



Trabajo Fin de Grado

**Análisis histórico-jurídico
sobre la indisponibilidad
de ciertos derechos
en el contrato de transacción**

Presentado por:

Marina Redó Fortanet

Tutor/a:

Carmen Lázaro Guillamón

Grado en Derecho

Curso académico 2016/17

SUMMARY

The most often used alternative dispute resolution method today is mediation, which consists in the intervention of an impartial third party called a mediator who helps the parties to reach an agreement to resolve their disputes, although without proposing alternative solutions.

The mediation agreement is regulated specifically in the Law 5/2012 of mediation in civil and commercial matters, although in those areas that are outside of its regulation, it is subjected to the legal regime of the contract of transaction.

This contract of transaction derives from Roman law, which was the first one to regulate this figure in the Law of the XII Tables. In the beginning the transaction fully concurred with the archaic *pactum*, becoming later in a separate contract which was integrated within the unnamed contracts, while always preserving the philosophy of the *pactum*, being its main characteristic giving, promising or retaining something to resolve the conflict or prevent it from occurring.

The Roman law limited the possibility of resolving conflicts through the transaction by establishing a series of rights of non transigible character. At present these alternative methods of dispute resolution are also limited by the constitution of a series of unavailable rights.

In our Constitution, the right to effective judicial protection is collected as a fundamental right, regulated in article 24 that recognizes the right of all citizens to enjoy a due process with all the guarantees in response to legal disputes.

In addition to the process there are other complementary routes whose main features are the autonomy of the will and the procedural economy. These are the so-called alternative dispute resolution forms and they pretend to avoid lengthy and costly processes to resolve disputes arising between the parties.

The alternative dispute resolution forms are classified in self-compositional and hetero-compositional. In the self-compositional the parties resolve their own conflicts, and the third intervenes only to approximate their positions, on the other hand, in the hetero-compositional the third party resolves the conflict in the face of the inability of the parties to achieve it for themselves.

Both the mediation agreement and the self-compositional transaction contract are forms of dispute resolution, although with different characteristics. While in

the mediation a mediator guides the parties to reach an agreement on their own, in the transaction the parties are not subject to the opinion of a third party, because they come to the agreement by their own.

The transaction is abnormal method of dispute resolution through which the parties agree to give, promise or retain each one something with the aim of avoiding litigation or ending one that has already begun. The particularity of this contract is the existence of reciprocal concessions that may consist in any activity that seeks to end the conflict.

This figure is regulated by the Civil Code, specifically in article 1809 the transaction is defined as "the contract whereby the parties, giving or withholding, promising each one thing, avoid the provocation of a lawsuit or put an end to one that had begun".

The transaction may be within or outside the process, and may be out-of-court settlement in the event it is outside the process, or judicial settlement if it occurs in a process already initiated.

We can see different elements in the transaction. The most important element is the existence of a *res dubia*, which is something that involves an uncertain legal relationship between the parties that causes controversy, doubt or discussion. They also constitute elements of the transaction, the intention of the parties to replace the uncertain relationship, that is, the *res dubia*, by a relationship, and the reciprocal concessions by the parties to resolve the dispute.

The contract of transaction is a consensual contract which does not need any form requirements for its validity and that is perfected by the mere consent of the parties as long as it is given in free-form and definitive. It is an onerous contract as it requires that each party grants, promises or retains something; in addition, the claims of the parties that cause the dispute should be based on certain facts and in which they have full readiness.

The parties will determine the content of the transaction as well as their terms according to their needs and interests, thus underlining the autonomy of the will, the main feature of this figure.

With regard to the mediation agreement, this figure, as well as the contract of transaction, has a voluntary nature. The parties agree voluntarily to resolve the dispute through the intervention of a third party mediator, which is a neutral and

impartial professional who allows reconciling the positions between the parties. Mediation is regulated in the Law 5/2012 of mediation in civil and commercial matters. In Article 1 mediation is defined as "the means of settling disputes, whatever its designation, in which two or more parties try to voluntarily reach an agreement by themselves with the intervention of a mediator."

The solution arrived by the parties is expressed in an agreement accepted by both that has contractual value, and that is enforceable in the event if the parties decide to raise it to a public deed. This agreement must be in writing and requires a minimum content: there should be the identification and address of the parties, the place and date of the agreement, the identification of the mediator, the signature of the parties, and the confirmation that the agreement has been made in accordance with the law.

The mediation agreement, as well as the contract of transaction, is a source of obligations, which implies that the parties are obliged to comply with what was agreed, although, unlike the contract of transaction, if the mediation agreement is breached it can be requested to appear before the courts. There are also different types of mediation; as well as in the transaction, there is a judicial mediation and the out-of-court mediation. The first occurs during the course of a procedure, and the second is the margin of the same.

In addition, the mediation agreement is closely linked to the contract of transaction as it has transactional nature, it is subject to the legal regime of the contract of transaction in everything that the Law 5/2012 does not regulate..

With regard to the evolution of the contract of transaction, we found that it was in the law of the XII Tables where legal effectiveness was recognized for the first time. The first type of transaction was almost fully with the *pactum*, and it lacked action, not being able to create civil obligations. Later, with the passage of time, the transaction was becoming a form of extinction of obligations which was evolved into a business contract.

Finally the transaction agreement was given the possibility of being judicially enforceable in the event of non-compliance. In this way the transaction evolved to become a separate contract that was integrated within the unnamed contracts.

During the last stage of the Roman law the transaction ended up covering all relationships under private law and criminal law, admitting the possibility of

negotiating on a criminal offense in respect of the so-called "private rights", which were mainly the theft and injury.

The transaction interrupts the phase *in iure*, which was developed in front of the praetor, avoiding the *litiscontestatio* phase. In the *transactio* the activity of the praetor was essential. This activity was to guide the parties to reach an agreement, but without proposing any solution. The Praetor had an obligation to consider each case and was the one who determined whether or not the transactions should be admitted. This activity of the praetor reminds us of the one of the mediator, which leads us to think that the old contract of transaction has evolved to the current mediation.

In this way we can contrast different characteristic traits of the praetor which fully coincide with those of the mediator:

- Neither the praetor neither the mediator proposed the agreement, but only provided a way to achieve the agreement by the parties
- Both are impartial third parties with the obligation of guiding the formation of the agreement and promoting the transaction
- Both the praetor and the mediator must refer the case to another professional if their function is not enough
- They must know the cause of the conflict to be able to help the parties.

The Roman Law, as well as the current law, regulated certain conflicts over which it was not allowed to compromise.

Thus, according to the Roman law regulated in the Digest, it could not be transaction beyond what is established by the will because it is not allowed to negotiate on what you don't know.

Nor could negotiate things that had been judged, it dealt with a series of special relationships for the case that it had already been negotiation after *res judicata*. In this case, the party could use a repeating action or offset the amount paid in the transaction with the one set out in the judgment.

It was possible to negotiate with regard to issues that had lodged an appeal, since there would be no *res judicata*.

It was forbidden to compromise on future food as it had not yet been perceived, and, therefore, could not dispose of it.

Transactions that lacked a cause as well as those carried out on public things.

In principle it was forbidden to compromise on public offenses, although, as we have said, it was allowed to compromise on crimes of a private nature.

At present, our legal system, through the Civil Code, prohibits transactions on certain rights that are considered unavailable, thus limiting the autonomy of the will of the parties. Many of these rights are in line with the ones regulated in Roman law, proof of the influence of this Right in our days.

So, for example, both the Digest as the current Civil Code prohibit the transaction on food futures and considered null and void the transaction which has no cause. Also in both it is prohibited to compromise beyond what is written in the will.

The current regulation of the contract of transaction highlights the need for the rights to be compromised and have the capacity to dispose of, which requires full capacity to act.

In the mediation agreement it is also required for the parties to have the capacity to dispose of what they are going negotiate with and, at the same time, it is claimed, as well as in the contract of transaction, full capacity to act.

With regard to the limitations on the autonomy of the will, both figures come together in such a way that, as we have advanced, the mediation agreement is subject to the legal regime of the contract of transaction in everything that the Law 5/2012 of mediation in civil and commercial matters does not regulate.

There are certain rights of non transigible character in which there is a public interest prevailing and that are covered by mandatory rules:

- The guardian who has a person in his care with cannot negotiate respect to the rights of this.
- Nor may negotiate parents with regard to acts concerning the rights of the personality of their children because they do not hold their representation, as well as parents may not waive the rights of those who are the children or dispose of or encumber its assets.
- The transaction on the criminal action is prohibited, although it is allowed to compromise on the civil action arising from the offense.
- The marital status of the people is not transigible, because it is a matter of public order, staff and indispensable; nor will be able to compromise on rights derived from the ownership of a civil state.

- In no case may be transaction in matrimonial matters with regard to the existence or continuity of the union or marriage bond, although compensatory pension can be compromised or powers of marital home in separation or divorce.
- It is prohibited to negotiate on future items, for lack of availability on them, just as it would not be transaction in the future inheritance.
- It is not allowed to negotiate on what is not known, and, only when the availability of the subject matter of the dispute may be compromised. Will be the holders of the right you want to limit the object of the process.

As we have advanced before, the penal mediation lacks transactional effects, as the article 1813 of the Civil Code says, but, though the criminal mediation is not recognized in adults, the Penal Code makes several references with regard to the reparation of the damage.

