



Trabajo Fin de Grado

**EL CONTRATO DE TRANSACCIÓN:
ANTECEDENTES ROMANÍSTICOS Y
CONFORMACIÓN ACTUAL COMO
FORMA ALTERNATIVA DE
RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS**

Presentado por:

VÍCTOR BERMEJO SÁNCHEZ

Tutor/a:

M^a CARMEN LÁZARO GUILLAMÓN

Grado en Derecho

Curso académico 2014/15

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	7
1. ANÁLISIS SOBRE LA TRANSACCIÓN	9
1.1. DEFINICIÓN Y REQUISITOS FUNDAMENTALES	9
1.2. NATURALEZA	13
1.3. CLASES	16
1.3.A) LAS TRANSACCIONES REALIZADAS ANTES DEL PROCESO JUDICIAL: “TRANSACCIÓN PREPROCESAL”	16
1.3.B) LAS TRANSACCIONES REALIZADAS PENDIENTE EL PROCESO JUDICIAL.	17
<i>b).1 Homologada por el juez en el seno del proceso: “Transacción procesal”</i>	17
<i>b).2 Constante el proceso pero al margen del mismo: “Transacción extraprocesal”</i>	18
1.4. DIFERENCIAS CON OTRAS FIGURAS	18
2. LA TRANSACCIÓN: ANTECEDENTES ROMANÍSTICOS	20
2.1. DEL ORIGEN DE LA <i>TRANSACTIO</i> EN ROMA HASTA EL CONTRATO DE TRANSACCIÓN EN LA ACTUALIDAD	20
2.1.1 ORIGEN Y DESARROLLO.....	20
2.1.2 LA TRANSACCIÓN EN EL DERECHO JUSTINIANO	22
2.1.3 CASUISMO ROMANO	23
2.2. LA TRANSACCIÓN ACTUAL Y OTROS MECANISMOS DE RESOLUCIÓN ALTERNATIVA DE CONFLICTOS	25
3. EFICACIA DE LA TRANSACCIÓN	29
3.1. EFECTOS DE LA TRANSACCIÓN	29
3.1.1. FIN DEL PROCESO	29
3.1.2. TÍTULO EJECUTIVO	29
3.1.3. LA AUTORIDAD DE COSA JUZGADA	30
3.2. IMPUGNACIÓN Y REVOCACIÓN	31
3.3. INCUMPLIMIENTO	33
3.4. REFLEXIÓN SOBRE LA EFICACIA DE LA TRANSACCIÓN EN RELACIÓN CON EL ACUERDO DE MEDIACIÓN	35
CONCLUSIONES	39
BIBLIOGRAFÍA	43
ABSTRACT	45

INTRODUCCIÓN

La historia de las formas alternativas a la vía judicial para solucionar conflictos es tan antigua como la del propio conflicto. Sin embargo, en la actualidad se hace más evidente una tendencia que refleja el creciente descontento de la opinión pública acerca de Administración de Justicia, y es que parece haberse perdido la confianza en el sistema judicial, colapsado, desprestigiado y carente de medios para afrontar el volumen de casos que se le presentan. De la saturación de los tribunales que han visto como se multiplican los litigios a resolver, el alargamiento de los procedimientos, en ocasiones interminables para las partes; y el consecuente aumento de los costes, nace la necesidad de buscar métodos de resolución de conflictos alternativos que eviten la intervención de los órganos jurisdiccionales. Es fundamental aclarar la importancia de los mismos, pues constituyen una respuesta fácil y eficaz, pero por encima de todo accesible a la ciudadanía.

Son varios los métodos de resolución de conflictos que suponen la alternativa al juicio, tales como la moderna mediación, el arbitraje o la *transactio* romana. Sobre esta última se centra el presente trabajo, el contrato de transacción, que si bien en su origen en Roma era un simple pacto, hoy se enmarca entre los contratos innominados y se regula en el Código Civil. En cualquier caso, tanto en su origen como en la actualidad, lo que se mantiene invariable es su finalidad, la de establecer la paz entre las partes a través de un acuerdo.

La transacción como resolución alternativa de conflictos implica ventajas desde varios puntos de vista. De un lado, actúa como “filtro” para los tribunales, pues gracias a ella se reducirán en un alto porcentaje los casos que puedan llegarles. Además, no supone ningún riesgo para la justicia, hablando de justicia en sentido ético; ya que los casos que absorba la transacción serán aquellos, si se permite, “de menos importancia”; por otra parte, también supone un gran beneficio para las partes, ya que la realidad muestra que la inmensa mayoría de los conflictos no se litigan, los conflictos se resuelven extrajudicialmente ya que las partes hacen y soportan casi todo antes de verse abocadas a un juicio, que es la última opción. La transacción pues, será un instrumento muy útil para éstas, que ajustando sus intereses, podrán llegar a un acuerdo y así ahorrarse el juicio, las costas y el estrés.

El objetivo del trabajo será presentar esta valiosa institución de nuestro ordenamiento jurídico, examinando sus enormes ventajas y también sus inconvenientes. Así, veremos el papel que juega como actual método alternativo al juicio

sin perder de vista su origen en Roma, del que se hará un extenso análisis de su recorrido.

El estudio se estructura en tres partes:

La primera parte del trabajo analiza la figura de la transacción desde un punto de vista técnico: su definición, su naturaleza, requisitos, clases, y distinción con otras figuras afines a ella que pueden dar lugar a confusión.

El apartado anterior que define y clarifica el contrato de transacción será la base para entender su origen y evolución, puntos que se desarrollan en esta segunda parte del trabajo. En este apartado se trata desde el origen de la *transactio* en Roma hasta el contrato de transacción que conocemos en la actualidad, haciendo mención de los cambios de esta institución más destacados de cada etapa, especialmente la justiniana.

Para ello, se ha procedido al estudio y exégesis del Corpus Iuris Civilis, y más concretamente del Digesto, libro 2, título 15, llamado De transactionibus, el cual se analizará y se pondrá en directa comparación con los artículos que regulan el contrato de transacción en el actual Código Civil.

El tercer apartado se centrará en sus efectos. En esta última parte veremos la transacción puesta en la práctica, los efectos que produce este contrato entre las partes, cómo afecta a terceros; conoceremos sus causas de impugnación y la posibilidad de revocarlo. Es sabido que la esencia de la transacción es evitar el proceso o poner fin al que se ha iniciado, de dicho efecto surgirá una pregunta cuya respuesta ha provocado un gran debate doctrinal. La pregunta es, ¿la transacción produce efectos de cosa juzgada?, el debate está servido... Es este epígrafe sin duda el que debate ha provocado a la doctrina y a cualquier jurista que profundice sobre esta institución y sobre el alcance de sus efectos.

Por otra parte, también se plantean medidas que deberán ponerse en práctica en el supuesto de incumplimiento del contrato de transacción por alguna de las partes, pues si la transacción logra evitar el juicio, exige lograr la máxima garantía de su eficacia. Veremos cómo cada paso evolutivo de esta institución se debe, en cierta medida, a otorgar cada vez más seguridad al acuerdo transaccional.

En el final de este capítulo se compara, como no podía ser de otra forma, la transacción con el actual acuerdo de mediación, dada su inicial similitud.

La metodología empleada es la que sigue las pautas del análisis histórico-crítico de normas jurídicas y textos históricos y el análisis de la doctrina.

1. ANÁLISIS SOBRE LA TRANSACCIÓN

1.1. Definición y requisitos fundamentales

Siguiendo a Panero¹, la transacción (*transactio*), es el contrato en virtud del cual cada una de las partes, dando, prometiendo o reteniendo alguna cosa ponen fin a un litigio o evitan que pueda surgir.

Dicho contrato tiene por objeto evitar un proceso judicial o arbitral, o poner fin a uno ya iniciado, cuando las partes, libre y voluntariamente, sacrifican recíprocamente intereses para resolver una controversia, siempre que el objeto de la misma sea disponible conforme al artículo 1814² del Código Civil (CC en adelante)³. El contrato se regula en el art. 1809 CC: “La transacción es un contrato por el cual las partes, dando, prometiendo o reteniendo cada una alguna cosa, evitan la provocación de un pleito o ponen término al que había comenzado, su contenido queda fijado por las partes, dando, prometiendo o reteniendo cada una alguna cosa.

La composición de la transacción gira en torno a tres pilares básicos⁴:

- a) Su presupuesto, *res dubia* o derecho discutido. Es decir, una relación jurídica incierta o litigiosa que provoca una controversia jurídica sin que necesariamente se haya iniciado ya un proceso. Dice Xavier O'Callaghan⁵. que tal controversia se apoya en una incertidumbre de las partes acerca de la relación jurídica; basta que tal incertidumbre esté en el pensamiento de una o todas las partes, sin necesidad de que sea objetivamente fundada.
- b) Su fin, la intencionalidad de las partes de sustituir la relación incierta y dudosa por una cierta e incontestable.
- c) El medio, el sacrificio de las partes, las recíprocas concesiones entre ambas. El sacrificio constituye el pilar fundamental para resolver el conflicto entre las partes. No es necesario que el sacrificio de ambas partes sea equivalente en sentido estricto, puede ser desigual con el fin común de solucionar el litigio.

¹ PANERO GUTIÉRREZ, R., *Derecho Romano*, 4. Ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p. 658.

² Artículo 1814 CC: “No se puede transigir sobre el estado civil de las personas, ni sobre las cuestiones matrimoniales, ni sobre alimentos futuros.”

³ SAN CRISTÓBAL REALES, S., “La transacción como sistema de resolución de conflictos disponibles”, *Anuario Jurídico y Económico Escorialense*, XLIV, 2011, pp. 277-302, p. 279.

⁴ PANERO GUTIÉRREZ, R., *Derecho Romano*, cit., p.658.

⁵ O'CALLAGHAN, X, *Compendio de Derecho Civil. Tomo II. Derecho de Obligaciones*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2012, p. 627.

El contrato de transacción es consensual, al perfeccionarse con el mero consentimiento de las partes que estén capacitadas para transigir, sin necesidad de formalidad externa para su validez. Es un contrato bilateral, pues la transacción requiere prestaciones mutuas entre las partes para evitar o finalizar el litigio, de lo contrario, si sólo una parte cede y hace concesiones, no se tratará de una transacción, sino de una mera renuncia o donación. Es oneroso, pues cada parte deberá dar, prometer o retener alguna cosa para resolver el conflicto. Nunca será, por tanto, gratuito, lo cual no significa que las prestaciones deban ser obligatoriamente de la misma intensidad o especie. Por último, es obligatorio, al celebrar el contrato las partes asumen obligaciones que se regulan en el art. 1809 del CC y que, como se ha afirmado, consistirán en dar, prometer o retener alguna cosa⁶.

A partir de estos caracteres, vemos que la causa final de la transacción buscada por las partes es la renuncia de su pretensión y la liberalización del derecho opuesto para obtener la renuncia de la pretensión contraria y, en consecuencia, la evitación o extinción del litigio⁷, es decir, una de las partes renunciará a su pretensión que tiene ante la otra parte a cambio de que la otra también renuncie a la suya, ya que ambas consideran que la evitación del litigio merece la renuncia de la pretensión que tienen una sobre la otra. No obstante, las personas no disponen de plena libertad para zanjar, por su propia voluntad, las cuestiones que a ellas afectan o a las personas que de ellas dependen por vía transaccional. La transacción está sometida a límites que se recogen en los artículos 1809 a 1819 del Código Civil, y más concretamente del 1809 al 1814. En los artículos mencionados se especifica con claridad cuestiones tan fundamentales como quién puede transigir y quién no; y sobre qué cosas se puede transigir y sobre cuáles no.

La transacción podrá utilizarse como sistema de resolución de controversias siempre y cuando el objeto del conflicto sea disponible. Nos encontramos pues con la disponibilidad del objeto como el requisito objetivo de la transacción.

Serán materias susceptibles de transacción las que sean disponibles para las partes. El artículo 19.1 Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, establece: “los litigantes están facultados para disponer del objeto del juicio y podrán renunciar, desistir del juicio, allanarse, someterse a arbitraje y transigir sobre lo que sea objeto del mismo, excepto cuando la ley lo prohíba o establezca limitaciones por razones de interés

⁶ SAN CRISTÓBAL REALES, S., *La transacción como sistema...*, cit., p. 281.

⁷ MOXÓ RUANO, A., “Notas sobre la naturaleza de la transacción”, *Revista de Derecho Privado*, Núm. 402. Septiembre, 1950, pp. 673-694, p. 682.

general o en beneficio de tercero”. La disponibilidad coincide, en general, con los derechos y facultades sobre los cuales es posible transigir, esto es, aquellas materias no incluidas en el art. 1814 CC.

De esta forma, el objeto de la transacción como negocio jurídico material está sometido a unos límites; en primer lugar, se establecen los límites a la autonomía de la voluntad en atención a intereses generales y que por tanto, quedan fuera del poder de disposición, es decir, que el objeto de la transacción no sea contraria a la ley o al orden público⁸. En segundo lugar, a los específicos que no son objeto lícito de la transacción, como son los procesos no dispositivos a los que hace referencia el artículo 1814 del Código Civil, como son los procesos sobre capacidad, filiación y matrimonio, y los alimentos futuros⁹, por tanto, no son materias de libre disposición conforme a derecho, aquellas materias que sí quedan recogidas en dicho artículo, y son las siguientes:

Las relativas al estado civil de las personas, como nacionalidad, capacidad, filiación, paternidad y maternidad; las relativas a cuestiones matrimoniales: matrimonio, los que tengan por objeto la oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores; las que versen sobre la necesidad de asentimiento en la adopción; y todas aquellas en que por razón de la materia o en representación y defensa de menores incapacitados o ausentes intervenga el Ministerio Fiscal y la relativa a alimentos futuros al no ser posible transigir sobre los mismos.

