadas, por causa de error de derecho ni por motivo de lesión, pero deberá rectificarse el error de cálculo». El Código español, en su art. 1.817, establece, en general, que «la transacción en que intervenga error, dolo, violencia ó falsedad de documentos está sujeta á lo dispuesto en el art. 1.265 del mismo Código»; esto es, que será nula.

El verdadero significado de la asimilación consiste en que, así como la sentencia irrevocable pone definitivamente término al litigio, así también, cuando las partes sustituyen su juicio al del Magistrado y, en la duda de que el fallo del Juez pueda ser favorable ó contrario á una ó á otra, prefieren un término medio conviniendo *ex aequo et bono* una solución que no dé ni quite por completo la razón á ninguna de aquéllas, tal solución debe reputarse definitiva y puede asimilarse á una especie de fallo pronunciado por las mismas partes interesadas, por considerarlo conveniente para ambas.

Por estas y otras consideraciones no menos atendibles, y por lo que se deduce de los trabajos preparatorios del Código francés, de donde se ha sacado la regla, y en que se dijo, con razón, que cuando las partes se hacían justicia, y regulando y pesando sus intereses venían á una transacción, no podían ser admitidas á querellarse de nuevo resucitando la cuestión que había constituido el objeto de aquélla, y que, por tanto, debía tener la transacción el mismo valor que una sentencia definitiva. Todo esto explica y justifica la asimilación; pero se comprende también que, así como el acto no puede perder su naturaleza propia, la transacción hecha en el extranjero, no pudiendo tener otro carácter que el de un contrato, debe estar sometida á las disposiciones relativas á los contratos celebrados en país extranjero, y no á las concernientes á las sentencias pronunciadas en el mismo. Conviene, pues, considerar la asimilación en el sentido de ser aplicables á la acción judicial incoada y transigida las reglas que rigen la cosa juzgada y la *exceptio rei judicate. Rex transacta pro veritate habetur*. De aquí que, cuando la transacción haya de producir sus efectos en país extranjero deberán observarse, cuando se trate de proceder á la ejecución forzosa de la misma, las reglas sancionadas por la ley territorial para dar fuerza ejecutiva á los contratos hechos en dicho país.

1.164. Finalmente, por lo que respecta á las causas de nulidad y á la rescisión de la transacción, conviene referirse á la ley bajo cuyo imperio deba estar el objeto ó la materia á que se refiere, y no á la del lugar en que la transacción se haya hecho. Afirmamos esto por virtud de las razones anteriormente expuestas

y, además, porque la transacción no transmite ni atribuye derechos, sino que declara ó reconoce aquellos á que se refiere, por lo cual no puede estar sometida respecto de su valor intrínseco á la ley del lugar en que haya tenido origen, sino á aquella que deba regir los derechos que fueron objeto de la transacción. Deberá, pues, decidirse con arreglo á dicha ley cómo y en qué casos puede el error ser causa de nulidad, cuándo la transacción puede ser impugnada, cuándo puede ser ineficaz y cuáles deberán ser las consecuencias que en tales casos pueden derivarse de la misma.

CAPITULO VII

Del préstamo.

1.165. Del préstamo y de sus diversas especies.—**1.166.** De la ley que debe regir el objeto del comodato.—**1.167.** De la influencia de la *lex loci contractus*.—**1.168.** Cuestiones que pueden surgir á propósito del mutuo.
1.169. Valor jurídico del pacto relativo á los intereses.—**1.170.** Opiniones de los escritores acerca de la autoridad de las leyes que limitan la usura lícita.—**1.171.** Nuestra opinión.—**1.172.** Está confirmada con la autoridad de los jurisconsultos antiguos.—**1.173.** El Magistrado puede, sin derogar la ley del propio país que limite la usura, declarar válido el pacto acerca de los intereses estipulados en el extranjero.—**1.174.** Examen crítico de la opinión contraria de Laurent.—**1.175.** Confírmase con la autoridad de la jurisprudencia que el pacto relativo al interés válidamente estipulado en el extranjero, puede sancionarse judicialmente aunque sea contrario á las leyes territoriales que prohíben la usura.—**1.176.** Deben aplicarse los mismos principios aunque en garantía del préstamo se dé una hipoteca y esté limitada la usura lícita según la *lex rei sitae*.—**1.177.** Cómo debe determinarse la razón legal del interés.—**1.178.** De la ley según la cual debe decidirse si se deben ó no intereses de demora.—**1.179.** Cuestión acerca de los intereses debidos por demora.—**1.180.** Principios establecidos por la jurisprudencia.—**1.181.** Teoría sostenida por nosotros.—**1.182.** Cómo debe determinarse el lugar en que haya de efectuarse la demora.—**1.183.** Influencia de la *lex fori* en esta materia.

1.165. El contrato de préstamo puede tener por objeto la entrega de una cosa dada por una de las partes á la otra para que se sirva de ella por un tiempo ó para un uso determinado, con la obligación de restituir la cosa misma; ó también la entrega de una cantidad fija de cosas con la obligación de devolver, transcurrido el término pactado, otro tanto de la misma especie y calidad. Al primero se le denomina más propiamente