As well as a mitigating circumstance, although indirectly, there's a possibility of transaction between victim and defendant to repair the damage caused.

Also article 84.1 of the Criminal Code provides that the judge or the court may impose a moratorium on the death penalty to the fulfillment of an agreement reached by the parties in mediation.

Although the assumptions that we have just described are supporting in some way the criminal mediation, the Law of Integral Protection Measures against Gender-based Violence, contains a number of questions on which it will not be able to mediate with in any case in respect to matters related to gender-based violence.

There will be no mediation, therefore, with respect to filiation, maternity and paternity, annulment, separation and divorce, issues that relate to parental relations subsidiaries, which have as their object the adoption or modification of measures of transcendence, family matters that relate exclusively on guardianship and custody of sons and daughters under the age or on food claimed by one parent against the other in the name of the sons and daughters under the age, issues that relate to the need to consent to the adoption matters which have as their object the opposition to the administrative resolutions in respect of the protection of minors.

It is required the same capacity for both mediation and transaction to have the

mediation transactional nature and to be subject to the legal regime of the transaction and also qualified as unavailable in the area of transaction they will be with regard to the mediation and vice versa.

After this study, we can observe that the transaction remains at present without suffering barely changes, although, having a work of research, we have been able to verify how the course of time has influenced in this institution.

The contract of transaction consists in the realization of reciprocal concessions that may consist of any activity as long as their purpose is to put an end to the conflict.

Indirectly the mediation agreement also implies the existence of concessions, since, in order to achieve the above-mentioned Agreement, the parties must yield in their positions and approach to the position of the opposite. Therefore the mediation agreement is subject to the legal regime of the contract of transaction, which reaffirms the theory that the contract of transaction and the mediation agreement are the same figure.

Both figures as alternative dispute resolution forms, offer a more humane way to resolve a conflict, which leads to really the dispute is resolved so that the conflict between climbing and that allows the continuity of the relationship between the part, unlike the resolved conflicts before the judge, who sometimes do not close as a party to the lawsuit it is necessary that the other miss out.

It is not intended that these alternative forms of conflict resolution will replace the courts, but they only try to decongest them to achieve greater judicial economy. The judicial process is the one that holds more legitimacy and responsible for controlling and supervising the operation of these different ways of conflict resolution.

Perhaps it would be more correct to rename these figures as complementary ways of dispute resolution, because they do not present an alternative but rather, as we have said, a help or add-in.

We have observed how the unavailable rights that were not allowed to negotiate with in Roman law coincide mostly with materials which are not susceptible of transaction regulated at present, and how the unavailable rights in the contract of transaction fully coincide with those in the mediation agreement.

In Roman law and also at present it is intended to qualify certain subjects or rights as unavailable to prevent negotiation on which is not known and what is

not owned.

Why is mediation a new alternative dispute resolution method at present if we have already seen that ancient Rome recognized the autonomy of the parties to resolve their disputes? Perhaps this form of conflict resolution had been forgotten to give more importance to the resolution by the courts? Are not the contract of transaction and the mediation agreement the same figure? In any case, throughout this work we have seen how, instead of evolving, in relation to certain aspects such as the alternative formulations of dispute resolution, already very developed in Roman law, the current law has suffered a setback.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	2
1. Las formas alternativas de resolución de conflictos	5
1. 1 Cuestiones generales	5
1. 2 El contrato de transacción	7
1. 3 El acuerdo de mediación.....	11
2. El contrato de transacción en el derecho romano	15
2. 1 Evolución	15
2. 2 La función del pretor	18
2. 3 Los derechos indisponibles en la transactio romana.....	20
3. Derechos indisponibles en el contrato de transacción.....	25
3. 1 Derechos indisponibles en el orden civil	25
3. 2 Especial referencia al orden penal.....	31
CONCLUSIONES.....	34
BIBLIOGRAFÍA	38

INTRODUCCIÓN

Durante los últimos años se ha ido creando toda una cultura de la mediación que ha llevado a que en muchos y distintos ámbitos se apueste por esta forma de resolución de conflictos. Parece que la mediación es un tema novedoso que ha ido desarrollándose recientemente, aunque, en este trabajo podremos ver cómo esta forma de resolución de conflictos se encuentra estrechamente relacionada con el contrato de transacción, cuya antigüedad se remonta al Derecho Romano.

Desde siempre las relaciones entre los seres humanos han suscitado conflictos que se han intentado resolver de muy diversas formas. El Derecho, como ciencia que regula las relaciones sociales y cuyo objetivo es precisamente resolver los conflictos creados en el seno de una sociedad, ha venido normalizando los distintos métodos de resolución de estos conflictos.

Uno de los métodos de gestión y resolución de conflictos utilizados en la antigüedad era el contrato de transacción, que derivó del arcaico *pactum*. Así, fue el Derecho Romano el primero en reconocer eficacia jurídica al contrato de transacción en la conocida Ley de las XII Tablas. En principio, este contrato fue creado con la finalidad de sustituir lo dispuesto en la Ley del Talión, que promovía la venganza privada como método de resolución del conflicto, carecía de acción y no podía crear obligaciones. Tiempo más tarde la transacción se convirtió en un negocio contractual desarrollándose poco a poco hasta convertirse finalmente en un contrato autónomo que pasó a integrarse dentro de los contratos innominados. Lejos de ser una forma de sustitución de la venganza privada, el contrato de transacción ha evolucionado hasta constituir en la actualidad un método alternativo de resolución de conflictos que conserva la filosofía del *pactum*, siendo su principal característica la de dar, prometer o retener algo para resolver o evitar el conflicto, y estando su principal rasgo contractual en el acuerdo por las partes de renunciar de forma recíproca a una parte de las pretensiones propias para evitar un litigio.

Ya en la antigüedad se reconocía validez a la autonomía de la voluntad a la hora de resolver conflictos, asunto que está muy en boga en nuestros días para

poder conseguir una mayor economía procesal y que cada vez tiene más ventajas. El método alternativo de resolución de conflictos más utilizado en la actualidad es la mediación.

La mediación es una forma alternativa de resolución de conflictos en la que dos o más partes intentan de forma voluntaria llegar a un acuerdo con la ayuda de un tercero imparcial llamado mediador que se encarga de aproximar sus posiciones para que sean las propias partes quienes alcancen la solución, sin proponer el mediador en ningún caso soluciones alternativas. El acuerdo de mediación se caracteriza por su naturaleza transaccional y por encontrarse sujeto al régimen jurídico de la transacción en aquellos aspectos no regulados por la Ley 5/2012 de Mediación en asuntos Civiles y Mercantiles. Su principal rasgo es la autonomía de la voluntad.

Pese a ser las partes quienes tienen la potestad de disponer sobre el objeto del conflicto, existen determinados aspectos sobre los cuales la autonomía de la voluntad no puede intervenir. Ya en Derecho Romano, el Digesto se encargó de regular determinados derechos de carácter indisponible para las partes que actualmente conservamos, prueba de la importante influencia de este Derecho en nuestros días.

Para la realización de este trabajo hemos partido de un análisis de ambos métodos alternativos de resolución de conflictos para posteriormente remontarnos a la antigüedad, concretamente al Derecho Romano, y poder ver la evolución del contrato de transacción y la relación de éste con el acuerdo de mediación. A continuación hemos estudiado los distintos derechos de carácter indisponible regulados por el Derecho Romano para contrastarlos con los regulados en nuestro actual Derecho. La finalidad de este trabajo es comparar ambas figuras, con sus similitudes y diferencias para más tarde concluir que el moderno acuerdo de mediación deriva de la arcaica transacción.

Respecto a las fuentes, para la realización del estudio, nos hemos basado principalmente en opiniones doctrinales relativas al contrato de transacción y a la mediación, con las que hemos ido contrastando ambas figuras. Para fundamentar nuestras respuestas, nos hemos amparado en fuentes legales como son el Código Civil, la Ley de Enjuiciamiento Civil, y la Ley 5/2012 de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles. En cuanto a la labor de estudio y

de investigación, hemos empleado un método exegético en combinación con un método histórico-crítico, utilizado para seguir la historia de las instituciones jurídicas.

1. LAS FORMAS ALTERNATIVAS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS

1.1 CUESTIONES GENERALES

El artículo 24 de la Constitución Española reconoce el derecho a la tutela judicial efectiva, que es un derecho fundamental de los ciudadanos y un deber constitucional del Estado consistente en dar respuesta a los conflictos jurídicos. Este derecho a la tutela judicial efectiva hace referencia a la existencia de un debido proceso del que puedan gozar los ciudadanos, aunque el proceso no es el único medio de solución de conflictos, de hecho, la Constitución no excluye la existencia de otras opciones para lograr este mismo objetivo.

Los sistemas alternativos de resolución de conflictos reciben esta denominación precisamente porque ofrecen una alternativa a la solución judicial del conflicto, y sus características son la autonomía de la voluntad y la economía. No se trata de vías excluyentes a la procesal, sino que son paralelas e incluso complementarias. En definitiva los sistemas alternativos de resolución de conflictos son otras vías distintas a la vía procesal con las que cuentan los ciudadanos para acceder a una satisfacción más rápida y efectiva de sus derechos subjetivos vulnerados.