Por otra parte, como todo contrato, su objeto debe ser válido o lícito, posible y determinado o determinable. Por tanto, no serán disponibles aquellas materias que no puedan ser objeto de contrato conforme al artículo 1271, 1272 y 1273 del Código Civil. Por último, no podrán serlo aquellas cuya disposición por una parte pueda perjudicar a un tercero ni tampoco cuando un tercero al que afecte el citado contrato no haya intervenido expresa o tácitamente en él, o sea contrario al orden público¹⁰.

⁸ Artículo 1255 CC: “Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público.”

⁹ SILVOSA TALLÓN, J.M., “La transacción en la LEC”, *Revista Internauta de Práctica Jurídica*, Núm. 24, 2009, pp. 13-36, p. 20.

¹⁰ SAN CRISTÓBAL REALES, S., *La transacción como sistema...*, cit., p. 285 y 286.

La acción civil nacida del delito sí que puede ser objeto de transacción al autorizarlo expresamente el artículo 1.813 CC¹¹. Asimismo, los artículos 106 y 107¹² de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim en adelante), autorizan la plena disponibilidad de las acciones civiles nacidas de los delitos y faltas.¹³

En cuanto a los requisitos subjetivos, estos atenderán al ámbito subjetivo del contrato de transacción, es decir, las partes. Como todo contrato, la transacción, sólo puede celebrarla la persona que sea capaz y que además pueda disponer de los objetos comprendidos en la transacción¹⁴.

Por tanto, respecto a la capacidad jurídica de las personas físicas, para obligarse, si la transacción la realiza una persona física mayor de edad no incapacitada y presente, habrá transacción siempre que el objeto de la misma sea de libre disposición, no sea contraria a la ley ni al orden público, y en caso de suponer renuncia de derechos, no perjudique a terceros. Este supuesto no suscita problemas, el problema surge si la transacción se realiza por representante de una persona física menor de edad, incapaz o ausente. En estos casos como va a verse, cobra gran importancia la autorización judicial, pues será indispensable para que los representantes legales puedan actuar en nombre del menor, incapaz, o ausente.

Así, los titulares de la patria potestad necesitan de autorización judicial con audiencia del Ministerio Fiscal por remisión del artículo 1810¹⁵ al 166¹⁶ del Código Civil.

¹¹ Artículo 1813 CC: “Se puede transigir sobre la acción civil proveniente de un delito; pero no por eso se extinguirá la acción pública para la imposición de la pena legal.”

¹² Artículo 106 LECrim: “La acción penal por delito o falta que dé lugar al procedimiento de oficio no se extingue por la renuncia de la persona ofendida.

Pero se extinguen por esta causa las que nacen de delito o falta que no puedan ser perseguidos sino a instancia de parte, y las civiles, cualquiera que sea el delito o falta de que procedan.”

Artículo 107 LECrim: “La renuncia de la acción civil o de la penal renunciante no perjudicará más que al renunciante; pudiendo continuar el ejercicio de la penal en el estado en que se halle la causa, o ejercitarla nuevamente los demás a quienes también correspondiere.”

¹³ SILVOSA TALLÓN, J.M., La transacción..., cit., p. 20.

¹⁴ SAN CRISTÓBAL REALES, S., La transacción como sistema..., cit., p. 289.

¹⁵ Artículo 1810 CC: “Para transigir sobre los bienes y derechos de los hijos bajo la patria potestad se aplicarán las mismas reglas que para enajenarlos.”

¹⁶ Artículo 166 CC: “Los padres no podrán renunciar a los derechos de que los hijos sean titulares ni enajenar o gravar sus bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales, objetos preciosos y valores mobiliarios, salvo el derecho de suscripción preferente de acciones, sino por causas justificadas de utilidad o necesidad y previa la autorización del Juez del domicilio, con audiencia del Ministerio Fiscal.

Los padres deberán recabar autorización judicial para repudiar la herencia o legado deferidos al hijo. Si el Juez denegase la autorización, la herencia sólo podrá ser aceptada a beneficio de inventario...”

También la requerirá el tutor de un menor de edad conforme al art. 271.3º CC¹⁷, o el tutor o curador de un incapaz así declarado por sentencia (290 CC)¹⁸.

El cónyuge en quien recaiga la administración y disposición de los bienes de la sociedad de gananciales, por ser tutor o representante legal de su consorte por imperativo legal, necesita la autorización judicial, cuando la transacción suponga la realización de actos de disposición sobre inmuebles, establecimientos mercantiles, objetos preciosos o valores mobiliarios, salvo el derecho de suscripción preferente¹⁹. Será necesario el consentimiento de los padres, o a falta de ambos, del curador, cuando el menor emancipado realice una transacción sobre inmuebles.

Debe destacarse el hecho de que, las autorizaciones judiciales concedidas a los representantes legales son actos de jurisdicción voluntaria, que se tramitarán por las normas de la LEC, y en estos casos, la transacción solo puede ser procesal judicial, al constituir un supuesto de jurisdicción voluntaria judicial, donde la intervención del juez es necesaria para evitar la anulación del citado contrato.

En caso de que faltase la autorización judicial del representante legal, ello conllevaría la anulabilidad y no la nulidad del contrato. Por tanto, si los contratantes representados no ejercitan la anulación en el plazo de cuatro años se produce la confirmación de la transacción por disposición de la Ley, llamada "prescripción sanatoria"²⁰.

La autorización judicial deberá ser solicitada antes de la perfección de la transacción por ser un requisito de la misma, ante el juez que esté conociendo del asunto.

1.2. Naturaleza

Uno de los puntos más debatidos sobre el contrato de transacción es el relativo a su naturaleza jurídica²¹.

¹⁷ Artículo 271.3º CC: "Para renunciar derechos, así como transigir o someter a arbitraje cuestiones en que el tutelado estuviese interesado."

¹⁸ Artículo 290 CC: "Si la sentencia de incapacitación no hubiese especificado los actos en que deba ser necesaria la intervención del curador, se entenderá que ésta se extiende a los mismos actos en que los tutores necesitan, según este Código, autorización judicial."

¹⁹ SAN CRISTÓBAL REALES, S., *La transacción como sistema...*, cit., p. 290.

²⁰ SAN CRISTÓBAL REALES, S., *La transacción como sistema...*, cit., p. 291.

²¹ GULLÓN BALLESTEROS, A., *La transacción*, tomo 43, volumen 2, Madrid, 1964. p. 54.

La transacción es un medio de composición de controversias, una forma de acabar o evitar un pleito siempre y cuando haya recíprocas concesiones entre las partes. Las concesiones como ya se ha dicho, no tienen por qué ser del todo equivalentes, pudiendo ser de distinta clase y de lo más variado. En suma, su naturaleza jurídica no puede ser unitaria, de lo que derivan diversas corrientes doctrinales que adoptan posiciones diversas con el fin de explicar la naturaleza jurídica del contrato de transacción.

Las teorías que existen acerca de la naturaleza jurídica de la transacción son tres:

- a) La transacción tiene una naturaleza simplemente declarativa, siempre y cuando, claro está, no involucren en ella cláusulas que no tengan nada que ver con la relación jurídica controvertida.

Conforme a ésta doctrina, cuando una de las partes reconoce a la otra algún derecho, ello no implica que le está haciendo atribución del mismo, ni que lo están creando, modificando o extinguiendo, sino simplemente que las partes están determinando que, en lo sucesivo, una de ellas tendrá la facultad para ejercer dicho derecho frente a la otra parte que se lo reconoció.

Esta tesis es la que mantiene un amplio sector de la doctrina moderna sobre la naturaleza jurídica de la transacción, ya que para la inmensa mayoría, es declarativa²².

- b) La transacción, por el contrario, posee una naturaleza jurídica atributiva, es decir, mediante ella las partes hacen mutuas dejaciones de sus derechos.

Esta teoría es contraria a la declarativa, pues esta ve en la transacción la modificación de una situación jurídica preexistente²³.

Dicha modificación se produce a través de las recíprocas concesiones, mutuos sacrificios que implican disposición, renuncia y/o desaparición de derechos de cada uno de los patrimonios de los transigentes.

Indica Chevalier, que las renunciaciones no recaen solamente sobre acciones o pretensiones, sino sobre los mismos derechos fundamento de aquellas. Por ello, dado que la transacción es un contrato, las renunciaciones que se operan son de tipo traslativo.

²² MOXÓ RUANO, A., Notas sobre la naturaleza..., cit., p. 684.

²³ GULLON BALLESTEROS, A., *La transacción*, cit., p. 68.

La transacción, en suma, es una cesión de derechos litigiosos.

- c) La tercera tesis defiende que la transacción es de naturaleza constitutiva y tiene en cuenta que todo negocio se dirige a la modificación de la situación anterior, por la creación, extinción o modificación de las relaciones jurídicas. Así pues, atendiendo a esta teoría, en una relación jurídica existente entre las partes que transigen y que se ha hecho dudosa por la controversia, la transacción sería una forma de modificar o extinguir aquella relación creando otra en su lugar.

Los partidarios de esta teoría defienden que el hacerse recíprocas concesiones implica de por sí una modificación, confiriéndole a la transacción un carácter constitutivo en vez de declarativo.

De las tres posturas gran parte de la doctrina coincide en que, las únicas con fundamento serio, son la declarativa y la constitutiva. De hecho, existe una corriente doctrinal que defiende una teoría mixta entre ambas, argumentando que debe atenderse a los efectos que produce la transacción en cada caso para saber cuál es su naturaleza. Este sector admite que la transacción puede producir efectos meramente declarativos y meramente constitutivos, pero que también puede producir ambos a la vez. Por ello, sostiene que es necesario determinar cuál es la situación de las partes una vez estipulada la transacción y a que modificación conducen las recíprocas concesiones de ellas.

A nuestro entender, la naturaleza jurídica de la transacción, una vez examinadas las diferentes posiciones que hay al respecto, la teoría correcta sobre la figura de la transacción es la declarativa. Dicha teoría es defensora de que en la transacción existe una fijación convencional de derechos por obra de las partes, que declaran con valor vinculante la extensión que ha de darse a la fuente de la relación jurídica controvertida²⁴. En definitiva, la transacción no crea derechos, sino que se limita a la fijación convencional de los derechos y obligaciones de las partes, ya que dichos derechos y obligaciones no tienen su causa en la transacción en sí, sino en la fuente primaria que ha sido completada.

En este contexto, entendemos que no hay una intención recíproca de transmitir o adquirir la propiedad y en que no se renuncia a la cosa o derecho, pues por la

²⁴ GULLÓN BALLESTEROS, A., *La transacción*, cit., p. 71.

transacción no se transmiten sino que se declaran o reconocen los derechos sobre la *res dubia* que ha llevado a las partes a celebrar la transacción.

1.3. Clases

Recordemos que el artículo 1809 del CC define la transacción como un contrato por el cual las partes, dando, prometiendo o reteniendo cada una alguna cosa, evitan la provocación de un pleito o ponen término al que había comenzado.

Evitar el pleito o poner fin a uno ya comenzado, supone que el contrato de transacción puede tener lugar en dos momentos: antes de que se produzca el pleito o durante uno ya vigente. Así, pueden distinguirse dos tipos de transacción: aquella cuya finalidad es evitar el proceso judicial y que por tanto, será preprocesal (por ser anterior al proceso judicial); y la transacción dirigida a poner fin al pleito ya iniciado. Esta segunda, puede ser a su vez de dos clases: procesal o extraprocesal. Es procesal, cuando la transacción se homologa por el juez que está conociendo del proceso, al que se pone fin por auto; en este caso normalmente es el juez el que “invita” a las partes a transigir. En cambio, es extraprocesal cuando la transacción no se homologa en el proceso judicial, pero repercute en la finalización del mismo por otros mecanismos procesales.

Se sigue en esta clasificación las ideas de San Cristóbal, quien añade la transacción preprocesal, diferenciándola de la extraprocesal que se realiza constante el pleito y que repercute en la finalización del proceso; la prejudicial por el contrario, evita el inicio del mismo. Por ello, son tres tipos y no dos los que se analizan.

A continuación se analizarán las distintas clases de transacción²⁵:

1.3.a) Las transacciones realizadas antes del proceso judicial: “Transacción preprocesal”

Su finalidad es evitar el proceso judicial y se realizan con carácter previo al posible proceso judicial o arbitral, y por tanto, fuera de la sede judicial. A su vez, las transacciones prejudiciales pueden estar elevadas a escritura pública, o no. Si se eleva a escritura pública, la transacción obtiene una naturaleza “dual”, ya que mantiene su carácter contractual pero además su elevación a escritura pública la convierte en título ejecutivo. Si por el contrario, consiste únicamente en un contrato entre partes, no es título ejecutivo y por tanto, no llevan aparejada ejecución, considerándose únicamente un contrato que despliega sus efectos *inter partes*. En

²⁵ SAN CRISTÓBAL REALES, S., La transacción como sistema..., cit., p. 283.

el capítulo tercero se profundizará sobre los posibles efectos derivados del contrato de transacción.

1.3.b) Las transacciones realizadas pendiente el proceso judicial.