La sentencia dictada por el juez es la forma normal de finalizar el proceso, mientras que estos sistemas alternativos vienen a clasificarse como formas “anormales” de terminación del mismo. Pese a ser determinados como vías anormales de finalización del proceso, los sistemas alternativos de resolución de conflictos (comúnmente llamados *ADR Alternative Dispute Resolution*) son establecidos por el legislador para evitar acudir a largos y costosos procesos para solucionar las controversias surgidas entre las partes, y se potencian desde el poder judicial para dar respuesta a la demanda de los ciudadanos y evitar así el colapso que se produce en los tribunales.

Mientras la vía procesal supone la resolución de la cuestión ante la autoridad pública, a través de un juez que dictará un pronunciamiento estricto tras un proceso largo y costoso, los sistemas alternativos o complementarios de resolución de conflictos proponen resolver las disputas por medio de la

exclusiva actividad de las partes de una forma privada y amistosa¹.

En general, los sistemas de resolución de conflictos se clasifican en autocompositivos y heterocompositivos. Los sistemas autocompositivos son aquellos en los que los conflictos se resuelven por las propias partes, en estos el tercero únicamente interviene *inter partes*, es decir, se limita a aproximar y ayudar a las partes para que ellas mismas lleguen a un acuerdo, esta tercera persona se encuentra en el mismo nivel que las partes en conflicto lo cual supone que no va a imponer su solución a éstas sino que solo va a ayudarlas a aproximar sus posiciones y hallar una eventual solución². En los sistemas heterocompositivos, por el contrario, el tercero interviene para resolver el conflicto colocándose en una posición de superioridad respecto de las partes; éstas, ante la imposibilidad de llegar a un acuerdo, acuden a un tercero para que sea éste quien solucione la disputa³.

En el contexto de las formas alternativas de gestión de conflictos, tanto el contrato de transacción como el acuerdo de mediación son formas alternativas de resolución de conflictos, aunque no las únicas. La forma alternativa de resolución de conflictos de carácter heterocompositivo por antonomasia es el arbitraje. En el arbitraje las partes se someten a la decisión de un tercero llamado árbitro que, escogido por éstas y tras haber escuchado las distintas posiciones y haber practicado las pruebas necesarias, emite un laudo vinculante.

Podríamos clasificar el resto de ADR como fórmulas autocompositivas. La primera de ellas es la conciliación. En ella las partes en conflicto acuden a una tercera persona para solucionar sus problemas. La conciliación puede ser intra-proceso, en la que interviene un juez y las partes pueden rechazar la solución proporcionada por éste; o extra-proceso, en la que interviene un conciliador escogido por las partes como tercero que tratará de persuadirlas para llegar a un acuerdo que será meramente privado. Su objetivo es evitar el pleito. La

¹TAMAYO HAYA, S., *El contrato de transacción*, Civitas, Madrid, 2003, pp. 29, 30 y 31.

²BARONA VILAR, S., *Mediación en asuntos civiles y mercantiles en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 59 y 60.

³BLANCO CARRASCO, M., *Mediación y sistemas alternativos de resolución de conflictos. Una visión jurídica*. Reus, Madrid, 2009, pp. 23-26.

segunda fórmula autocompositiva es la negociación, que es un proceso privado que consiste en la actuación conjunta de las partes y sus representantes para llegar a un acuerdo que no tiene carácter de cosa juzgada ni es de obligado cumplimiento.

La fórmula autocompositiva más conocida y utilizada es la mediación; ésta es de carácter voluntario y se caracteriza por la intervención de un mediador que guía a las partes para que alcancen un acuerdo por ellas mismas. El mediador es imparcial, neutral y además está obligado a guardar confidencialidad (secreto profesional).

La última forma alternativa de resolución de conflictos es la transacción. Aquí las partes no se someten a la opinión de un tercero, sino que son ellas mismas quienes llegan al acuerdo. Puede ser judicial o extrajudicial. Lo que la diferencia de las otras ADR es la existencia de recíprocas concesiones entre las partes. En la transacción los abogados de las partes juegan un papel importante aconsejando, convenciendo e informando a sus clientes de las ventajas de evitar llevar el conflicto a la vía judicial resolviendo de forma amistosa las contiendas.

A continuación, y tras haber visto en grandes rasgos las diferentes formas alternativas de resolución de conflictos, nos centraremos en las figuras de la transacción y la mediación por ser la mediación la fórmula ADR más utilizada y por ser la transacción la más peculiar. Encontramos interesante cómo en ciertos puntos confluyen ambas figuras teniendo características muy similares, aspecto sobre el que profundizaremos más adelante en relación con los derechos indisponibles en ambas figuras, objetivo esencial de este trabajo.

1.2 EL CONTRATO DE TRANSACCIÓN

La transacción es una forma anormal de terminación de un proceso por la que las partes acuerdan dar, prometer o retener cada una alguna cosa con la finalidad de evitar el pleito o poner fin a uno ya comenzado⁴.

⁴TAMAYO HAYA, S., *El contrato...*, cit, p.26.

El elemento que diferencia a la transacción de las otras ADR es la existencia de estas recíprocas concesiones consistentes en cualquier actividad o conducta que tenga como objetivo finalizar la controversia, ya que se entiende que lo que la ley determina como “dar, prometer o retener” engloba cualquier actividad que pretenda terminar con el conflicto.

El Código Civil regula la transacción en los artículos 1809 al 1819. El artículo 1809 define la transacción como “el contrato por el cual las partes, dando prometiéndolo o reteniendo cada una una cosa, evitan la provocación de un pleito o ponen término al que había comenzado”.

Atendiendo a la definición otorgada por el Código Civil podemos distinguir distintas clases de transacción:

- La transacción extrajudicial o prejudicial, que se da fuera del proceso sin influir en él. Este tipo de transacción se diferencia de la transacción judicial en que interviene la voluntad de las partes. Existen dos clases de transacción extrajudicial: la alcanzada fuera de los tribunales para evitar la provocación de un pleito, y la efectuada para poner fin a un pleito ya comenzado pero que el juez no ha derivado a transacción sino que son las partes las que deciden someterse a esta forma de resolución de conflictos. Esta última forma de transacción extrajudicial viene recogida en el artículo 414.1.2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil que establece que “si las partes manifestasen haber llegado a un acuerdo o se mostrasen dispuestas a concluirlo de inmediato, podrán desistir del proceso o solicitar del tribunal que homologue lo acordado”. Esta clase de transacción no goza de eficacia procesal siendo su efecto la paralización del proceso.
- La transacción judicial. Su objetivo es poner fin al proceso ya iniciado. La transacción es judicial cuando se homologa por el juez que conoce del proceso y se dicta un auto poniendo fin al mismo. Estando pendiente un pleito el órgano jurisdiccional lo deriva a transacción. Ésta, además de tener carácter contractual, es título ejecutivo y se distingue de la transacción extrajudicial en que no interviene la voluntad de las partes sino que es el juez quien decide que éstas se sometan a transacción. La

transacción judicial tiene una eficacia jurídica superior a la extrajudicial, sus efectos en relación con la ejecución son similares a los de la sentencia, de hecho, y según se establece en el artículo 518 de la LEC, es la única que tiene el efecto de la ejecutoriedad.

- Además de esta clasificación del contrato de transacción podemos realizar otra distinción en función de si el contrato es resuelto por las mismas partes o por un tercero. Si la transacción es resuelta por las partes es propia, en ella las partes llegan a un acuerdo actuando como jueces y fijando ellas mismas su objetivo. Emiten sus opiniones en un debate y llegan a una solución cediendo mutuamente y renunciando cada parte a su derecho. La transacción impropia es aquella en la que un tercero elegido por las partes propone una solución que éstas pueden o no aceptar. Este tercero únicamente actúa como intermediario en la fase de negociación ⁵.

Pueden observarse distintos elementos en la transacción:

- la *res dubia* o derecho discutido, controvertido o dudoso, que comporta una relación jurídica incierta entre las partes. La duda que se plantea es la falta de seguridad sobre si una determinada relación jurídica es regulada por el derecho, en qué forma y con qué límites. La *res dubia* es un elemento esencial ya que el contrato de transacción exige una controversia entre las partes ⁶.
- la intención de las partes de sustituir la relación incierta (esa *res dubia*) por una cierta. Es necesaria la voluntad de las partes ya que, como hemos adelantado anteriormente, la transacción es un contrato caracterizado por la autonomía de la voluntad y en el que rige la libertad de contratación. Aquí podemos observar el carácter novatorio de la transacción, que sustituye la situación incierta y controvertida por una cierta y no controvertida. En este procedimiento los derechos y acciones objeto de la situación controvertida se extinguen surgiendo nuevos

⁵TAMAYO HAYA., S., *El contrato...*, cit., pp. 35- 43.

⁶GULLÓN BALLESTEROS, A., “La transacción”, Tratado Práctico y Crítico de Derecho Civil, tomo 43, vol.II, 1964, pp. 8-12.

vínculos y obligaciones⁷.

- las recíprocas concesiones por los interesados para resolver la controversia. Estas concesiones no tienen por qué implicar el reconocimiento de algo a cambio de algo, ni reconocimientos parciales de pretensiones, sino que pueden consistir en la extinción de relaciones jurídicas y la creación de otras nuevas⁸. Las concesiones no tienen por qué ser iguales por ambas partes ya que el motivo que lleva a la solución del conflicto puede determinar la desigualdad de estas.

Este contrato de transacción viene caracterizado por diversos rasgos. Se trata de un contrato consensual, ya que se perfecciona con el consentimiento de las partes y no necesita ninguna formalidad externa para su validez; es de carácter bilateral al requerir que las obligaciones sean mutuas y que haya un sacrificio recíproco de intereses; es onerosa, otorgándose, prometiéndose o reteniéndose algo por cada parte. Su finalidad es evitar un posible conflicto o resolver el que ya se haya producido⁹.

No hay exigencias de forma para que el contrato de transacción sea válido, pudiéndose realizar de forma oral, pero, a pesar de ello, es esencial la existencia de unos determinados requisitos. En primer lugar se necesita que ambas partes hayan otorgado su consentimiento de forma libre y definitiva para la transacción; se requiere también una cuestión controvertida anterior de carácter judicial o extrajudicial que derive en la transacción. Así mismo las pretensiones de las partes que dan lugar a una controversia tienen que basarse en hechos ciertos que puedan afectar a los derechos de las mismas y es necesario que las partes tengan plena disposición de los derechos que se pretenden transigir¹⁰.

Así, el objeto de la transacción está formado por la propia relación jurídica controvertida y su contenido será el que las partes determinen y fijen en las

⁷SAN CRISTÓBAL REALES, S., “La transacción como sistema de resolución de conflictos disponibles” Anuario jurídico y económico escorialense, núm. XLIV, 2011,277-301, p.280.

⁸GULLÓN BALLESTEROS, A., “La transacción”, cit., pp. 53 y 54.

⁹SILVOSA TALLÓN, J M., “La transacción en la LEC” Revista Internauta de Práctica Jurídica, núm.24, 2009,13-36 p.17.

¹⁰GULLÓN BALLESTEROS, A., “La transacción”, cit., pp.32 y 33.

concesiones que acuerden, por tanto son las partes las que, de acuerdo con la autonomía de la voluntad que caracteriza a este contrato, fijan el contenido y términos de la transacción según sus propias necesidades e intereses. Así mismo la eficacia de este contrato depende de su cumplimiento.

1.3 EL ACUERDO DE MEDIACIÓN

Entre los sistemas alternativos de resolución de conflictos antes expuestos, el más relevante y que ha ido adquiriendo más importancia en los últimos años es la mediación. Es un instrumento complementario a la Administración de Justicia para lograr la pacífica solución de conflictos de intereses.

Igual que la transacción, la mediación es de carácter voluntario. Las partes a través de una declaración de voluntad acceden a la intervención de un tercero para resolver el conflicto.

La Ley 5/2012, de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles, es la encargada de regular todos los aspectos relacionados con esta vía alternativa de resolución de conflictos en el contexto estatal. En el artículo 1 se define brevemente la mediación como “aquel medio de solución de controversias, cualquiera que sea su denominación, en que dos o más partes intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo con la intervención de un mediador.”

La mediación es un procedimiento por el cual un tercero llamado mediador ayuda a las partes en una situación conflictiva a llegar a una solución que se expresa en un acuerdo aceptado por ambas partes y documentado de forma que permita la continuidad de las relaciones entre las personas involucradas en el conflicto.

“El mediador es un profesional neutral que facilita la resolución del conflicto de una forma equitativa, permitiendo el mantenimiento de las relaciones subyacentes y conservando el control sobre el final del conflicto”¹¹

¹¹ LÁZARO GUILLAMÓN, C., “La transactio romana y el actual acuerdo de mediación” *StudiaPrawnoustrojowe* núm.25, 2014,173-188, pp. 179 y 180.

El acuerdo alcanzado por las partes tiene valor contractual, debe homologarse por un juez o notario y elevarse a escritura pública para que pueda considerarse título ejecutivo y tenga efectos de cosa juzgada. Serán las partes quienes decidirán si elevar el acuerdo a escritura pública o no¹².

A diferencia del contrato de transacción (que no exigía ninguna formalidad para su validez), el acuerdo de mediación debe realizarse por escrito o por algún otro medio que deje constancia del mismo. La Ley contempla además unos determinados requisitos de contenido: el acuerdo debe contener la identificación y domicilio de las partes, el lugar y la fecha del acuerdo, la identificación del mediador, la firma de las partes, y la confirmación de que el acuerdo se ha realizado siguiendo la ley¹³.

Respecto a la naturaleza jurídica del acuerdo de mediación, como hemos adelantado anteriormente, ésta depende de la voluntad de las partes. La naturaleza del acuerdo puede ser contractual o procesal. Si el acuerdo no es elevado a escritura pública tendrá valor contractual y en caso de incumplimiento no habrá opción a la ejecución forzosa sino que deberá interponerse una acción de nulidad por las causas que invalidan los contratos. Si, por el contrario, el acuerdo es elevado a escritura pública, será título ejecutivo y en caso de incumplimiento por una de las partes podrá procederse a la ejecución forzosa¹⁴.

En relación a los efectos que produce el acuerdo de mediación, éste es fuente de obligaciones (igual que el contrato de transacción), lo cual implica que las partes quedan obligadas a cumplir con lo pactado y abstenerse de plantear la controversia en los tribunales. Además resuelve efectivamente las cuestiones controvertidas objeto de mediación; y, por último, tiene eficacia ejecutiva si las partes desean otorgársela, lo que supone un gran avance al lograrse un título ejecutivo sin necesidad de acudir a los tribunales¹⁵.

¹²Artículo 23 Real Decreto-ley 5/2012, de 5 de marzo, de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles.

¹³BARONA VILAR, S., *Mediación en asuntos ...*, cit, pp. 445- 449. Vid. n.12.

¹⁴BARONA VILAR, S., *Mediación en asuntos...*, cit., pp. 476-478.

¹⁵LÓPEZ DE ARGUMEDO, A. FERNÁNDEZ DE LA MELA, J M., "El acuerdo de mediación" ,

En este aspecto encontramos diferencias respecto al contrato de transacción. La transacción pre-procesal y la extra-procesal no tienen efecto de cosa juzgada ya que se trata de un convenio de partes que únicamente produce efectos entre ellas. A diferencia del acuerdo de mediación, cuya ejecución en caso de incumplimiento puede solicitarse ante los tribunales, si el contrato de transacción se incumple, únicamente podrá procederse a la resolución del mismo con efectos retroactivos de forma que las partes quedarán liberadas de las obligaciones contraídas por éste¹⁶.

Entre las distintas clases de mediación encontramos, igual que en el contrato de transacción, la mediación judicial y la extrajudicial. La mediación extrajudicial se desarrolla al margen del proceso; el acuerdo logrado tiene eficacia contractual, aunque, por voluntad de las partes puede convertirse en título ejecutivo extrajudicial. La mediación judicial es la que se produce cuando el juez durante el curso de un procedimiento envía a las partes a mediación para que solucionen de esta forma el litigio; también se desarrolla al margen del proceso¹⁷, y, en este caso el acuerdo logrado se incorporará en sede judicial y se homologará a través de un auto creándose así un título ejecutivo judicial¹⁸.

El acuerdo de mediación tiene naturaleza transaccional por lo que queda sujeto al régimen jurídico del contrato de transacción. Observamos esta naturaleza transaccional en la prohibición de las partes de plantear el conflicto resuelto por el acuerdo de mediación en vía judicial o arbitral, de igual forma que se impide llevar la controversia sometida a transacción a examen de un tercero¹⁹.

Como hemos visto, la mediación y la transacción son formas alternativas de resolución de conflictos cuya característica principal es la autonomía de la voluntad, pero esta autonomía en ocasiones se ve limitada por la existencia de una serie de derechos indisponibles que impedirán a las partes resolver el conflicto llegando a un acuerdo por su propio pie:

Diario La Ley, núm.8477, 2015, P. 9 de 32.

¹⁶LÁZARO GUILLAMÓN, C. "La transacción romana...", cit., p.180-184.

¹⁷BLANCO CARRASCO, M. *Mediación y sistemas...*, cit., pp. 143 y 144.

¹⁸BARONA VILAR, S. *Mediación en asuntos...*, cit., p. 491.

¹⁹LÓPEZ ARGUMEDO, A. FERNÁNDEZ DE LA MELA, J M. "El acuerdo de...", cit., p. 22-24.

- No se puede transigir sobre el estado civil de las personas, ni sobre cuestiones matrimoniales, ni sobre alimentos futuros. Tampoco puede transigirse sobre derechos patrimoniales derivados de un estado civil.
- No se puede transigir sobre la acción penal (sí que se permite la transacción sobre la acción civil derivada del delito).
- El tutor que tenga a una persona a su guarda no puede transigir sobre los derechos de ésta.
- No se puede transigir sobre derechos hereditarios futuros.

Precisamente el análisis de estas limitaciones constituye el objeto de este trabajo. A continuación, y antes de comenzar con el análisis de estos derechos indisponibles, nos adentraremos en los orígenes del contrato de transacción para poder comprender la indisponibilidad de ciertos derechos así como para analizar la analogía existente entre el acuerdo de mediación y el contrato de transacción.

2. EL CONTRATO DE TRANSACCIÓN EN EL DERECHO ROMANO

2.1. EVOLUCIÓN

Tras haber analizado el régimen jurídico del contrato de transacción y su eventual vinculación con el acuerdo de mediación, se considera necesario profundizar en el primero a fin de clarificar orígenes.