Las transacciones pendiente el proceso judicial se subdividen en dos tipos:

b).1 Homologada por el juez en el seno del proceso: “Transacción procesal”

Es la que tiene lugar pendiente el proceso ante los tribunales y consta en autos, como consecuencia de la homologación del acuerdo de transacción por el juez (art. 415.2 LEC)²⁶. Para la homologación, el juez únicamente ha de verificar que el objeto sobre el que versa la transacción sea disponible, y que las partes tengan capacidad para transigir. El juez no juzga, no declara, tan solo dispone el derecho²⁷.

Por tanto, podemos definir la transacción procesal judicial, como el contrato por el que las partes en un proceso ya iniciado, dando, prometiendo o reteniendo cada una alguna cosa, ponen fin al mismo, siendo aprobado el acuerdo alcanzado por el órgano jurisdiccional que esté conociendo del proceso por medio de auto. De hecho, también es posible transigir en fase de ejecución, debido al principio dispositivo que rige para los procesos civiles, siempre que su materia sea disponible. Estas transacciones homologadas por el juez son título ejecutivo asimilado a sentencia judicial (art. 517.3 LEC)²⁸.

En el apartado anterior se hablaba de que la transacción preprocesal obtenía naturaleza dual cuando era elevada a escritura pública, funcionando como contrato entre partes y también como título ejecutivo. Pues bien, la transacción procesal judicial también tiene una naturaleza dual, así lo indica el Tribunal Supremo en la STS 199/2010 de 5 de abril de 2010, que indica que, “manteniendo su carácter sustantivo, la aprobación judicial le confiere un carácter procesal como acto que pone fin al proceso, con el efecto de hacer posible su ejecución como si se tratara de una sentencia”.

²⁶ Artículo 415.2 LEC: “El acuerdo homologado judicialmente surtirá los efectos atribuidos por la ley a la transacción judicial y podrá llevarse a efecto por los trámites previstos para la ejecución de sentencias y convenios judicialmente aprobados. Dicho acuerdo podrá impugnarse por las causas y en la forma que se prevén para la transacción judicial.”

²⁷ MOXÓ RUANO, A., Notas sobre la naturaleza..., cit., p. 675.

²⁸ Artículo 517.3 LEC: “Las resoluciones judiciales que aprueben u homologuen transacciones judiciales y acuerdos logrados en el proceso, acompañadas, si fuere necesario para constancia de su concreto contenido, de los correspondientes testimonios de las actuaciones.”

b).2 Constante el proceso pero al margen del mismo: “Transacción extraprocésal”

Es aquella que tiene lugar iniciado el proceso judicial pero al margen del mismo, es decir, el acuerdo entre partes no llega al proceso, bien porque las partes han pedido la suspensión y dejan caducar la instancia, bien porque han utilizado otros mecanismos procesales para poner fin al proceso como la renuncia, el desistimiento, etc. Dentro de este tipo de transacciones, hay que distinguir a su vez, aquellas que se otorgan en documento público, de las que son únicamente un contrato entre partes. Al igual que la transacción preprocesal, la extraprocésal si se eleva a escritura pública será título ejecutivo, además de conservar su carácter contractual. Recordamos aquí que la gran diferencia con la transacción procesal es que esta desde el momento en que es homologada por el juez adoptará forma de auto y tendrá fuerza ejecutiva²⁹.

1.4. Diferencias con otras figuras

El contrato de transacción se relaciona con otras figuras consideradas afines a la misma por el hecho de ser mecanismos procesales que producen la terminación anormal del proceso, tales como la renuncia; el allanamiento; el desistimiento; la caducidad de la instancia; y la satisfacción extraprocésal. Sin embargo, son más las diferencias que las semejanzas entre estas figuras.

En primer lugar, en cuanto a la diferencia entre renuncia y allanamiento con la transacción judicial, desde una óptica procesal, es que las primeras son actos procesales de parte que determinan el contenido de la sentencia pero no la evitan, es decir, ponen fin al proceso mediante una sentencia condenatoria o estimatoria para el demandante en el caso del allanamiento al declarar el demandado su voluntad de aceptar la pretensión que contra él se ejerce; o absolutoria o desestimatoria en el supuesto de que el demandante renuncie a su acción. En cambio, la transacción evita la sentencia y pone fin al proceso porque deja a la sentencia sin objeto, pues, las partes llegan a un acuerdo que acaba con la *res dubia* o derecho discutido, por tanto la sentencia es innecesaria³⁰. A esto debe añadirse, que la transacción, al contrario que las figuras con las que se diferencia, es un acto bilateral, implica un sacrificio recíproco de las partes. Por contra, la renuncia y el allanamiento son actos procesales de parte, del demandante y del demandado respectivamente.

²⁹ SAN CRISTÓBAL REALES, S., La transacción como sistema..., cit., p. 291.

³⁰ SILVOSA TALLÓN, J.M., La transacción..., cit., p.18.

También se diferencia claramente de otras figuras como el desistimiento y la caducidad de la instancia. El desistimiento es un acto procesal del demandante en virtud del cual abandona el proceso pendiente y va a producir la terminación del mismo sin pronunciamiento sobre la pretensión procesal, por lo que tendrá la posibilidad de volver a iniciar el proceso con las mismas partes, mismo objeto y misma causa de pedir, porque no afecta a la relación jurídica material, sólo a ese proceso. Por otra parte, la caducidad se produce por la inactividad de las partes durante un determinado tiempo que da la ley, (se termina el proceso porque las partes no han actuado). El efecto es la extinción del proceso para liberar a los tribunales de la litispendencia. Estas dos figuras tienen en común que son un modo de disposición del proceso, lo cual les diferencia de la transacción al ser ésta un modo de disposición del objeto del proceso. Por tanto, estas figuras permiten volver a presentar la demanda con el mismo objeto y causa porque tan solo producen la finalización del proceso pero no afecta a su objeto, la transacción sí afecta al objeto.

Por último, existe otra figura que guarda grandes semejanzas con la transacción, en este caso extraprocesal; se trata de la satisfacción extraprocesal. En cuanto a ella, al igual que en la transacción extraprocesal, nos encontramos ante una terminación del proceso que tiene su causa en que después de iniciado el pleito desaparece el interés legítimo en la tutela solicitada, al haberse satisfecho fuera de él la pretensión del actor. Sin embargo, he aquí la diferencia, para que tenga lugar la terminación del proceso ha de concurrir la satisfacción total de la pretensión o pérdida total de objeto procesal, debiendo existir en consecuencia plena identidad entre pretensión y hecho, acto o negocio jurídico que da origen a la terminación. Por el contrario, en el contrato de transacción las renunciaciones a las pretensiones no tienen por qué ser de la misma equidad, como ya se ha explicado en apartados anteriores.

En este apartado se han mostrado las principales diferencias de la transacción con figuras afines a ella, a menudo clasificadas como figuras que producen la terminación anormal del proceso. No obstante, no se ha distinguido con la que más debates doctrinales ha causado sus comparaciones, la terminación “normal” por excelencia del proceso, la sentencia judicial. El estudio ha dejado, intencionadamente, esta comparación para apartados posteriores, pues es conveniente conocer antes los efectos de la transacción para ver qué la distingue de la sentencia.

2. LA TRANSACCIÓN: ANTECEDENTES ROMANÍSTICOS

2.1. Del origen de la *transactio* en Roma hasta el contrato de transacción en la actualidad

2.1.1 Origen y desarrollo

Como se ha visto, la transacción la conocemos como el contrato en virtud del cual las partes mediante concesiones recíprocas, consistentes en dar, prometer o retener alguna cosa, ponen fin a un litigio o evitan que pueda surgir, llegando así a una solución amigable y evitando la costosa vía judicial. Sin embargo, el nacimiento de este contrato no se lo debemos a nuestra época, de hecho, en sus orígenes ni siquiera era un contrato. La transacción estaba presente en la antigua Roma y se configuraba como un pacto, como instrumento de paz. Coincidió pues en su origen, con la figura del *pactum*, entendido como acuerdo de composición pacífico y amistoso, que se celebraba entre la víctima de un delito u ofendido y el culpable o delincuente; es decir, la mera renuncia a una pretensión era un instrumento capaz de establecer la paz³¹. Ya en la antigua Roma se celebraban pactos entre las partes, consistentes en una indemnización del ofensor al ofendido para que éste no desencadenara la venganza privada contra él, dando como resultado la paz entre las partes.

Así, en la Ley de las XII Tablas, el pacto (o la transacción posteriormente), consiste en un acuerdo de autocomposición amistoso que tenía lugar entre el ofendido y el ofensor al accionar un proceso ante el Pretor renunciando, a través de ese acuerdo, al juicio que se estaba preparando. Es decir, la renuncia a las pretensiones mutuas y la construcción del acuerdo era el objetivo perseguido, poniendo fin al conflicto y reestableciendo la paz³². La transacción tenía lugar en la fase *in iure*³³, permitiendo interrumpir el proceso antes de la *litis contestatio*³⁴ y, por tanto, evitar el juicio. Sin embargo, la transacción era un pacto y, como tal, el ordenamiento le reconocía eficacia procesal negativa, eficacia que sólo llegaba a producirse a través de la *exceptio*, no

³¹ TAMAYO HAYA, S., "El contrato de transacción: principales líneas de su evolución histórica", *Anuario de Derecho Civil*, julio de 2004, LVII-3, pp. 1105-1146, p. 1107.

³² LÁZARO GUILLAMÓN, C., "La transactio romana y el actual acuerdo de mediación", *Studia Prawnoustrojowe* 25, 2014, pp. 173-188, p. 175.

³³ En el Derecho romano, se entiende por *In iure* a la etapa procesal en que el magistrado organiza el juicio. Tiene como fin, fijar el planteamiento de la cuestión litigiosa en términos jurídicos, sin considerar la veracidad o falsedad de los hechos invocados por las partes; y decidir si debe haber juicio (*iudicium*).

³⁴ La *litis contestatio* es el acto central del proceso en el que se fijan, definitivamente, los límites del litigio y se pone fin a la fase *in iure*.

tenía acción propia³⁵. A consecuencia de ello, pese a seguir siendo un simple pacto las partes, cuando querían garantizar al máximo el cumplimiento del mismo le podían agregar algunas estipulaciones como la penal o la aquiliana. Así, la transacción podía ser tanto un simple pacto o también reforzarse con la estipulación aquiliana³⁶. Con ella, se daba la posibilidad de que la parte cumplidora reclamará el cumplimiento de la contraparte con una acción, (*actio ex stipulatio*), para que se ejecutara lo convenido.

Con el mismo fin, el de garantizar al máximo la transacción (pacto), el pretor introduce también una acción, la *actio de dolo* para quien dolosamente se negara a cumplir el acuerdo. Se consigue así, que a pesar de que no se tratase de un contrato en el que se pudiera obligar a la contraparte a realizar su prestación, al menos la parte que sí la hubiera cumplido no se quedara desprovista de un medio idóneo para recuperarla³⁷. Con todo esto, la tendencia es dotar al acuerdo transaccional de una mayor accionabilidad, es decir, se persigue confeccionar un acuerdo que, de no cumplirse, propicie el ejercicio de la correspondiente acción³⁸.

Así, la evolución lleva a que en el Derecho clásico, la transacción era un simple pacto que podía reforzarse agregándole una estipulación, es decir, un negocio complejo de pacto y estipulación, que sólo en base a la estipulación podía convertirse en ejecutoria.

En la época posclásica, el rasgo más destacable y característico se centró en la generalización de la idea de contrato. En este período, se dan dos factores que contribuyen a forjar el contrato como categoría general³⁹. El primero de ellos es la formación de la figura de los contratos innominados y la inclusión de la transacción en ellos. El segundo fue la aproximación cada vez mayor entre las figuras de pacto y contrato.

En cuanto a la conformación de la idea de contratos innominados se abre camino la posibilidad de abarcar todos los negocios convencionales que se perfeccionaban no por el mero consentimiento sino por el cumplimiento efectivo de una prestación que debía tener correspondencia en una recíproca, es decir, el cambio de una cosa por otra.

³⁵ TAMAYO HAYA, S., El contrato de transacción..., cit., p. 1112.

³⁶ D. 2. 15. 2: Se puede considerar que hay transacción, no sólo cuando se hubiese reforzado con una estipulación Aquiliana <para cancelar las deudas pendientes>, sino también si se hubiese convenido <simplemente> un pacto. (Ulp. 74 ed.).

³⁷ TAMAYO HAYA, S., El contrato de transacción..., cit., p. 1117.

³⁸ LÁZARO GUILLAMÓN, C., La transactio..., cit., p. 177.

³⁹ TAMAYO HAYA, S., El contrato de transacción..., cit., p. 1121.

Consistía pues, en que una de las partes daba o hacia alguna cosa para recibir luego a cambio algo que la otra parte prometió a su vez dar o hacer. Por tanto, el fin de cada prestación era obtener otra diversa. De esta forma se buscaba que a través del cumplimiento o ejecución de la prestación la convención fuera obligatoria.

Desde entonces, la transacción se convierte en contrato innominado desde que una de las partes cumple la prestación debida, ya consista en una dación o en un hecho a realizar a favor de la otra parte, en cuyo caso surgía a su favor la *actio praescriptis verbis*⁴⁰. Así las cosas, siguiendo la reflexión de Tamayo Haya⁴¹, la transacción, de simple acuerdo en su origen, pasó a convertirse en un contrato autónomo protegido con una acción *sui generis*⁴².

2.1.2 La transacción en el Derecho justiniano

En la época justiniana, se produce la fusión entre el *ius civile*⁴³ y el *ius honorarium*⁴⁴, y el desmoronamiento de la importancia dada a las formas solemnes, de forma que fue adquiriendo poco a poco importancia la propia voluntad de las partes, convertida ahora en el elemento esencial y primordial a tener en cuenta⁴⁵.