La existencia del contrato de transacción se remonta al Derecho Romano, concretamente, en la Ley de las XII Tablas es donde se le reconoce eficacia jurídica por primera vez. En sus orígenes se configura como forma de sustitución de la venganza privada, que constituía tanto un derecho como un deber, y evitar así la Ley del Talión²⁰. La venganza se reemplazaba por un pago a través de un pacto (*pactum*), es decir, eran realmente las ofertas realizadas por los ofensores las que llevaban a que el ofendido desistiera de esta venganza sintiéndose satisfecho con lo que ofrecían aquellos.

En esta época preclásica el pacto solo llegaba a producir efectos mediante la *exceptio*²¹. En efecto, a diferencia del contrato, el pacto carecía de acción; las partes podían crear, modificar o extinguir derechos a través del pacto pero no podían crear obligaciones civiles. Si una de las partes cumplía la transacción de forma voluntaria, no podía alegar después un pago de lo indebido²², y si la transacción se incumplía no podía iniciarse ningún proceso, pero si el demandante reclamaba la pretensión original, el demandado podía oponer el acuerdo transaccional como modo de defensa²³.

²⁰Conocida por la expresión “ojo por ojo diente por diente”, era un principio jurídico en el que la norma imponía una pena idéntica al crimen perpetrado obteniendo de esta forma una reciprocidad.

²¹La *exceptio* podía oponerla el demandado al actor en caso de que éste continuara en el litigio. A través de este instrumento el pretor aseguraba la posibilidad de paralizar cualquier pretensión que fuera contraria a la transacción. Para que pudiera oponerse excepción se requería que la parte hubiera ejecutado la transacción con anterioridad.

²²VENTURA SILVA, S., *Derecho romano*, Porrúa, México, 2001, p.306.

²³LÁZARO GUILLAMÓN, C., “El acuerdo de mediación de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles: algunas notas sobre su eficacia y efectos desde una perspectiva histórico-crítica” *Revista Internacional de Mediación* núm.0, junio-diciembre 2013, 83-92, p.85.

Este primer tipo de transacción coincidía casi plenamente con el *pactum*, y más adelante con el paso del tiempo fue convirtiéndose en un forma de extinción de las obligaciones.

El mero acuerdo no generaba obligaciones, por lo que era solo el pretor quien se obligaba a respetar la convención –a través de la *exceptio*-. Si las prestaciones no se ejecutaban justo después del acuerdo y el demandado se oponía a cumplir su obligación, el demandante solo podía reclamar respecto a la relación litigiosa sobre la que se había efectuado la transacción.

Posteriormente la transacción evoluciona y se convierte en un negocio contractual que admitía la incorporación de una garantía real pudiéndose consignar objetos por parte de los demandados para aplazar el pago de forma que si el ofensor no pagaba, el ofendido podía realizar los objetos dados en garantía.

Cuando las partes querían ser garantizadas podían agregar estipulaciones, que eran un contrato verbal, unilateral y abstracto que se utilizaba para otorgar eficacia jurídica a la transacción.

La estipulación era empleada para producir sus efectos novatorios sobre la relación respecto de la que se transigía.²⁴ De esta forma se le da al acuerdo de transacción la posibilidad de ser exigible judicialmente en caso de incumplimiento, con lo que va tomando autonomía propia.

Así, la transacción, de ser un simple acuerdo sin forma tipificada, evolucionó hasta convertirse en un contrato autónomo protegido con una acción *sui generis*²⁵: la *actiopraescriptisverbis*²⁶, y que se integró dentro de los contratos innominados, estando el rasgo contractual en el acuerdo de renunciar recíprocamente a una parte de las pretensiones propias para evitar un litigio²⁷.

²⁴PÉREZ BRAVO, C “La stipulatio. Características generales”, *Ars Boni et Aequi* núm. 5, 2009, pp.137-141.

²⁵TAMAYO HAYA, S., *El contrato de transacción...*, cit., pp.1121-1122.

²⁶La *actiopraescriptisverbis* era una acción que se concedía a la parte que había cumplido su prestación para conseguir la contraprestación o una indemnización de la parte contraria.

²⁷TORRENT, A., *Manual de derecho privado romano*, Edisofer, Zaragoza, 2002, pp.486 y 487.

Durante la última etapa del Derecho Romano la transacción acabó comprendiendo todas las relaciones de Derecho privado así como las de Derecho penal. Fue en el periodo republicano cuando se admitió la posibilidad de transigir sobre un ilícito penal, aunque, en principio, únicamente respecto de los *delicta*, que eran los delitos privados en los que solo se lesionaban intereses privados que forman parte del patrimonio de la persona. Los principales ilícitos penales que podían clasificarse como *delicta* eran el hurto y la injuria; en éstos el agraviado acudía a los tribunales para lograr una pena pecuniaria de carácter reparador, retributivo e indemnizatorio. Era sobre esta pena pecuniaria, que derivaba del *damnum*, sobre la que se realizaba el acuerdo²⁸.

Por tanto, como hemos visto, en Derecho romano la parte que veía lesionado su derecho, además de accionando las vías procesales, también podía llegar a una solución amistosa realizando concesiones de forma recíproca. Una de las partes prometía acabar con el enfrentamiento y la otra renunciaba a su acción.

Para poder someterse a la transacción era necesario que existiera una controversia ya iniciada pero no resuelta. Esta controversia podía tener origen en una *res dubia* o en una res litigiosa. Con la transacción no sólo podía evitarse un litigio, sino que se podía evitar cualquier otra cosa que se fundamentara en una *res dubia*, es decir, una *res dubia* podía constituir por si sola la base de la transacción²⁹.

Con la transacción se interrumpía la fase *in iure*, que era la fase inicial del proceso que comenzaba con la citación por parte del actor al demandado para que asistiera ante el magistrado. Esta citación era un acto privado y no estaba sujeta a ninguna formalidad; una vez ésta se había formulado, el demandado podía, o bien aceptar a presentarse ante el magistrado, o bien solicitar que la comparecencia se pospusiera garantizando su futura asistencia mediante un sustituto que actuaba como una especie de fiador y respondía con sus bienes y

²⁸LÁZARO GUILLAMÓN, C “La transactio en los procesos sobre delicta y crimina del derecho romano y la moderna mediación penal: reflexiones histórico-jurídicas sobre justicia restaurativa”, *Diritto @ Storia Rivista Internazionale di Scienze Giuridiche e Tradizione Romana* núm. 13, 2015, pp. 1-6 de 17.

²⁹LÁZARO GUILLAMÓN, C., “La transactio romana...”, cit., p. 178.

con su persona³⁰.

Podemos observar tras este estudio que la transacción permanece en la actualidad sin sufrir apenas cambios, aunque, tras una labor de investigación hemos podido comprobar cómo ha influido el transcurso del tiempo en esta institución.

2.2 LA FUNCIÓN DEL PRETOR

En la *transactio* era esencial la actividad del pretor, que consistía en guiar a las partes para que éstas llegaran a un acuerdo dirigiendo y gestionando el conflicto aunque sin proponer ninguna solución y ello se derivaba de su potestad jurisdiccional (que se resumía en tres palabras: *do, dico y addico*, que constituían la *tria verba solemnia*). Como hemos adelantado anteriormente, la transacción permitía poner fin al proceso durante la fase *in iure*, que se desarrollaba frente al magistrado pretor, evitando llegar a la *litiscontestatio*. Este magistrado pretor, podía favorecer el acuerdo, pero debían ser las partes quienes, a través de su propia voluntad, alcanzaran el mismo³¹.

El Digesto, recoge en varios de sus textos algunas de las obligaciones y facultades que tenía el pretor: En particular, en D. 2. 15. 8. 17 (Ulp. 5 de omn. trib.)- “Si solicitado el pretor para intervenir en la transacción, hubiese permitido que se transigiese sin entrar en cognición de la causa, la transacción no tendrá valor, pues el pretor tiene encomendada el examinar este asunto y no descuidarlo o cederlo, y si no hubiese examinado todo lo que el discurso imperial exige, es decir, la causa, valor y personas que transigen, ha de decirse que la transacción es nula, aunque hubiese investigado algo de ello”. Esto es, el pretor tenía la obligación de examinar cada asunto, su causa, valor y personas que transigen hasta el punto de que si éste no tuviera conocimiento de la causa, la transacción carecería de valor y sería nula.

³⁰FERNÁNDEZ DE BUJÁN., *Derecho privado romano*, Iustel, Madrid, 2013, pp.89 y 90.

³¹LÁZARO GUILLAMÓN, C., “El acuerdo de mediación de la Ley 5/2012...”, cit., pp. 86 y 87.

En D. 2. 15. 8. 10. (Ulp. 5 de omn. trib.) “Ha de estimarse también el valor que interviene en la transacción, por ejemplo, la cuantía de la transacción, pues también por la cuantía se estimará la admisibilidad de la transacción; y la cuantía ha de apreciarse según la edad y la salud que tenga el que transige, pues es claro que no es el mismo el modo como se transige con un niño, con un joven o con un viejo, pues es claro que los alimentos se acaban al mismo tiempo que la vida.”, como se observa, se dispone que era el pretor quien determinaba si debía admitirse o no la transacción, y para ello tenía una especial importancia la cuantía de la misma, o lo que es lo mismo, su valor. Esta cuantía variaba dependiendo de la edad y la salud de quien transigía.

Estos textos nos hacen intuir que la actividad del magistrado pretor se asemeja a la propia del mediador, lo que nos hace pensar que éste antiguo contrato de transacción en derecho haya evolucionado hasta llegar a lo que actualmente conocemos como mediación. De esta forma, a continuación veremos detenidamente los rasgos que caracterizan al magistrado pretor, y que coinciden con los rasgos del mediador:

- como hemos mencionado con anterioridad, el pretor no proponía el acuerdo, sino que únicamente facilitaba que éste fuera alcanzado por las partes en conflicto. En este aspecto la figura del mediador encaja con la del pretor, siendo el mediador el encargado de gestionar la comunicación entre las partes, pero sin proponer alternativas.
- El magistrado pretor actuaba, en rasgos generales, como un tercero imparcial al que acudían las partes para intentar lograr un acuerdo; como de igual forma las partes acuden actualmente a un tercero imparcial llamado mediador.
- También el mediador tiene el deber de derivar el caso a otro profesional cuando su función resulte insuficiente, al igual que el pretor tenía la obligación de llevar el caso ante el juez si no podía resolverlo por su cuenta.
- Ambas figuras deben conocer la causa del conflicto para ser capaces de ayudar a las partes a encontrar una solución y lograr que éstas reduzcan sus tensiones y su nivel de confrontación.

- Así como el mediador tiene la función de guiar la conformación del acuerdo, también correspondía al *officium* del pretor promover la transacción para conseguir una justicia más humana³².

2.3 LOS DERECHOS INDISPONIBLES EN LA TRANSACTIO ROMANA.

Ya en la antigua Roma, como en la actualidad, existían determinados conflictos sobre los que no estaba permitido transigir y sobre los cuales el pretor no podía actuar sino que debía trasladar la disputa ante el juez. En el Digesto se hace alusión a varios de estos derechos indisponibles:

D. 2. 15. 6 (Gai. 17 .ed.prov) “En las controversias que se derivan de un testamento, no puede transigirse ni averiguarse la verdad más que a la vista y después de aclarar las palabras del testamento.”

En este párrafo del Digesto se establece la imposibilidad de transigir más allá de lo que aparece escrito en el testamento, para lo que era necesario aclarar el contenido del mismo, lo cual guarda estricta relación con lo regulado en el libro 29 del Digesto.

D. 29. 3. 1 “Mas la razón de este Edicto es evidente; porque no se puede transigir sin juez, ni investigar ante el juez la verdad en estas controversias, que dimanasen de un testamento, de otro modo que habiéndose inspeccionado y conocido las palabras del testamento.”

En este fragmento se establece la necesidad de interpretar lo recogido en el testamento para poder, de este modo, conocer su contenido. Era necesario interpretar el testamento para poder conocer la voluntad del causante, que debía tenerse en cuenta en todo momento para que el testamento tuviera eficacia. Este era el motivo por el cual no estaba permitido transigir más allá de lo que el testamento estableciera, conociendo sus palabras (dado que si no se

³²LÁZARO GUILLAMÓN, C., “El acuerdo de mediación en la Ley 5/2012...”, cit, pp. 83 y 84.

conocían no era posible acordar puesto que no se puede transigir sobre lo que no se conoce) y respetando los derechos de terceras personas.

D. 12. 6. 23. 1 (Ulpiano: Comentarios a Sabino, libro XLIII) “Si alguno hubiere transigido después de juzgada la cosa, y pagare, podrá repetirlo por esto, porque se determinó que la transacción no era de ningún valor. Porque así lo contestó por rescripto el Emperador Antonino con su Divino Padre; pero puede retenerse y compensarse en la causa de lo juzgado lo que se pagó en virtud de tal transacción. ¿Pero qué se dirá, pues, si se hubiera apelado, ó si fuera incierto esto mismo, si se juzgó, ó si sea válida la sentencia? Es más probable que la transacción tenga fuerza; porque se ha de creer que entonces ha lugar a los rescriptos, cuando se transige sobre sentencia indubitada, que no puede ser atacada con ningún recurso.”

D. 12. 6. 23. 2 “Asimismo, si se hubiera dado en virtud de transacción sobre alimentos dejados en testamento, es claro que puede repetirse lo que se dió, porque la transacción ea invalidada por el Senadoconsulto.”

Tampoco podía transigirse sobre las cosas juzgadas, es decir, aquellas respecto a las que ya había recaído sentencia judicial firme, aunque, como podemos ver, el Digesto regula una serie de relaciones especiales para el caso de que se hubiera transigido después de haber cosa juzgada.

En estos fragmentos se hace referencia a la posibilidad de ejercer una acción de repetición en caso de haber pagado lo acordado en la transacción cuando la cosa ya había sido juzgada, ya que, como hemos dicho, eran nulas las transacciones realizadas sobre cosa juzgada. También se alude a la posibilidad de compensar lo pagado en la transacción por lo decretado en la sentencia firme.

Como aparece recogido en el texto D.12. 6. 23. 1, si se hubiera interpuesto recurso de apelación, no habría cosa juzgada, y, por tanto, sí que podría realizarse la transacción válidamente al no haber recaído todavía sentencia firme.

En relación con la posibilidad de compensación y la facultad de transigir si se hubiera apelado la sentencia, encontramos en el Digesto otros textos que ratifican lo anteriormente relatado:

D. 2. 15. 7. (Ulp. 7 disput.) “Vale la transacción incluso después de juzgado el litigio, siempre que hubiese mediado apelación o hubieses podido apelar. (1) Si un fiador hubiese sido demandado y condenado, y luego el deudor transigiere con aquél a favor del cual el fiador había sido condenado, se pregunta si vale la transacción; y creo que sí vale, como si se hubiese extinguido toda causa, tanto contra el deudor como contra el fiador. Pero si el mismo fiador, al ser condenado, transigió, aunque la transacción no extingue la cosa juzgada, sin embargo debe deducirse de la cosa juzgada lo que se dio. (2) 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, de suerte que, si puede deberse algo más a causa de los alimentos, se pague, pero se compute lo que se ha dado.”

Aunque, como recoge este texto, la transacción no extinguía la cosa juzgada, tenía que detraerse de la cantidad objeto de la cosa juzgada lo que ya se había dado por razón de la transacción.

D. 2. 15. 11. (Ulp. 4 ed.) “Después de juzgado un asunto puede hacerse transacción, aunque la apelación no se haya interpuesto, si no obstante se negare que haya sido juzgado o pueda ser ignorado si lo ha sido, porque todavía pueda subsistir el litigio.”

Tal y como menciona el anterior texto, si se desconocía si el litigio había sido juzgado o no, se podía realizar la transacción aunque no se hubiera interpuesto recurso de apelación

D. 2. 15. 8. 6 (Ulp. 5 de omn. trib.) “El discurso imperial desaprueba la

transacción que se hace con el fin de que se pueda gastar la cantidad anticipada (para dar los alimentos). ¿Qué diremos si alguno hubiese transigido sin la autoridad del pretor para que lo que se le dejó año por año lo reciba mes a mes, o lo que le había sido dejado mes a mes lo reciba día a día, o en fin, que lo que había de recibir por años vencidos lo reciba al principio de cada año? Y creo que tal transacción vale, porque con ella el alimentario mejora su condición, puesto que lo que el discurso imperial quiso fue que los alimentos no se entorpecieran mediante una transacción.” Así mismo, en el Digesto se regula como derecho indisponible los alimentos futuros, es decir, aquellos alimentos que todavía no se han percibido pero que se percibirán en un futuro.

El anterior texto mantiene que no se permitía transigir sobre alimentos futuros ya que todavía no se habían percibido y, por tanto, no se podía disponer de ellos.

D. 2. 15. 8. 9 (Ulp. 5 de omn. trib.) “Respecto a la causa, ha de investigarse cuál sea la causa de la transacción, pues el pretor no atenderá a nadie que quiera transigir sin causa...” La transacción solo afectaba a lo que se hubiera probado que se había tratado entre las partes, y, era nula toda transacción que careciera de causa.

También era nula la transacción realizada sobre cosas públicas. En principio no se permitía transigir respecto a los *crimina*, que eran los delitos públicos, en los que prevalecía el interés público y eran perseguidos por el Estado. Estaban prohibidas las transacciones que tenían como fin la absolución del reo o una rebaja de la condena, aunque sí que estaba permitido transigir sobre el asunto del pleito. Para que el acuerdo fuera posible era necesario que el magistrado otorgara la *abolitio*³³.

Nuestro actual ordenamiento, a través del Código Civil, prohíbe las transacciones sobre determinados derechos que se consideran indisponibles. Muchos de estos derechos coinciden con los mencionados en este capítulo respecto al Derecho romano, prueba de la influencia que la antigua Roma tiene todavía en la actualidad.

³³LÁZARO GUILLAMÓN, C “La transactio en los procesos...”, cit. pp. 2-9.

En el tercer capítulo estudiaremos los derechos intransigibles en la actualidad para, simultáneamente, analizar la mencionada influencia del Derecho romano en nuestro ordenamiento jurídico.