Por otra parte, si anteriormente se ha diferenciado los efectos de la transacción según se tratara de un simple pacto o si se reforzara mediante *estipulatio*, dotándose de una *exceptio* en el primer caso o de una *actio* en el segundo; al caer la diferencia entre ambas, cualquiera que fuera la forma que la revestía, tenía acción propia: la *actio praescriptis verbis*. En definitiva, la *transactio* es ya un contrato.

Haciendo memoria del recorrido de la transacción transcurrido hasta ahora, puede resumirse conforme a lo siguiente:

⁴⁰ *Actio praescriptis verbis*: Se concedía a la parte que había cumplido la convención, a fin de conseguir la ejecución de sus obligaciones por la otra.

⁴¹ TAMAYO HAYA, S., El contrato de transacción..., cit., p. 1121.

⁴² *Sui generis*: "de su propio género o especie".

⁴³ En el derecho Romano, el *Ius civile*, era el conjunto de reglas que regularon las relaciones entre todos los ciudadanos romanos, que fueron conocidos en la Antigua Roma como quirites, por lo cual es también conocido como Derecho Quiritario o Derecho de los Quirites.

⁴⁴ El *Ius Honorarium* es el derecho pretorio fundado en la República de Roma. Es el derecho que crea el pretor para corroborar, suplir o corregir el derecho civil, el derecho honorario viene a reformar el derecho civil ya existente en Roma, y el cual termina de reformar al derecho civil en la época post-clásica y en el cual su fin está marcado por el Edicto Perpetuo de Salvio Juliano en el año 129 d.C.

⁴⁵ TAMAYO HAYA, S., El contrato de transacción..., cit., pp. 1124 y 1125.

En su origen, el Derecho Romano, la transacción era un simple pacto y como tal solo disponía de eficacia negativa a través de la *exceptio*, con la que se conseguía paralizar el proceso. Cuando a este pacto se daba la posibilidad de añadirse una *stipulatio*, consigue la acción propia de ésta, la *actio ex stipulatio*. Posteriormente, con la fusión del *ius civile* con el *ius honorarium* y el consecuente acercamiento entre pacto y contrato, a la transacción se le reconoce como contrato innominado con acción propia: la *actio praescriptis verbis*.

En conclusión, el único factor invariable a toda la evolución, en palabras de Tamayo Haya⁴⁶, es, que si bien como un simple pacto, con las formalidades de la *stipulatio* o con su transformación en un contrato innominado, se deduce que el único fondo común invariable es la existencia de un mutuo consenso, el acuerdo de voluntades entre las partes.

2.1.3 Casuismo romano

Para entender la relación que guarda la *transactio* romana con el actual contrato de transacción, es necesario tener un punto de vista práctico. Para ello se dedican las siguientes líneas a analizar algunos de los textos recopilados en el Digesto, concretamente en el Libro II, Título XV, que trata sobre las transacciones.

Los textos que se analizan tienen que ver con aspectos de la transacción: sobre su objeto; sus efectos, ya sean entre partes o ante terceros; las garantías que ofrece ante el incumplimiento de la misma; y sus límites.

Comenzando por D.2, 15,1 (Ulp. 50 ed.)⁴⁷, dice: “El que transige lo hace sobre una cosa que se halla en duda y sobre un litigio incierto y no concluido, pero el que pacta concede a causa de donación y por liberalidad una cosa cierta e indiscutible.” Bien, parece que el pilar básico de la transacción no se ha movido desde la antigua Roma hasta nuestros días, pues sigue siendo requisito fundamental la *res dubia* o derecho discutido, es decir, una cosa incierta o litigiosa que provoca la controversia jurídica entre las partes. Eso sí, cabe decir que este texto, al igual que el siguiente, D.2, 15,2 (Ulp. 74 ed.)⁴⁸: “Se puede considerar que hay transacción, no sólo cuando se hubiese reforzado con una estipulación Aquiliana <para cancelar las deudas pendientes>, sino también si

⁴⁶ TAMAYO HAYA, S., El contrato de transacción..., cit., p. 1126.

⁴⁷ D.2, 15, 1 (Ulp. 50 ed.)

⁴⁸ D.2, 15, 2 (Ulp. 74 ed.)

se hubiese convenido <simplemente> un pacto”, identifican la transacción como un pacto, todavía no se ha tenido en cuenta la evolución del Derecho justiniano.

Pasemos ahora a un caso práctico que puede clarificar dudas sobre el alcance de la transacción. El texto trata sobre el supuesto en que se transigiese sobre un asunto sobre el que ya hay cosa juzgada, sentencia firme. Se trata de D.2, 15, 7,2 (Ulp. 7 disput.)⁴⁹: “Hasta tal punto lo que se ha dado, aunque no sirva para la transacción, reduce no obstante la cosa juzgada, que por esto se declaró y se dio un rescripto acerca de una transacción sobre alimentos hecha sin la autoridad del pretor, a fin de que lo que se dio sirva como pago de alimentos, se pague, pero se compute lo que se ha dado.” El texto es bastante clarificador, la transacción realizada sobre un asunto recaído en sentencia firme no extingue la cosa juzgada, no obstante lo dado en virtud de la transacción se computa, reduciéndose de la cosa juzgada. Sobre la transacción realizada sobre un conflicto resuelto por sentencia firme es un tema sobre el que también el legislador de nuestro tiempo se ha preocupado y así puede verse en el artículo 1819 del CC⁵⁰.

Siguiendo con el alcance de la transacción, vemos ahora en D. 2, 15, 9,1 (Ulp. 1 opin.)⁵¹ qué se entiende comprendido en lo convenido en la transacción, este dispone: “Cualquier transacción que se haga se considera interpuesta solamente respecto a lo que se convino entre las partes.” Esta idea, se reafirma en otro texto, D, 2. 15,9,3 (Ulp.1 opin)⁵²: “...solamente le perjudicará el pacto interpuesto respecto a lo que se pruebe que se convino entre ellos...”. Estos textos nos ofrecen una premisa clara: los efectos de la transacción se encuentran limitados a lo convenido entre las partes. De nuevo vemos cómo el casuismo romano se recoge en las reglas esenciales de la transacción, y así queda constatado en el artículo 1815⁵³ del actual Código Civil, que se reafirma en lo dicho.

⁴⁹ D.2, 15, 7, 2 (Ulp. 7 disput.)

⁵⁰ Artículo 1819 CC: “Si estando decidido un pleito por sentencia firme, se celebrare transacción sobre él por ignorar la existencia de la sentencia firme alguna de las partes interesadas, podrá ésta pedir que se rescinda la transacción.

La ignorancia de una sentencia que pueda revocarse, no es causa para atacar la transacción.

⁵¹ D. 2, 15, 9,1 (Ulp. 1 opin.)

⁵² D. 2, 15,9,3 (Ulp.1 opin.)

⁵³ Artículo 1815 CC: “La transacción no comprende sino los objetos expresados determinadamente en ella, o que, por una inducción necesaria de sus palabras, deban reputarse comprendidos en la misma.”

En cuanto a las personas y los terceros, en D. 2, 15, 3, pr (Scaev. 1 dig.)⁵⁴ dice: “Los emperadores Antonio <Pío> y Vero dispusieron por rescripto <lo siguiente>: Es indudable que los pactos privados no pueden lesionar el derecho de los demás.” Queda bastante claro: la transacción no afecta a aquellos que no participaron en ella. Ello se refleja en otro texto que ratifica lo dicho: D. 2, 15, 10 (Ulp. 1 resp.)⁵⁵: “Se estima que el padre que hace una transacción respecto a cosas de los hijos que no tiene bajo su potestad no les perjudica de ningún modo.” También hoy, como contrato, la transacción sólo produce efecto entre las partes contratantes, (art. 1257 CC)⁵⁶

En último lugar, se ha reservado el análisis del texto D. 2, 15, 16 (Hermog. 1 iur epit)⁵⁷, en el podremos ver las garantías de la transacción en caso de incumplimiento, una vez más comparando el Digesto con el Código Civil. Dispone el texto: “El que faltó a una transacción lícita no solamente será rechazado por la excepción, sino que también se verá obligado a pagar la pena que hubiera lícitamente prometido al estipulante, caso de haber obrado contra el convenio, siempre que sea válido el pacto.” El texto ofrece la posibilidad de garantizar la transacción con una estipulación penal, de hecho, parece una recomendación. A día de hoy esta garantía la encontramos en el art. 1124 CC⁵⁸.

De todo lo expuesto la conclusión más elemental que podemos extraer es, que a pesar de los años en los que nos lleva acompañando la institución de la transacción, antes pacto, ahora contrato con acción propia; no cambia ningún carácter que haya enervado su esencia, ni su objeto; ni su alcance.

2.2. La transacción actual y otros mecanismos de resolución alternativa de conflictos

Como ha podido verse, en el Derecho romano la transacción hacía real la posibilidad de solucionar un conflicto fuera del ámbito judicial (no estrictamente

⁵⁴ D. 2, 15, 3, pr (Scaev. 1 dig.)

⁵⁵ D. 2, 15, 10 (Ulp. 1 resp.)

⁵⁶ Artículo 1257 CC: “Los contratos sólo producen efecto entre las partes que los otorgan y sus herederos; salvo, en cuanto a éstos, el caso en que los derechos y obligaciones que proceden del contrato no sean transmisibles, o por su naturaleza, o por pacto, o por disposición de la ley...”

⁵⁷ D. 2, 15, 16 (Hermog. 1 iur epit)

⁵⁸ Artículo 1124 CC: “La facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpliera lo que le incumba.

El perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y abono de intereses en ambos casos. También podrá pedir la resolución, aun después de haber optado por el cumplimiento, cuando éste resultare imposible.

El Tribunal decretará la resolución que se reclame, a no haber causas justificadas que la autoricen para señalar plazo.”

extrajudicial, ya que la intervención del Pretor era esencial). Para ello, sólo era necesario que existiera una controversia iniciada y no zanjada definitivamente; y la voluntad de las partes de ponerle fin a través del acuerdo de recíprocas concesiones. Si bien la iniciativa transaccional correspondía a las partes, el Pretor podía propiciar el acuerdo, de hecho, debía inducir a las partes a pacificarse⁵⁹. Esta actividad del Pretor nos recuerda mucho al actual papel que juega actualmente el mediador en el actual acuerdo de mediación, no obstante no hay que olvidar que el Pretor, órgano jurisdiccional entonces, era quien realizaba el control del acuerdo y era el guía para las partes.

La transacción, por tanto, es uno de los instrumentos alternativos al pleito judicial, pero no es el único, sino que convive con otros, como la mediación y el arbitraje. Así, la mediación puede resultar más económica que la transacción, pues puede llevar a un ahorro notable de costes de negociación entre las partes. Parecidamente, el arbitraje.

Estos procedimientos presentan ventajas indudables, pues permiten que el conflicto sea sistemática y rápidamente analizado y resuelto por profesionales, buenos conocedores del sector en el que el conflicto surge, así como de sus problemas recurrentes. Una ventaja característica, por parte del algún sector doctrinal, es la reducción de la probabilidad y gravedad del error en la apreciación de la prueba, pues es obvio que un panel de profesionales especialistas en el sector y familiarizados con los problemas que, recurrentemente, surgen en la práctica, tienen menos margen de error que un Juez generalista⁶⁰. Por el contrario, también existe otro gran sector doctrinal que plantea la duda de hasta qué punto el poder de la voluntad ha de tener tal amplitud que llegue a suplir completamente la actividad de un órgano jurisdiccional⁶¹. En concreto, plantean la reflexión sobre la decadencia de las bondades de la *transactio* romana dirigida por el Pretor y con una estructura consustancial a nuestro derecho. En su lugar, hemos visto como se han introducido nuevas instituciones, también dirigidas a la resolución alternativa de conflictos, tales como la mediación; que si bien pueden ser muy provechosas en la búsqueda del consenso, conseguir una mayor economía procesal, desbloquear la justicia y servir de filtro a los tribunales...; pueden resultar inútiles e ineficaces si no las adecuamos y adaptamos a nuestros principios jurídicos⁶².

⁵⁹ LÁZARO GUILLAMÓN, C., *La transactio...*, cit., pp. 176 y 178.

⁶⁰ SALVADOR CODERCH, P., "ABC de la transacción", *InDret*, 04, 2002, pp. 1-22, p. 16.

⁶¹ LÁZARO GUILLAMÓN, C., *La transactio...*, cit., p. 187.

⁶² LÁZARO GUILLAMÓN, C., *La transactio...*, cit., p. 187.

De lo que no cabe duda es que el contrato de transacción permite a las partes solucionar un conflicto, pero, ¿es eso siempre justo?⁶³

En palabras de Owen Fiss, extraídas del análisis de Salvador Coderch⁶⁴: las transacciones no son justas porque, típicamente, perjudican a la parte más débil, que se verá forzada a aceptar una oferta transaccional menos favorable que la podría obtener en un proceso judicial, con todas las garantías materiales y adjetivas. Ello es así, porque, por hipótesis, la parte más débil carece de los medios necesarios para transigir con resultados comparables a los que están al alcance de un Juez neutral que dirige un proceso formal y equilibrado. Salvador Coderch⁶⁵ cita también a Alschuler, quien afirma que las transacciones minan la Justicia: son un mecanismo diseñado para ahorrar costes directos e indirectos –dilaciones, errores de apreciación de la prueba- de los procesos, pero distraen atención y recursos de la cuestión fundamental desde el punto de vista del derecho y la Justicia, esto es, reformar el proceso para convertirlo en un instrumento cada vez más ágil y preciso. En definitiva, este sector crítico de la transacción alega que sustituir la resolución judicial de conflictos (la jurisprudencia), por un contrato privado va en detrimento del desarrollo judicial del derecho.

En nuestra opinión, la transacción, como contrato y por su carácter de ser alternativo al juicio; no va en detrimento del desarrollo judicial del derecho. Otra crítica es que con la *transactio* no se crea, o al menos no se refuerza, un precedente judicial⁶⁶. Una vez más, el argumento crítico no tiene en cuenta la utilidad práctica que tienen las transacciones y que ocurriría sin ellas: llevado al límite forzaría a las partes a resolver todas sus diferencias ante un Juez. A mi parecer, ello supondría en primer lugar, que las partes sufrirían las consecuencias de la vía judicial: tiempo, dinero y el estrés que conlleva un juicio. Además puede añadirse que el conflicto se llevaría al extremo, pues en la transacción se busca negociar y conseguir el equilibrio entre los intereses de las partes, que colaborarán para llegar a ese acuerdo; por el contrario, en un juicio se busca la victoria particular.

Salvador Coderch⁶⁷ opina que las transacciones, como cualesquiera otros contratos también acaban por crear nuevo derecho: articulan nuevos modos de

⁶³ SALVADOR CODERCH, P., ABC..., cit., p. 17.

⁶⁴ FISS, O., "Against Settlement", 93 *Yale Law Review*, 1984, pp. 1073-1090; citado por SALVADOR CODERCH, P., ABC..., cit., p. 17.

⁶⁵ SALVADOR CODERCH, P., ABC..., cit., p. 17.

⁶⁶ SALVADOR CODERCH, P., ABC..., cit., p. 19.

⁶⁷ SALVADOR CODERCH, P., ABC..., cit., p. 19.

relaciones sociales, estereotipan cláusulas que acaban por generar prácticas, costumbres o normas sociales que finalmente son tenidas en cuenta por el sistema formal de normas cuando no son incorporadas a él, etc. En derecho privado, el proceso es el último remedio, no el único.

3. EFICACIA DE LA TRANSACCIÓN

3.1. Efectos de la transacción

En principio, la transacción como contrato sólo produce efectos entre las partes contratantes (artículo 1.257 CC: “Los contratos sólo producen efecto entre las partes que los otorgan y sus herederos; salvo, en cuanto a éstos, el caso en que los derechos y obligaciones que proceden del contrato no sean transmisibles, o por su naturaleza, o por pacto, o por disposición de la ley.”). No obstante, estos efectos se extenderán como veremos a continuación cuando se trate de una transacción procesal, homologada por el juez, o en las transacciones preprocesales y extraprocerales cuando se eleven a escritura pública. Los efectos de la transacción son los siguientes⁶⁸: la terminación del proceso; la eficacia ejecutiva; y la eficacia equiparable a cosa juzgada. Pasamos a explicar los efectos detalladamente.

3.1.1. Fin del proceso

Recordando el artículo 1809 del Código Civil: “La transacción es un contrato por el cual las partes, dando, prometiendo o reteniendo cada una alguna cosa, evitan la provocación de un pleito o ponen término al que había comenzado.”

Es obvio que uno de los fines esenciales en el contrato de transacción es poner fin al proceso, es decir, uno de los efectos inmediatos y característicos que tiene la transacción, una vez homologada por el juez, es la finalización del proceso sin dictar sentencia, pero equiparándose en efectos procesales a la misma.

Al equipararse a una resolución que pone fin al proceso, su acción, en caso de incumplimiento deberá ejercitarse, por medio del juicio declarativo que por la cuantía corresponda acumulándolas a las pretensiones que se interpusieron en el proceso transigido⁶⁹.

3.1.2. Título ejecutivo

Hemos visto en apartados anteriores que el contrato de transacción equivale a un título ejecutivo cuando es homologado judicialmente. Hablamos pues, de la transacción procesal, la que tiene lugar pendiente el proceso ante los tribunales y consta en autos, como consecuencia de la homologación del acuerdo de transacción por el juez

⁶⁸ SILVOSA TALLÓN, J.M., La transacción..., cit., p. 21.

⁶⁹ SILVOSA TALLÓN, J.M., La transacción..., cit., p. 22.

(art. 415.2 LEC)⁷⁰. Estas transacciones homologadas por el juez son título ejecutivo asimilado a sentencia judicial (art. 517.2.3º LEC)⁷¹.

Tanto las transacciones preprocesales como las extraprocerales, pueden estar elevadas a escritura pública, adquiriendo así la condición de título ejecutivo, o carecer de este efecto y ser únicamente un contrato entre partes⁷².

3.1.3. La autoridad de cosa juzgada

Sin lugar a duda la cuestión más discutida de la transacción, tanto desde la doctrina como jurisprudencialmente es si el auto de homologación de la transacción tiene como efecto la producción o no de efecto de cosa juzgada. El artículo 1816⁷³ del Código Civil establece que la transacción tiene para las partes la autoridad de la cosa juzgada. Las diferentes doctrinas a pesar de lo dispuesto en este artículo son las siguientes: La primera postura y mayoritaria niega la eficacia de cosa juzgada, pues la cosa juzgada constituye un efecto procesal propio de las sentencias que resuelven la cuestión litigiosa. Centran su posición, en que la transacción está sometida la acción de nulidad relativa a los contratos⁷⁴.

La postura contraria la equipara a la eficacia de la sentencia firme originando sus mismos efectos procesales y se sustenta en que la misma es un equivalente o sustitutivo del juicio y la sentencia ha de tener sus mismos efectos. Así, tendría para las partes autoridad de cosa juzgada según el artículo 1816 del Código Civil. Esta fórmula no significa que quede cerrada toda posibilidad de discutir ulteriormente por la vía judicial el contenido de la transacción, sino que dicho contenido tiene fuerza vinculante para las partes⁷⁵.

⁷⁰ Artículo 415.2 LEC: “El acuerdo homologado judicialmente surtirá los efectos atribuidos por la ley a la transacción judicial y podrá llevarse a efecto por los trámites previstos para la ejecución de sentencias y convenios judicialmente aprobados. Dicho acuerdo podrá impugnarse por las causas y en la forma que se prevén para la transacción judicial.”

⁷¹ Artículo 517.2.3º LEC: “Sólo tendrán aparejada ejecución los siguientes títulos:... Las resoluciones judiciales que aprueben u homologuen transacciones judiciales y acuerdos logrados en el proceso, acompañadas, si fuere necesario para constancia de su concreto contenido, de los correspondientes testimonios de las actuaciones.”

⁷² SAN CRISTÓBAL REALES, S., La transacción como sistema..., cit., p. 283.

⁷³ Artículo 1816 CC: “La transacción tiene para las partes la autoridad de la cosa juzgada; pero no procederá la vía de apremio sino tratándose del cumplimiento de la transacción judicial.”

⁷⁴ SILVOSA TALLÓN, J.M., La transacción..., cit., p. 26.

⁷⁵ SILVOSA TALLÓN, J.M., La transacción..., cit., p. 26.

En definitiva, la transacción no surte efectos sino entre las partes contratantes, es cierto que produce efectos equiparables a cosa juzgada, pero podrá ejercitarse la acción de nulidad cuando se considere que existe causa de nulidad o se haya incurrido en error en la transacción como veremos en el siguiente epígrafe.

3.2. Impugnación y revocación

Resolviendo la duda sembrada en el apartado anterior; todas las transacciones, tanto las preprocesales, como las procesales o extraprocessales son contratos entre partes sin efecto de cosa juzgada, y por tanto, pueden ser declaradas nulas, anulables, rescindidas, o resueltas por las mismas causas de los contratos.

Las transacciones procesales producen el efecto de terminar el proceso sin sentencia, y el auto que homologa la transacción es título ejecutivo, pero no produce cosa juzgada, pudiendo ser impugnadas por las mismas causas de los contratos⁷⁶. En cuanto a las transacciones preprocesales o extraprocessales, son siempre contrato entre las partes que llevará aparejada ejecución si se eleva a escritura pública, pero en ningún caso tienen efecto de cosa juzgada, igualmente pueden ser impugnadas por las mismas causas de los contratos.

Por tanto, la transacción como contrato es esencialmente revocable cuando intervenga en ella error, dolo, violencia o falsedad de documentos y está sujeta a lo dispuesto en el artículo 1265 del Código Civil⁷⁷. No obstante, según establece el artículo 1817 del Código Civil⁷⁸ no podrá una de las partes oponer el error de hecho a la otra siempre que ésta se haya apartado por la transacción de un pleito comenzado⁷⁹. En este artículo radica la diferencia entre la transacción con otros contratos, en la limitación

⁷⁶ Artículo 1124 CC: “La facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpliera lo que le incumbe.

El perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y abono de intereses en ambos casos. También podrá pedir la resolución, aun después de haber optado por el cumplimiento, cuando éste resultare imposible.

El Tribunal decretará la resolución que se reclame, a no haber causas justificadas que la autoricen para señalar plazo.

Esto se entiende sin perjuicio de los derechos de terceros adquirentes, con arreglo a los artículos 1.295 y 1.298 y a las disposiciones de la Ley Hipotecaria.”

⁷⁷ Artículo 1265 CC: “Será nulo el consentimiento prestado por error, violencia, intimidación o dolo.”

⁷⁸ Artículo 1817 CC: “La transacción en que intervenga error, dolo, violencia o falsedad de documentos, está sujeta a lo dispuesto en el artículo 1.265 de este Código.

Sin embargo, no podrá una de las partes oponer el error de hecho a la otra siempre que ésta se haya apartado por la transacción de un pleito comenzado.”

⁷⁹ SILVOSA TALLÓN, J.M., La transacción..., cit., p. 36.

impuesta por el artículo 1817 CC, aplicable a los pleitos ya comenzados. Por tanto, la anterior diferencia, no regirá si la transacción es preprocesal, siendo aplicable únicamente a las transacciones procesales o extraprocerales realizadas pendiente el proceso judicial⁸⁰.

Por otro lado, constituyen especialidades para la impugnación de la transacción, las previstas en los artículos 1.818 y 1.819 CC⁸¹. Según el art. 1.818, el descubrimiento de nuevos documentos, no es causa de anulabilidad si no hubo mala fe (para ninguno de los tipos de transacción: preprocesal, extraproceraal, o procesal). En cuanto a lo dispuesto en el art. 1.819, cuando estando decidido un pleito por sentencia firme, se celebre transacción sobre él, por ignorar alguna de las partes interesadas la existencia de la sentencia firme, podrá pedir la rescisión de la transacción (aplicable a la transacción procesal y extraproceraal). De otra parte, la ignorancia de una sentencia que pueda revocarse, no es causa para atacar la transacción ni procesal ni extraproceraal. Vemos aquí que la transacción se sitúa en un punto intermedio entre la sentencia firme y la que puede ser revocada, pues la transacción será rescindible en caso de tener como objeto un pleito sobre el que existe cosa juzgada. Por contra, si no fuera firme la sentencia, la ignorancia de esta no podrá alegarse para dejar sin efecto el contrato de transacción.

En caso de impugnar lo convenido en una transacción, habrá que entablar el procedimiento declarativo ordinario que corresponda conforme a los artículos 249 y 250⁸² LEC, continuando el proceso hasta su terminación por sentencia.

⁸⁰ SAN CRISTÓBAL REALES, S., La transacción como sistema..., cit., p. 299.

⁸¹ Artículo 1818 CC: "El descubrimiento de nuevos documentos no es causa para anular o rescindir la transacción, si no ha habido mala fe."

Artículo 1819 CC: "Si estando decidido un pleito por sentencia firme, se celebrare transacción sobre él por ignorar la existencia de la sentencia firme alguna de las partes interesadas, podrá ésta pedir que se rescinda la transacción.

La ignorancia de una sentencia que pueda revocarse, no es causa para atacar la transacción."

⁸² Recordemos que el artículo 249 LEC establece que se decidirá por juicio ordinario cualquiera que sea su cuantía:

Las demandas relativas a derechos honoríficos de la persona.

Las que pretendan la tutela del derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen, o de cualquier otro derecho fundamental salvo que se refieran al derecho de rectificación.

Las demandas sobre impugnación de acuerdos sociales adoptados por Juntas o Asambleas Generales o especiales de socios o de obligacionistas o por órganos colegiados de administración en entidades mercantiles.

Así pues, volviendo a lo que nos atañe, la transacción podrá ser nula o anulable. Será nula de pleno derecho si faltan totalmente consentimiento, objeto o causa; por indeterminación absoluta del objeto o su ilicitud; por ilicitud de la causa o expresión de causa falsa; o por no tratarse de materia disponible. Habrá anulabilidad cuando concurren vicios del consentimiento, en caso de incapacidad y cuando falta consentimiento del cónyuge de quien contrató, si era necesario⁸³.

3.3. Incumplimiento

Por supuesto, la eficacia del contrato de transacción y en definitiva, su éxito, depende de su efectivo cumplimiento. Por ello, la evolución de la transacción busca dotar de seguridad al acuerdo transaccional, es decir, posibilitar que este sea reclamable

Las demandas en materia de competencia desleal, propiedad industrial, intelectual y publicidad, siempre que no versen sobre reclamación de cantidad, en cuyo caso se tramitarán por el procedimiento que les corresponda en función de la cuantía que se reclame.

Las demandas en que se ejerciten acciones relativas a condiciones generales de la contratación.

Las que versen sobre arrendamientos urbanos o rústicos de bienes inmuebles, salvo que se trate de reclamaciones de rentas o cantidades debidas por el arrendatario o del desahucio por falta de pago o por extinción del plazo de la relación arrendaticia.