3. DERECHOS INDISPONIBLES EN EL CONTRATO DE TRANSACCIÓN

3.1. DERECHOS INDISPONIBLES EN EL ORDEN CIVIL

Como hemos ido viendo, tanto la mediación como la transacción son vías de resolución de conflictos en las que prima la voluntad de las partes, quedando el Derecho en un papel secundario y siendo los particulares quienes crean su propia *lexprivata* adaptándola a sus circunstancias. Pero, pese a prevalecer la autonomía de la voluntad, ambos contratos presentan una serie de limitaciones a dicha autonomía.

Muchas de estas limitaciones coinciden con las ya estudiadas respecto a la *transactio romana*, lo cual nos permite confirmar la integración en nuestro actual ordenamiento de los principios de la regulación jurisprudencial romana de la transacción³⁴. Como vimos, en el Digesto se hace referencia a varias limitaciones que aún en la actualidad están presentes en nuestra legislación; así, en el Digesto se alude a los alimentos futuros como derecho indisponible (D. 2. 15. 8. 6), también en nuestro actual Código Civil se hace referencia a la intransigibilidad de los alimentos futuros en el artículo 1814. En Derecho romano era nula la transacción que careciera de causa y estaba prohibido transigir más allá de lo que aparecía escrito en el testamento, igual que en la actualidad el artículo 1815 se encarga de delimitar el objeto de la transacción, limitándola a los objetos que se hubieran expresado en ella.

En la actual regulación del contrato de transacción, para poder realizar las “recíprocas concesiones” a las que alude su definición, es necesario disponer de los derechos que se pretendan transigir y tener capacidad para enajenar, que requiere capacidad de obrar plena (deben darse ambas circunstancias para que la transacción sea posible).

Respecto a la capacidad para enajenar, en los artículos 1810³⁵ y 1812³⁶ del

³⁴LÁZARO GUILLAMÓN, C., “Algunas notas sobre la eficacia de la transacción en el derecho hereditario”, Comunicación presentada al XIX Congreso Internacional y XXII Congreso Iberoamericano de Derecho Romano (Universitat de Barcelona 5 al 7 de abril de 2017), p.8.

³⁵ Artículo 1810 Código Civil: “Para transigir sobre los bienes y derechos de los hijos bajo la

Código Civil se hace una especial referencia a la misma estableciéndola como requisito esencial para transigir. En particular, el artículo 1810 exige a los *pater familias* la capacidad de enajenar los bienes y derechos de sus hijos sometidos a patria potestad para poder transigir sobre ellos en su nombre, ya que estos carecen de capacidad de obrar y, por tanto, de capacidad para transigir. En el artículo 1812 se requiere a las corporaciones con personalidad jurídica la capacidad de enajenar sus bienes para poder ser parte de un contrato de transacción, de forma que si no ostentan esta capacidad de enajenación, no podrán transigir. En resumidas cuentas lo que el Código Civil viene a exigir en estos artículos es la plena capacidad de disposición sobre los bienes y derechos objeto de controversia.

De esta forma, el acuerdo de mediación, al igual que el contrato de transacción, exige que las partes tengan capacidad para disponer de aquello que va a someterse a mediación. Es decir, para ser parte del negocio jurídico transaccional y, por tanto, del acuerdo de mediación, se requiere capacidad de obrar plena. El artículo 2.1 de la Ley 5/2012 de Mediación en asuntos Civiles y Mercantiles delimita el ámbito de aplicación de la mediación a aquellos asuntos que no afecten a derechos obligaciones que no estén a disposición de las partes según lo dispuesto en la legislación³⁷. La intervención de los menores de edad, que incluso pueden instar la mediación, sólo se producirá de forma excepcional y en casos en los que resulten directamente afectados. Principalmente existen 3 tipos de mediación en la que pueden intervenir menores: la mediación familiar, la escolar y la penal³⁸. En estos tres casos la intervención del menor no tiene efectos transaccionales desde un punto de

patria potestad se aplicarán las mismas reglas que para enajenarlos”.

³⁶ Artículo 1812 Código Civil: “Las corporaciones que tengan personalidad jurídica solo podrán transigir en la forma y con los requisitos que necesiten para enajenar sus bienes.”

³⁷ Artículo 2.1 Ley 5/2012 de Mediación en asuntos civiles y mercantiles: “

Esta Ley es de aplicación a las mediaciones en asuntos civiles o mercantiles, incluidos los conflictos transfronterizos, siempre que no afecten a derechos y obligaciones que no estén a disposición de las partes en virtud de la legislación aplicable.

En defecto de sometimiento expreso o tácito a esta Ley, la misma será aplicable cuando, al menos, una de las partes tenga su domicilio en España y la mediación se realice en territorio español.”

³⁸ Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal del menor, incluye la mediación como alternativa del proceso judicial. En concreto esta ley habla de reparación y conciliación.

vista estrictamente jurídico, sino que más bien sus resultados incorporan una vertiente psicosocial y pedagógica.

También respecto a las limitaciones a la autonomía de la voluntad ambas figuras confluyen, siendo el vínculo tal que el acuerdo de mediación, está sujeto al régimen jurídico del contrato de transacción en todo aquello que la Ley 5/2012 no regula. Ambos, acuerdo de mediación y contrato de transacción, pueden utilizarse en un proceso judicial o arbitral cuyo objeto fuera alguna de las cuestiones resueltas por éstos a través de la *exceptio*, a la que ya hemos hecho alusión anteriormente en relación con el Derecho Romano³⁹.

Así, el artículo 19.1 de la LEC regula el derecho a disponer del proceso por las partes manifestando que: “Los litigantes están facultados para disponer del objeto del juicio y podrán renunciar, desistir del juicio, allanarse, someterse a mediación o a arbitraje y transigir sobre lo que sea objeto del mismo, excepto cuando la ley lo prohíba o establezca limitaciones por razones de interés general o en beneficio de tercero.”

Existen determinados derechos de carácter intransigible por tratarse de asuntos en los que existe un interés público prevalente y que están regulados por normas imperativas que no pueden en ningún caso alterarse ni sustituirse por acuerdos de voluntades:

- Se ha avanzado antes, por lo que respecta a la tutela, que el tutor que tenga a una persona a su guarda no puede transigir sobre los derechos de ésta, tal y como dispone el artículo 1811 del Código Civil. Únicamente mediante autorización judicial podrá tener lugar la intervención del tutor. Tanto este artículo como el artículo 1810 ya mencionado anteriormente pretenden proteger a los incapaces y a los menores de las posibles consecuencias que pueda traer consigo la transacción por terceras personas en su nombre ya que éstos carecen de capacidad para transigir.
- En cuanto a la patria potestad, y en relación con lo ya antes comentado respecto al artículo 1810 del Código Civil, el artículo 166 del mismo Código prohíbe a los padres renunciar a los derechos de que sean

³⁹LÓPEZ ARGUMEDO, A. FERNÁNDEZ DE LA MELA, J M. “El acuerdo de...”, cit., p. 22-24.

titulares los hijos así como enajenar o gravar sus bienes; únicamente se exceptuará esta prohibición en caso de que el Juez lo autorice por tratarse de causas justificadas de utilidad o de necesidad, también será exigible la autorización judicial para repudiar la herencia o legado del hijo⁴⁰. Así mismo el artículo 162 del Código Civil dispone que los padres o tutores no ostentarán la representación legal de sus hijos respecto a “los actos relativos a los derechos de la personalidad que el hijo, de acuerdo con su madurez, pueda ejercitar por sí mismo (no obstante, los responsables parentales intervendrán en estos casos en virtud de sus deberes de cuidado y asistencia); aquellos en que exista conflicto de intereses entre los padres y el hijo; los relativos a bienes que estén excluidos de la administración de los padres”. Al no ostentar la representación no pueden transigir sobre estas materias ya que no pueden disponer de las mismas. Así mismo el artículo 164⁴¹ recoge las materias que se exceptúan de la administración paterna.

- El artículo 1813 del Código Civil prohíbe la posibilidad de transigir sobre la acción penal (en cambio sí que puede transigirse sobre la acción civil derivada del delito). La imposibilidad de transigir sobre la acción penal

⁴⁰ Artículo 166 Código Civil: “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.

No será necesaria autorización judicial si el menor hubiese cumplido dieciséis años y consintiere en documento público, ni para la enajenación de valores mobiliarios siempre que su importe se reinvierta en bienes o valores seguros.”

⁴¹ Artículo 164 Código Civil: “Los padres administrarán los bienes de los hijos con la misma diligencia que los suyos propios, cumpliendo las obligaciones generales de todo administrador y las especiales establecidas en la Ley Hipotecaria.

Se exceptúan de la administración paterna:

1. Los bienes adquiridos por título gratuito cuando el disponente lo hubiere ordenado de manera expresa. Se cumplirá estrictamente la voluntad de éste sobre la administración de estos bienes y destino de sus frutos.

2. Los adquiridos por sucesión en que uno o ambos de los que ejerzan la patria potestad hubieran sido justamente desheredados o no hubieran podido heredar por causa de indignidad, que serán administrados por la persona designada por el causante y, en su defecto y sucesivamente, por el otro progenitor o por un administrador judicial especialmente nombrado.

3. Los que el hijo mayor de dieciséis años hubiera adquirido con su trabajo o industria. Los actos de administración ordinaria serán realizados por el hijo, que necesitará el consentimiento de los padres para los que excedan de ella.”

se debe al carácter público de la misma, siendo el Estado el titular del *iuspuniendi*, es decir, siendo éste quien ostenta la “potestad de imponer penas y medidas de seguridad a los infractores de las normas penales que las establecen”⁴². Respecto a la acción civil que deriva del delito la posibilidad de transigir se debe al carácter privado de ésta, pudiendo la víctima incluso renunciar a la misma, ya que su objetivo es compensarla por el daño causado.