Las que ejerciten una acción de retracto.

Cuando se ejerciten acciones que otorga a las Juntas de Propietarios y a éstos la Ley de Propiedad Horizontal, siempre que no versen sobre reclamaciones de cantidad, en cuyo caso se tramitarán por el procedimiento que corresponda.

El artículo 250 LEC establece que se decidirán por juicio verbal, cualquiera que sea su cuantía las demandas siguientes:

Las que versen sobre el desahucio por falta de pago o la expiración del plazo fijado contractualmente y tengan por objeto recuperar la posesión de dicha finca.

Las que pretendan la recuperación de la plena posesión de una finca rústica o urbana cedida en precario.

Las que pretendan que el tribunal ponga en posesión de bienes a quien los hubiese adquirido por herencia si no estuviesen siendo poseídos por nadie a título de dueño o usufructuario.

Las que pretendan la tutela sumaria de la tenencia o de la posesión de una cosa o derecho por quien haya sido despojado de ella o perturbado en su disfrute.

Las que pretendan la suspensión de una obra nueva.

Las que pretendan la demolición de obra, árbol, o cualquier otro objeto en estado de ruina.

Las que, instadas por los titulares de derechos reales inscritos en el Registro de la Propiedad, demanden la efectividad de esos derechos frente a quienes se opongan a ellos o perturben su ejercicio, sin disponer de título inscrito que legitime la oposición o la perturbación.

Las que soliciten alimentos.

Las que supongan el ejercicio del derecho de rectificación, etc.

Cuando el asunto no se pueda encuadrar por razón de la materia, será hasta 3000 euros juicio verbal y más de 3000 euros juicio ordinario. Si la cuantía es inestimable y no se puede cuantificar la pretensión, ni siquiera de modo relativo, se tramitará por juicio ordinario.

⁸³ SAN CRISTÓBAL REALES, S., La transacción como sistema..., cit., p. 300.

en caso de incumplimiento, ya que las partes quieren conseguir la paz y poner definitivamente fin a un conflicto por obra del concurso de voluntades que es la verdadera causa de la *transactio*⁸⁴.

En caso de incumplirse, las obligaciones derivadas de los contratos de transacción, en orden a su cumplimiento o incumplimiento, no se regirán por normas distintas a las establecidas con carácter general para el resto de los contratos. Es decir, que ante un eventual incumplimiento de lo acordado por transacción, el transigente frustrado puede optar por la resolución del contrato aplicable en el artículo 1124 CC⁸⁵, resolución que lleva inherente el efecto de retroacción, en virtud del cual ha de volverse al estado jurídico preexistente, o lo que es lo mismo, que los contratantes queden liberados de las obligaciones que hubiesen contraído por el acuerdo resuelto⁸⁶. Todo esto significaría en el contrato de transacción la legitimación para volver a reclamar las pretensiones sacrificadas por la propia transacción.

Como puede verse, la transacción pretende lograr la máxima garantía de su eficacia, dotándose de seguridad incluso en caso de incumplimiento. No obstante, también presenta inconvenientes. En concreto, la transacción preprocesal y extraprocésal carecerían de autoridad de cosa juzgada a pesar del artículo 1816 del Código Civil porque se trata de un convenio entre partes que solo produce efectos entre ellas.

Igualmente, la transacción procesal no es la cosa juzgada material de los artículos 222 y concordantes de la LEC⁸⁷

⁸⁴ LÁZARO GUILLAMÓN, C., *La transactio...*, cit., pp. 177-179.

⁸⁵ Artículo 1124 CC: “El perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y abono de intereses en ambos casos. También podrá pedir la resolución, aun después de haber optado por el cumplimiento, cuando éste resultare imposible.”

⁸⁶ LÁZARO GUILLAMÓN, C., *La transactio...*, cit., p. 184.

⁸⁷ Artículo 222 LEC: “1. La cosa juzgada de las sentencias firmes, sean estimatorias o desestimatorias, excluirá, conforme a la ley, un ulterior proceso cuyo objeto sea idéntico al del proceso en que aquélla se produjo.

2. La cosa juzgada alcanza a las pretensiones de la demanda y de la reconvenición, así como a los puntos a que se refieren los apartados 1 y 2 del artículo 408 de esta Ley.

Se considerarán hechos nuevos y distintos, en relación con el fundamento de las referidas pretensiones, los posteriores a la completa preclusión de los actos de alegación en el proceso en que aquéllas se formularen.

3. La cosa juzgada afectará a las partes del proceso en que se dicte y a sus herederos y causahabientes, así como a los sujetos, no litigantes, titulares de los derechos que fundamenten la legitimación de las partes conforme a lo previsto en el artículo 11 de esta Ley.

3.4. Reflexión sobre la eficacia de la transacción en relación con el acuerdo de mediación

A lo largo del trabajo hemos visto la efectividad y resultados satisfactorios que puede generar la transacción como forma alternativa de resolución de conflictos. No obstante, la transacción no es un procedimiento de resolución de conflictos exclusivo, sino que comparte la misma causa con otros sistemas, en concreto, nos centraremos en el que más protagonismo ha tenido en los últimos tiempos, la mediación.

La mediación ha surgido como un sistema de resolución de conflictos autónomo, específico y con sus propios métodos y técnicas. Se entiende por mediación aquel sistema de resolución de conflictos alternativo al juicio, en el que las partes en disputa intentan alcanzar voluntariamente un acuerdo con la ayuda de un tercero, imparcial y neutral, el mediador. Hasta ahora, la similitud con la transacción es más que evidente, pues en ambos casos hablamos de sistemas de resolución de conflictos alternativos al juicio. Pero no queda ahí, es inevitable encontrar el parecido incluso transcurridos siglos, entre el Pretor romano y el mediador. Así, en palabras de Lázaro Guillamón⁸⁸, en el Derecho romano y, en caso de conflicto, cabe la posibilidad de excluir el inicio de la fase judicial llegando a una solución amigable mediante concesiones recíprocas de derechos entre las partes a través de la *transactio*, mecanismo que en la fase *in iure* (frente al magistrado Pretor) permitía poner fin al proceso antes de la *litis contestatio*. Muy probablemente, la iniciativa transaccional correspondía a las partes, pero las fuentes aluden a que el Pretor puede propiciar el acuerdo. En esta asignación pretoria puede verse la disposición de una tarea para el magistrado en la fase *in iure*: “debe” inducir a las partes a pacificarse. Es decir, la actividad del Pretor consiste en facilitar el acuerdo entre las partes, lo que recuerda al papel que juega el mediador en el acuerdo de mediación. Al igual que el Pretor, respetando las distancias ya que el Pretor romano es el órgano jurisdiccional de la fase *in iure*; el mediador no tiene poder para tomar decisiones, tal decisión corresponde a las partes. Sin embargo, ambos apoyan,

En las sentencias sobre estado civil, matrimonio, filiación, paternidad, maternidad e incapacidad y reintegración de la capacidad la cosa juzgada tendrá efectos frente a todos a partir de su inscripción o anotación en el Registro Civil.

Las sentencias que se dicten sobre impugnación de acuerdos societarios afectarán a todos los socios, aunque no hubieren litigado.

4. Lo resuelto con fuerza de cosa juzgada en la sentencia firme que haya puesto fin a un proceso vinculará al tribunal de un proceso posterior cuando en éste aparezca como antecedente lógico de lo que sea su objeto, siempre que los litigantes de ambos procesos sean los mismos o la cosa juzgada se extienda a ellos por disposición legal.”

⁸⁸ LÁZARO GUILLAMÓN, C., *La transactio...*, cit., pp. 175-176.

asesoran y facilitan la búsqueda voluntaria de una solución conveniente para las partes mostrando en todo caso, una actitud imparcial⁸⁹.

El problema derivado de la mediación, quizá sea la definición inexacta sobre su naturaleza, lo que provoca el desconocimiento sobre las garantías que ofrece en caso de incumplimiento y sobre sus límites. Así pues, entre sus efectos plantea serias dudas y preocupación entre los juristas el alcance de estos acuerdos, los de mediación, en lo que respecta a su ejecución.

El 6 de julio de 2012, se aprobaba la ley 5/2012, sobre mediación en asuntos civiles y mercantiles, que regula en su Título V el procedimiento de ejecución de los acuerdos derivados de un proceso de mediación.

Destacando lo más relevante, en el artículo 23.3 de la Ley, párrafo segundo, se dispone que “el mediador informará a las partes del carácter vinculante del acuerdo alcanzado y de que pueden instar su elevación a escritura pública al objeto de configurar su acuerdo como un título ejecutivo”. Por otra parte, el artículo 23.4 afirma que “contra lo convenido en el acuerdo de mediación sólo podrá ejercitarse la acción de nulidad por las causas que invalidan los contratos”. Entendemos pues, que el acuerdo de mediación es título ejecutivo si se eleva a escritura pública.

Pero debe tenerse en cuenta que los títulos ejecutivos no judiciales ni arbitrales únicamente pueden documentar obligaciones pecuniarias, (art. 520 LEC⁹⁰), por tanto, el acuerdo de mediación elevado a escritura pública entraría en este apartado y debería hacer referencia a una obligación pecuniaria. Esto significa, que para hacer valer en vía de ejecución una obligación no pecuniaria (o no computable en dinero o que aun siendo pecuniaria no alcance el valor de 300€) elevada a escritura pública habrá que instar previamente el procedimiento declarativo oportuno. Sin embargo, y aquí es donde la confusión se hace evidente, el acuerdo de mediación forma parte de los títulos ejecutivos incluidos entre los del 517.2.2⁹¹ que son, precisamente, los judiciales, los

⁸⁹ DE DIEGO VALLEJO, R., y GUILLÉN GESTOSO, C., *Mediación*, ed., Pirámide, Madrid, 2006, pp. 17-21.

⁹⁰ Artículo 520.1 LEC: “Cuando se trate de los títulos ejecutivos previstos en los números 4.º, 5.º, 6.º y 7.º del apartado 2 del artículo 517, sólo podrá despacharse ejecución por cantidad determinada que exceda de 50.000 pesetas (300 euros).”

⁹¹ Artículo 517.2.2 LEC: “Solo tendrán aparejada ejecución los siguientes títulos:... Los laudos o resoluciones arbitrales y los acuerdos de mediación, debiendo estos últimos haber sido elevados a escritura pública de acuerdo con la Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles.”

arbitrales y, por nueva redacción de la Ley 5/2012, los acuerdos de mediación elevados a escritura pública⁹².

Son muchas las opiniones críticas ante esta situación, pues se está tratando de convertir a la concurrencia de voluntades en título ejecutivo, algo que prevén no encaja en el puzle de nuestro sistema de Derecho procesal⁹³.

⁹² LÁZARO GUILLAMÓN, C., *La transactio...*, cit., p. 186.

⁹³ LÁZARO GUILLAMÓN, C., *La transactio...*, cit., p. 186.

CONCLUSIONES

PRIMERA. De la saturación de los tribunales que han visto cómo se multiplican los litigios a resolver, el alargamiento de los procedimientos y el consecuente aumento de los costes, nace la necesidad de buscar métodos de resolución de conflictos alternativos que eviten la intervención de los órganos jurisdiccionales. Son varios los métodos de resolución de conflictos que suponen la alternativa al juicio, tales como la moderna mediación, el arbitraje o la *transactio* romana.

SEGUNDA. El contrato de transacción tiene por objeto evitar un proceso judicial o arbitral, o poner fin a uno ya iniciado, cuando las partes, libre y voluntariamente, sacrifican recíprocamente intereses para resolver una controversia, siempre que el objeto de la misma sea disponible conforme al artículo 1814 del Código Civil. Surge así como un instrumento que constituye una respuesta fácil, eficaz y accesible a toda la ciudadanía ante los costes y la duración que conlleva el juicio, además del malestar que provoca a cualquiera verse envuelto en un pleito judicial.

TERCERA. La composición de la transacción gira en torno a tres pilares básicos:

1) Su presupuesto, *res dubia* o derecho discutido. Es decir, una relación jurídica incierta o litigiosa que provoca una controversia jurídica sin que necesariamente se haya iniciado ya un proceso; 2) Su fin, la intencionalidad de las partes de sustituir la relación incierta y dudosa por una cierta e incontestable; y 3) El medio, el sacrificio de las partes, las recíprocas concesiones entre ambas. El sacrificio constituye el pilar fundamental para resolver el conflicto entre las partes. El sacrificio no tiene que ser equivalente necesariamente, puede ser desigual con el fin común de solucionar el litigio.

Así pues, se trata de que haya incertidumbre de un derecho entre las partes, y que las mismas tengan la intención de ponerle fin mediante un acuerdo, para el que es necesario que ambas hagan algún sacrificio a favor de la otra con el fin de alcanzar el bien común.

CUARTA. Respecto a su naturaleza, las teorías que existen acerca de la naturaleza jurídica de la transacción son tres: 1) quienes defienden que tiene naturaleza simplemente declarativa; 2) los que, por el contrario, ven que la transacción posee

naturaleza jurídica atributiva; y 3) la tesis defensora de que la transacción tiene naturaleza constitutiva.

A nuestro entender, la naturaleza jurídica de la transacción, una vez examinadas las diferentes posiciones que hay al respecto es la declarativa. Dicha teoría es defensora de que en la transacción existe una fijación convencional de derechos por obra de las partes, que declaran con valor vinculante la extensión que ha de darse a la fuente de la relación jurídica controvertida, es decir, no hay una intención recíproca de transmitir o adquirir la propiedad y no se renuncia a la cosa o derecho, pues por la transacción no se transmiten sino que se declaran o reconocen los derechos sobre la *res dubia* que ha llevado a las partes a celebrar la transacción.

QUINTA. Evitar el pleito o poner fin a uno ya comenzado, supone que el contrato de transacción puede tener lugar en dos momentos: antes de que se produzca el pleito o durante uno ya vigente. Así, pueden distinguirse dos tipos de transacción: aquella cuya finalidad es evitar el proceso judicial y que por tanto, será preprocesal (por ser anterior al proceso judicial); y la transacción dirigida a poner fin al pleito ya iniciado. Esta segunda, puede ser a su vez de dos clases: procesal o extraprocésal. Es procesal, cuando la transacción se homologa por el juez que está conociendo del proceso, al que se pone fin por auto; en este caso normalmente es el juez el que “invita” a las partes a transigir. En cambio, es extraprocésal cuando la transacción no se homologa en el proceso judicial, pero repercute en la finalización del mismo por otros mecanismos procesales.

SEXTA. Hoy a la transacción la conocemos como el contrato en virtud del cual las partes mediante concesiones recíprocas, consistentes en dar, prometer o retener alguna cosa, ponen fin a un litigio o evitan que pueda surgir, llegando así a una solución amigable y evitando la costosa vía judicial. Sin embargo el nacimiento de este contrato no se lo debemos a nuestra época. La transacción estaba presente en la antigua Roma y se configuraba como un pacto, como instrumento de paz.

En su origen, el Derecho Romano, la transacción era un simple pacto y como tal solo disponía de eficacia negativa a través de la *exceptio*, con la que se conseguía paralizar el proceso. Cuando a este pacto se daba la posibilidad de añadirse una *stipulatio*, consigue la acción propia de ésta, la *actio ex stipulatio*. Posteriormente, con la fusión del *ius civile* con el *ius honorarium* y el consecuente acercamiento entre pacto

y contrato, a la transacción se le reconoce como contrato innominado con acción propia: la *actio praescriptis verbis*.

En conclusión, el único factor invariable a toda la evolución es, que si bien como un simple pacto, con las formalidades de la *stipulatio* o con su transformación en un contrato innominado, se deduce que el único fondo común invariable es la existencia de un mutuo consenso, el acuerdo de voluntades entre las partes.

SÉPTIMA. En cuanto a su conformación como forma alternativa de resolución de conflictos, existe un sector crítico de la transacción, el cual alega que sustituir la resolución judicial de conflictos (la jurisprudencia), por un contrato privado va en detrimento del desarrollo judicial del derecho.

Por el contrario, nosotros opinamos que las transacciones, como cualesquiera otros contratos también acaban por crear nuevo derecho: articulan nuevos modos de relaciones sociales, estereotipan cláusulas que acaban por generar prácticas, costumbres o normas sociales.

OCTAVA. Respecto a los efectos que se derivan de la transacción, en principio, como contrato, solo produce efectos entre las partes contratantes. No obstante, estos efectos se extenderán cuando se trate de una transacción procesal; homologada por el juez, o en las transacciones preprocesales y extraprocerales cuando se eleven a escritura pública. Los efectos de la transacción son la terminación del proceso; la eficacia ejecutiva.

NOVENA. Todas las transacciones, tanto las preprocesales, como las procesales o extraprocerales son contratos entre partes sin efecto de cosa juzgada, y por tanto, pueden ser declaradas nulas, anulables, rescindidas, o resueltas por las mismas causas de los contratos.

En caso de impugnar lo convenido en una transacción, habrá que entablar el procedimiento declarativo ordinario que corresponda conforme a los artículos 249 y 250 LEC, continuando el proceso hasta su terminación por sentencia.

DÉCIMA. La evolución de la transacción busca dotar de seguridad el acuerdo transaccional, es decir, posibilitar que este sea reclamable en caso de incumplimiento.

En caso de incumplirse, las obligaciones derivadas de los contratos de transacción, en orden a su cumplimiento o incumplimiento, no se regirán por normas distintas a las establecidas con carácter general para el resto de los contratos. Es decir, el perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y abono de intereses en ambos casos, conforme al artículo 1.124 del Código Civil.

UNDÉCIMA. La mediación se presenta como un sistema de resolución de conflictos autónomo, específico y con sus propios métodos y técnicas. Sin embargo, no supone ninguna novedad con respecto a la transacción el acuerdo de mediación; ya que cubre las mismas necesidades que la transacción.

FINAL. La transacción como resolución alternativa de conflictos implica ventajas desde varios puntos de vista. De un lado, actúa como “filtro” para los tribunales, pues gracias a ella se reducirán en un alto porcentaje los casos que entren a conocer los tribunales. Esto contribuirá a que los órganos jurisdiccionales centren su atención en los casos más complejos y puedan resolverlos con más rapidez al tiempo que, las partes, en casos en los que no sea precisa la actuación de un tribunal resuelvan sus diferencias en un tiempo menor al que le llevaría al juez; y con mayor satisfacción, pues ambas partes buscarán amistosamente un acuerdo y harán recíprocos sacrificios para conseguirlo, lejos de buscar únicamente el interés personal que conlleva el juicio.

Supone pues, un gran beneficio para las partes, ya que la realidad muestra como la inmensa mayoría de los conflictos no se litigan, los conflictos se resuelven extrajudicialmente ya que las partes hacen y soportan casi todo antes de verse abocadas a un juicio, que es la última opción. La transacción pues, será un instrumento muy útil para estas, que ajustando los intereses con los de la otra parte, podrán llegar a un acuerdo y así ahorrarse el juicio, las costas y el estrés.

BIBLIOGRAFÍA

DE DIEGO VALLEJO, R., y GUILLÉN GESTOSO, C., *Mediación*, ed., Pirámide, Madrid, 2006, pp. 17-21.

FISS, O., "Against Settlement", 93 *Yale Law Review*, 1984, pp. 1073-1090.

GULLÓN BALLESTEROS, A., *La transacción*, tomo 43, volumen 2, Madrid, 1964.

LÁZARO GUILLAMÓN, C., "La transactio romana y el actual acuerdo de mediación", *Studia Prawnoustrojowe* 25, 2014, pp. 173-188.

MOXÓ RUANO, A., "Notas sobre la naturaleza de la transacción", *Revista de Derecho Privado*, Núm. 402. Septiembre, 1950, pp. 673-694.

O'CALLAGHAN, X., *Compendio de Derecho Civil. Tomo II. Derecho de Obligaciones*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2012.

PANERO GUTIÉRREZ, R., *Derecho Romano*, 4. Ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

SALVADOR CODERCH, P., "ABC de la transacción", *InDret*, 04, 2002, pp. 1-22.

SAN CRISTÓBAL REALES, S., "La transacción como sistema de resolución de conflictos disponibles", *Anuario Jurídico y Económico Escorialense*, XLIV, 2011, pp. 277-302.

SILVOSA TALLÓN, J.M., "La transacción en la LEC", *Revista Internauta de Práctica Jurídica*, Núm. 24, 2009, pp. 13-36.

TAMAYO HAYA, S., "El contrato de transacción: principales líneas de su evolución histórica", *Anuario de Derecho Civil*, julio de 2004, LVII-3, pp. 1105-1146.

ABSTRACT

"The *transactio*: romans background and current shape as an alternative form of conflict resolution."

The story of the search for alternative ways to the courts to resolve conflicts is as old as the conflict itself. However, it is now when ever the trend reflects the growing discontent of the public about administration of justice becomes more evident, and it seems to have lost confidence in the judicial system, recently characterized as collapsed, discredited and lack of means to deal with the volume of cases brought before it. From the saturation of the courts that have been the increment of cases to resolve, to the lengthening procedures and the consequent increase in costs, comes the need to find alternative methods of conflict resolution in order to avoid the intervention of the courts.

There are several methods of conflict resolution involving the alternative to trial, such as the modern mediation, arbitration or Roman *transactio*. On the last one is focused this paper, the settlement agreement, that although it was a simple pact originally in Rome, today it is framed between innominate contracts and it is regulated by the Civil Code. In any case, both in its origin and now, what remains unchanged is their purpose, to establish peace between the parties.

The transaction, as alternative dispute resolution, involves advantages from several viewpoints. On the one hand, it acts as a "filter" for the courts, for by so doing that, a high percentage of cases that come to know the courts will be reduced. It does not pose a risk to justice, speaking of justice in its ethical sense; since cases the transaction will absorb are those, if allowed, "less important". On the other hand, it is also a great benefit to the parties, as reality shows like the vast majority of conflicts are not litigate, conflicts are settled out of court because the parties do and endure almost anything before being doomed to trial, which is the last option. The transaction will therefore be a useful tool for those parts that adjusted their own interests to the interests of the other party in order to reach an agreement and thus save the trial, costs and stress.

The transaction (*transactio*) is the contract under which each of the parties, giving, promising or withholding something put an end to litigation or prevent that it may arise.

This contract is intended to prevent judicial or arbitral process or end one already started, when the parties voluntarily and, reciprocally sacrifice interests to resolve a

dispute, provided that the object of this contract is available under Article 1814 Civil Code (CC hereafter). The contract is governed by art. CC 1809 ". The transaction is a contract whereby the parties, giving, promising or withholding each something, avoid provoking a lawsuit or terminate any which had begun", its content is fixed by the parties, giving promising or withholding each something.

The composition of the transaction is based on three main pillars:
a) Its budget, *res dubia* or discussed right. That is to say, an uncertain or disputed legal relationship that causes a legal dispute without necessarily having already begun a process. Xavier O'Callaghan says that this dispute is based on the uncertainty of the parties regarding the legal relationship; despite the fact that such uncertainty is objectively founded or not.

b) Its purpose, the intent of the parties to replace the uncertain and dubious relationship for a certain and incontestable one.

c) The mean, the sacrifice of the parties, the trade-offs between them. Sacrifice is the pillar key to resolving the conflict between the parties. There is no need that the sacrifice on both sides is strictly equivalent, it may be unequal with the common goal of solving the dispute.

The ***transactio*** contract is consensual, as it is perfected by mere consent of the parties who are qualified to settle, without external formality for its validity. It is a bilateral contract, as the transaction requires mutual benefits between the parties to avoid or end the dispute, otherwise, if only one side gives and makes concessions, there will not be a transaction, but a mere resignation or donation. It is onerous, as each party shall give, promise or hold something to resolve the conflict. Therefore, it will never be free, which does not mean that benefits should be compulsorily of the same intensity or species. Finally, it is compulsory; to conclude the contract the parties assume obligations are regulated in art. 1809 CC and, as it has been said before, they will consist in giving, promising or holding anything.

From these features, we see that the ultimate cause of the transaction sought by the parties is the renunciation of his claim and the liberalization of the opposite right for the resignation of the opposite claim and, accordingly, avoidance or termination of the litigation, that is to say, one party will give up its claim that has over the other party in exchange for the other also to renounce over its own right, as both consider the avoidance of litigation deserves waiver of the claim they have one over the other. However, people do not have full freedom to settle, by his own will, the issues that affect them or people who depend on them through a compromise. The transaction is subject

to limits set out in Articles 1809-1819 of the Civil Code, and more specifically from 1809 to 1814. In those Articles are clearly specified such basic questions as who can compromise and who can not; and what kind of things can be compromised and which can be not. The transaction may be used as a dispute resolution system as long as the subject of the dispute is available. We are therefore subject to the availability of the objective of the transaction requirement.

The transaction susceptible materials are those that are available to the parties. Article 19.1 LEC 1/2000, which states: "Litigants are entitled to dispose of the object of judgment and may waive, withdraw from the trial, acquiesce, be submitted to arbitration and compromise on whatever subject matter hereof, except when the law prohibits or sets limitations on grounds of public interest or for the benefit of a third party ". Availability coincides generally with the rights and powers on which compromise is possible, that is, those matters not included in Art. 1814 CC. Thus, the object of legal business transaction as the material is subject to limits. First, the limits are set to the autonomy of the will in view of general interest and therefore they fall outside the power of disposition, ie, the object of the transaction is not contrary to law or public order. In second term, specific non lawful purposes of the transaction, such as devices to processes not referred to in Article 1814 of the Civil Code, as for example the processes of ability, parentage and marriage, and future food, therefore they are not matters of free disposition according to law. **Other matters** that are contained in that article are: those relating to the civil status of persons, such as nationality, capacity, filiation, paternity and maternity; those relating to matrimonial matters: marriage, those aimed at opposition to administrative decisions regarding the protection of minors; those related to the need for consent to the adoption; and all those that by reason of the subject or in representation and defense of disabled people or absent intervene under the prosecution and finally those related to **future food** for not being possible the compromise on them.

On the other hand, as in any contract, its object must be valid and lawful, possible and determinate or determinable. Therefore, there will not be available those matters that can not be covered by contracts in accordance with Articles 1271, 1272 and 1273 of the Civil Code. Finally, those which may not be available are those that can injure a third party or when a third party affecting the contract has not intervened in it expressly or impliedly, or it is contrary to public policy. The civil action resulting from a crime can be traded as it es expressly authorized by the Civil Code in its Article 1.813.

As to the subjective requirements, they attend to the subjective scope of the contract transaction, ie the parties. Like any contract, transaction can only be celebrated by the person who is able to do it and who disposes of the items included in the

transaction. Therefore, concerning the legal capacity of natural persons, to be bound, if the transaction is conducted by an individual, not disabled and present in that moment, there will be transaction whenever the object thereof is freely available, it is not contrary to the law or public order, and in case it should assume waiver it does not harm others. This course is not a problem, the problem arises if the transaction is carried out by an individual representative of a minor, incapacitated or absent. In these cases, as it will be seen, judicial authorization is of great importance, as it will be essential for legal representatives to act on behalf of the minor, incapable or absent.

Thus, holders of custody require judicial authorization hearing the prosecutor by reference to Articles 1810 to 166 of the Civil Code. It is also required by the guardian of a minor according to art. 271.3rd of the Civil Code, or by the guardian of an incompetent person so declared by judgment, art 290 Civil Code.

The partner who is entrusted with the administration and disposition of property of the conjugal partnership, for being guardian or legal representative of his/her partner by operation of law, requires judicial authorization when the transaction involves the performance of acts of disposal on real estate, commercial facilities, valuables or securities, except the right of first refusal. It will require the consent of parents or, failing both, the curator, when the emancipated minor conducts a transaction on real estate.

It should be noted that, judicial authorizations granted to legal representatives are acts of voluntary jurisdiction, to be processed by the provisions of Law 1/2000 of 7 January on Civil Procedure (hereinafter LEC), and on these cases, the transaction can only be procedural justice, as it constitutes a case of voluntary jurisdiction court, where the judge's intervention is necessary to avoid the cancellation of that agreement.

In case of loss of judicial authorization of the legal representative, this would lead to a possible nullity and not to the nullity of the contract. Therefore, if the represented contractors do not exercise the cancellation of the transaction in a period of four years, confirmation occurs by operation of law, it is called "sanatoria prescription".

The judicial authorization shall be requested before the perfection of the transaction as it is a requirement of the same, before the judge hearing the case.

As to its nature, existing theories about the legal nature of the transaction are three:

1) those who advocate that it has just declarative nature; 2) those who think that transaction has attributive legal nature; and 3) those who defend the argument that the transaction has constitutive nature.

We briefly explain what each theory defends: The first argues that the transaction has a merely declarative nature, provided that they do not involve in it, clauses that have nothing to do with the legal relationship. Under this doctrine, when one party recognizes the other any right, this does not mean that an attribution is being done over it, or that it is being created, modified or extinguished, but simply that the parties are determining that, from that moment on, one of them will have the power to exercise that right against the other party to be recognized. This thesis is what keeps a large part of the modern doctrine of the legal nature of the transaction, because for the vast majority, it is declarative. The second argues that the transaction, however, has an attributive legal nature, that is, by means of transaction parties make mutual abandonment of their rights. This theory is contrary to the declarative, because in this case the transaction modifies an existing legal situation. This modification occurs through reciprocal concessions, which involve mutual sacrifices provision, waiver and / or disappearance of rights of each of the assets of the compromisers. Finally, the third thesis argues that the transaction has a constitutive nature and it takes into account that every business is directed to the modification of the above situation, creation, termination or modification of legal relations. So, based on this theory, a legal relationship between the parties who compromise and has made questionable by controversy, the transaction would be a way to modify or terminate this relationship by creating another instead. Proponents of this theory argue that the reciprocal concessions made in itself imply a change, giving the transaction a constitutive character rather than declarative. In this regard, Chevalier indicates that the resignations will not fall only on actions or claims, but on the basis of those same rights. Therefore, as the transaction is a contract, waivers that operate are translational type. The transaction, in short, is a transfer of litigious rights.

Regarding the three positions, most of the scholars agree that the only ones with serious foundation, are declarative and constitutive. In fact, there is a doctrinal stream that defends a mixed theory between both, arguing that we must take into account the effects that the transaction produces in each case to know their nature. This stream admits that the transaction may produce purely declarative and merely constitutive effects, but it can also produce both together. Therefore, they argue that it is necessary to determine the situation of the parties stipulated once the transaction has been made and to which modifications lead the reciprocal concessions made by them.

In our view, regarding the legal nature of the transaction, once we have examined the different positions existing in relation to it, the correct theory of the figure of the transaction is declarative. This theory advocates that it exists in the transaction a conventional setting of rights in the hands of the parties, who declare with binding force

the expansion to be given to the source of the legal relationship; that is, there is not a mutual intention to transmitting or acquiring the property and it does not waive the right or thing, because the transaction does not transmit the rights, but it declares or recognizes the rights that the res dubia has led to the parties to conclude the transaction.

Once we have clarified the nature, let's examine their classes. Avoid litigation or terminate an already started, presupposes that the transaction can take place in two stages: before the lawsuit has occurred or during an already existing. Thus, one can distinguish two types of transactions: one whose purpose is to avoid the judicial process and therefore, will pretrial (being before the trial); and the transaction aimed at ending the lawsuit already begun. The latter, in turn, can be of two kinds or extra-judicial. It is procedural, when the transaction by the judge who is hearing the trial, which is terminated by car is approved; in this case is usually the judge who "invited" the parties to compromise. Instead, it is extra-when the transaction is not homologous with the judicial process, but affects the end of it by other procedural mechanisms, that is, takes place initiated the judicial process but outside it, ie, the agreement between parties the process fails, either because the parties have requested the suspension expire and leave the instance, because they had used other procedural mechanisms to end the process and the resignation, termination, etc.

Unlike the latter, and extra-judicial, pretrial transaction is prior to the process. Its purpose is to avoid the trial and are held in advance the possible judicial or arbitral process and therefore outside the court. In turn, the preliminary transactions can be elevated to public document or not. If you raise public write, the transaction gets a "dual" nature, as it maintains its contractual nature but also their notarial makes it enforceable. If, however, consists only of a contract between parties, it is not enforceable and therefore not enforceable take, considering only a contract that takes effect inter parts.

Of the three, the one that greater immediate effects causes is the procedural transaction, it is that the process has slope before the courts and the record, following the approval of the settlement agreement by the judge (art. 415.2 LEC). For the approval, the judge must only verify that the object on which the transaction relates is available, and that the parties have the capacity to compromise. The judge does not judge, does not represent, only has the right.

Therefore, we can define judicial procedural transaction, as the contract by which the parties to a process already begun by giving, promising or withholding each something, put an end to it, being approved the agreement reached by the court that is Knowing the process through self. In fact, it is also possible compromise in progress due

to the dispositive principle which governs civil proceedings, provided that the material is available. These transactions approved by the judge are assimilated enforceable court decision (Art. 517.3 LEC). It is thus distinguished from the pre-trial and extra-procedural transactions because in these types of transactions must turn distinguish those that are granted in public document of which are only a contract between parties. Like the pretrial transaction, whether extra-rises deed is enforceable, in addition to preserving its contractual nature. We recall here that the procedural difference is that this transaction from the time it is approved by the judge shall take the form of self and enforceable.

Views currently existing classes of transaction, mention must be made now of their origin.

The course of the transaction from its origin until today is quite extensive and includes various modifications that arose at each stage, but remembering what passed so far, can be summarized as the following:

Originally, Roman law, the transaction was a simple agreement and as such had only negative efficacy through the *exceptio*, with which they managed to paralyze the process. When this covenant was given the opportunity to add one *stipulatio*, the very action of this is achieved, the *actio ex stipulatio*. Later, in the Justinian era fusion *ius civile* and *ius honorarium* with the consequent rapprochement between covenant and contract occurs, so the transaction is recognized as innominate contract with its own action: *actio praescriptis verbis*. This is because the effects of the transaction were varied as a simple pact or be strengthened by *estipulatio*, adopting an *exceptio* in the first case or an *actio* in the second; Well, after falling the difference between the two, whatever form that clothed, had his own action: *actio praescriptis verbis*. In short, the *transactio* is already a contract. In conclusion, the only unchanged throughout evolution factor is that while as a simple pact with the formalities of the *stipulatio* or its transformation into an unnamed contract, it follows that the only invariable pool is the existence of a mutual consensus, the voluntary agreement between the parties.

The transaction, therefore, has become over time one of our alternative instruments lawsuit, but not the only, but coexists with others, such as mediation and arbitration. Recalling the concept of mediation is that system of alternative conflict resolution at trial, in which the disputing parties voluntarily try to reach an agreement with the help of a third, impartial and neutral mediator. So far, the similarity of the transaction is more than obvious, because in both cases we speak of systems of alternative dispute resolution at trial. Thus, mediation can be more economical than the transaction, it can lead to significant cost savings for negotiation between the parties; and similarly,

arbitration. The similarities do not end there, Pretor activity is to facilitate agreement between the parties, which reminds the role of mediator in the mediation agreement. Like the Praetor, respecting the distances since the Roman Praetor is jurisdictional organ in iure phase; the mediator has no power to make decisions, such a decision for the parties. However, both support, advise and facilitate the voluntary search for a suitable solution for the parties showing in any case, an impartial attitude.

These processes have undoubted advantages, as they allow the conflict to be systematically analyzed and solved quickly and professionally, good knowledge of the sector in which the dispute arises, and their recurring problems. A characteristic advantage, by the some doctrinal sector is to reduce the probability and severity of the error in the assessment of the evidence, it is obvious that a panel of specialists in the field and familiar with the issues that repeatedly arise in practice, they have less margin for error than a generalist court. By contrast, there is also another great doctrinal sector that raises the question of how far the power of the will must have reached such an extent that fully meet the activity of a court. In particular, they pose reflection on the decline of the benefits of the Roman *transactio* directed by Pretor and an inherent structure to our right. Instead, we have seen new institutions have been introduced, also directed to alternative dispute resolution, such as mediation; that while they may be very helpful in the search for consensus, achieve greater procedural economy, unlock the filter and serve justice to the courts ...; They may be useless and ineffective if not adapt and adapt our legal principles. The truth is that the nature of mediation is not very clear, as it tries equated with a judgment of one hand, while being capable of being challenged as a contract, and since you do not have very clear the nature of the mediation, but tries equated with a judgment of one hand, and the susceptibility of being challenged as contract risks mediation, or rather, what we run ourselves, to become the equivalent legal document enforceable provided for enforcement. Mediation has emerged as an autonomous settlement system, and their own specific methods and techniques conflict. However, there is nothing new with respect to the transaction, so create a new contractual figure; if it is actually a mediation contract agreement; we cover the same needs as the transaction is unsatisfactory.

As for the formation of the transaction as an alternative form of conflict resolution, there is a critical sector of the transaction, which claims to replace judicial dispute resolution (jurisprudence), by private contract to the detriment of the judicial development Law. On the contrary, we believe that the transaction, as any other contracts also end up creating new law: articulate new ways of social relationships, stereotype clauses that

ultimately generate practices, customs and social norms. In private law, the process is the last resort, not the only one.

The effects of the transaction is the completion of the process; executive effectiveness; and comparable efficacy to *res judicata*. It is obvious that one of the essential purposes in the settlement agreement is to end the process, one of the immediate and characteristic effects of the transaction once approved by the judge, is the completion of the process without sentence, but procedural equated in the same effects. Therefore, when equated to a resolution that ends the process, its action for breach must be exercised through a declaratory judgment that by accumulating them the amount corresponding to the claims that were filed in the compromised process.

On the other hand, remember that the *transactio* amounts to an enforceable when it is judicially approved. We speak therefore of procedural transaction, the process is pending before the courts and place the record, following the approval of the settlement agreement by the judge (art. 415.2 LEC). These transactions approved by the judge are assimilated enforceable court decision (art. 517.2.3º LEC). Instead the pretrial transactions as well as extra-procedural depend in each case. They may be elevated to public writing, thus acquiring the status of enforcement, or lack of this effect and be only a contract between parties.

Finally, with regard to his authority as *res judicata*, undoubtedly the most discussed of the transaction, the car issue is whether approval of the transaction has the effect of production or *res judicata*. Article 1816 of the Civil Code states that the transaction is for the parties the authority of *res judicata*. The different doctrines despite the provisions of this article are as follows: The first position and majority denies the principle of *res judicata* since *res judicata* constitutes a procedural effect of judgments decide the contentious issue. Focus position, the transaction is subject nullity action regarding contracts. The contrary position equates to the effectiveness of the final judgment causing their own legal proceedings and is based on that it is an equivalent or substitute for judgment and sentence must have their own effects. Thus, the parties would have *res judicata* under Article 1816 of the Civil Code. This formula does not mean it is closed any possibility of further discussion by the courts the contents of the transaction, but the content is binding on the parties.

The conclusion to be drawn is that the transaction has no effect but between the contracting parties, it is true that produces comparable to *res judicata* effects, but may be brought an action for annulment when it considers that there is grounds for annulment or has erred in the transaction.

The transaction as a contract is essentially revocable when it intervenes in error, fraud, violence or falsehood of documents and is subject to the provisions of Article 1265 of the Civil Code. If you agreed to contest a transaction, we must engage the appropriate ordinary declaratory proceedings under Articles 249 and 250 LEC, continuing the process until terminated by sentence.

The evolution of the transaction seeks to provide security the compromise, that is, allow it to be claimable in case of default, because the parties want to achieve peace and put a definitive end to conflict through the work of the contest of wills which is the real cause of the *transactio*. The conclusion has sought to reach with this work is that the transaction as alternative dispute resolution involves advantages from various viewpoints. On the one hand, it acts as a "filter" for the courts, for by so doing will be reduced by a high percentage of cases that come to know the courts. Also, it does not pose a risk to justice, speaking of justice in ethical sense; since cases the transaction will absorb those, if allowed, "less important". On the other hand, is also a great benefit to the parties, as reality shows like the vast majority of conflicts are not litigate, conflicts are settled out of court because the parties do and endure almost anything before being doomed to trial which is the last option. The transaction will therefore be a useful tool for those who adjusted to the interests of the other party, they may reach an agreement and thus save the trial, costs and stress.