- El artículo 1814 dispone: “No se puede transigir sobre el estado civil de las personas, ni sobre las cuestiones matrimoniales, ni sobre alimentos futuros.”

El estado civil de las personas no es transigible al tratarse de materia de orden público y al ser de carácter personal e irrenunciable. De igual forma, tampoco puede transigirse sobre derechos patrimoniales derivados de un estado civil.

No se puede transigir sobre cuestiones matrimoniales en relación con la existencia o continuidad de la propia unión o lazo matrimonial. Sin embargo, cabe la posibilidad de transigir sobre materias como pensiones compensatorias o atribuciones de vivienda conyugal en casos de separación o divorcio, ya que se trata de materias sobre las que los esposos pueden disponer⁴³.

No se puede transigir sobre alimentos futuros, ya que, como ya adelantamos en el capítulo anterior, no puede disponerse de ellos porque todavía no se han percibido (aunque sí que son susceptibles de transacción las pensiones de alimentos devengadas y no pagadas⁴⁴ ya

⁴²ORTS BERENGUER, E. GONZÁLEZ CUSSAC, JL. *Compendio de derecho penal. Parte general*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 36 y 37.

⁴³ Enciclopedia Jurídica “Transacción”. Recuperado de: <http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/transaccion/transaccion.htm>. Fecha de consulta: 30/04/2017.

⁴⁴ROGEL VIDE, C. “Mediación y transacción en el derecho civil”, *Revista general de legislación y jurisprudencia*, 2009,545-565, pp.560-565.

que al haberse devengado constituyen un crédito legítimo a favor del alimentista contra el alimentante y ya forman parte de su patrimonio⁴⁵

– El artículo 816 del Código Civil dispone lo siguiente:

“Toda renuncia o transacción sobre la legítima futura entre el que la debe y sus herederos forzosos es nula, y éstos podrán reclamarla cuando muera aquél; pero deberán traer a colación lo que hubiesen recibido por la renuncia o transacción”.

En relación con la herencia futura, el artículo 1271 del Código Civil establece que pueden ser objeto de contrato todas las cosas que estén dentro del comercio de los hombres, incluso las futuras, aunque, añade que, respecto a la herencia futura, solo podrán celebrarse contratos destinados a practicar entre vivos la división del caudal.

De igual forma que no puede transigirse sobre alimentos futuros, tampoco puede realizarse transacción respecto de la legítima futura (a salvo de la división del caudal), por el mismo motivo de que no se tiene disponibilidad sobre ésta.

El objeto de la transacción aparece delimitado en el artículo 1815 del Código Civil, que limita la transacción a los objetos que se hayan expresado manifiestamente en ella o a aquellos que deban entenderse comprendidos en la misma porque se deduzca así de las palabras empleadas.

Generalmente no puede transigirse sobre lo que no se conoce, ya que no existe *res dubia*, que constituye, como ya explicamos en el capítulo 1º, elemento esencial del contrato de transacción. Además, va a ser esta *res dubia* la que va a limitar la capacidad de disposición de las partes respecto al conflicto⁴⁶.

Consecuentemente, solo cuando se tenga disponibilidad del objeto de la controversia se podrá transigir. Será el titular del derecho quien tendrá la

⁴⁵MANRESA NAVARRO, “Comentarios al Código Civil español”, Tomo XII, Madrid, Imprenta de la Revista de Legislación, 1907, p. 120.

⁴⁶LÁZARO GUILLAMÓN, C, “Algunas notas sobre...”, cit., p. 2 y 3.

potestad de limitar y disponer del objeto del proceso⁴⁷.

3.2 ESPECIAL REFERENCIA AL ORDEN PENAL

Aunque la mediación penal carece de efectos transaccionales, tal y como promulga el ya mencionado artículo 1813 del Código Civil⁴⁸, (“Se puede transigir sobre la acción civil; pero no por eso se extinguirá la acción pública para la imposición de la pena legal”)se considera relevante dotarla de un breve apartado ya que es una materia de plena actualidad en nuestros días.

El ordenamiento jurídico español recoge la mediación en el ámbito civil y de responsabilidad penal de menores, aunque, pese a no reconocerse la mediación penal en adultos, existen diversas referencias a la reparación del daño en el Código Penal.

El artículo 21.5 contempla como circunstancia atenuante la de “haber procedido el culpable a reparar el daño ocasionado a la víctima, o disminuir sus efectos, en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad a celebración del acto del juicio oral”. Esta circunstancia atenuante prevé de forma indirecta la posibilidad de transacción entre víctima y acusado para reparar el daño causado.

Así mismo el artículo 84.1 dispone que “el juez o tribunal podrá condicionar la suspensión de la ejecución de la pena al cumplimiento del acuerdo alcanzado por las partes en virtud de mediación”. El Estatuto de la Víctima, en su artículo 15, recoge los requisitos necesarios para acceder a la mediación penal:

“Artículo 15. Servicios de justicia restaurativa.

1. Las víctimas podrán acceder a servicios de justicia restaurativa, en los términos que reglamentariamente se determinen, con la finalidad de obtener una adecuada reparación material y moral de los perjuicios derivados del delito, cuando se cumplan los siguientes requisitos:

⁴⁷SAN CRISTOBAL REALES, S, “La transacción como sistema...”, cit. p. 284 y 285.

⁴⁸Artículo 1813 Código Civil: “Se puede transigir sobre la acción civil; pero no por eso se extinguirá la acción pública para la imposición de la pena legal.”

- a) el infractor haya reconocido los hechos esenciales de los que deriva su responsabilidad;
- b) la víctima haya prestado su consentimiento, después de haber recibido información exhaustiva e imparcial sobre su contenido, sus posibles resultados y los procedimientos existentes para hacer efectivo su cumplimiento;
- c) el infractor haya prestado su consentimiento;
- d) el procedimiento de mediación no entrañe un riesgo para la seguridad de la víctima, ni exista el peligro de que su desarrollo pueda causar nuevos perjuicios materiales o morales para la víctima; y
- e) no esté prohibida por la ley para el delito cometido.”

La LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, en su artículo 44 recoge las cuestiones sobre las que no se podrá mediar respecto de los asuntos relacionados con la violencia sobre la mujer, que vienen a coincidir con los derechos intransigibles que hemos estado analizando, aunque en este caso aplicados de forma específica a la violencia de género. Así, no cabrá mediación respecto a:

- filiación, maternidad y paternidad.
- nulidad del matrimonio, separación y divorcio.
- los que versen sobre relaciones paterno filiales.
- los que tengan por objeto la adopción o modificación de medidas de trascendencia familiar.
- los que versen exclusivamente sobre guarda y custodia de hijos e hijas menores o sobre alimentos reclamados por un progenitor contra el otro en nombre de los hijos e hijas menores.
- los que versen sobre la necesidad de asentimiento en la adopción.
- los que tengan por objeto la oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores.

En la mayoría de casos la mediación conduce a la transacción, de esta forma ambas figuras vienen a interrelacionarse, es por esto que se va a requerir la misma capacidad tanto para la mediación como para la posible transacción.

Así mismo los derechos calificados como indisponibles en materia de transacción también lo serán respecto a la mediación.

CONCLUSIONES

En relación con todo lo expuesto anteriormente en este Trabajo de Fin de Grado podemos extraer las siguientes conclusiones:

1. La mediación presenta distintos efectos que guardan una estrecha relación con tres caracteres a los que hace referencia el Preámbulo de la Ley 5/2012: la desjudicialización, la deslegalización, y la desjuridificación. Respecto a la desjudicialización, ésta se refiere a la solución de los asuntos por otra vía distinta a la de los tribunales, aspecto que comparte también la transacción. Se busca la solución del conflicto por una vía que se adapte de forma más completa a los intereses y necesidades de las partes. La deslegalización alude a la autonomía de la voluntad, siendo las partes quienes deciden la forma a través de la cual van a solucionar sus conflictos. Se resta de esta manera importancia a la ley de igual forma que en el contrato de transacción, en el que las partes actúan como sus propios jueces. La desjuridificación viene referida a la fuerza que tiene el acuerdo de mediación. La ley reconoce al acuerdo como título ejecutivo si el mismo es elevado a escritura pública. Podrá instarse de esta forma su ejecución ante los tribunales. Estos tres caracteres definen en grandes rasgos los dos métodos de resolución de conflictos que hemos venido tratando a lo largo de este trabajo.

2. En relación con la actual gestión de conflictos, en el Derecho Romano más arcaico podríamos asociar a dicha gestión la actividad del *pater gentis* que, asistido por los diferentes *patres familiae* del grupo gentilicio, podía solucionar cualquier tipo de conflicto surgido entre los miembros de un mismo grupo. Así mismo, y una vez expuesta la evolución de la transacción en Roma, encontramos ciertos paralelismos respecto a la antigua *transactio* romana y la actual gestión de conflictos, o lo que es lo mismo, el actual acuerdo de mediación.

3. Así como la transacción se desarrollaba en Derecho Romano frente al pretor durante la fase *in iure* con la finalidad de evitar llegar a la *litis contestatio*, también el actual acuerdo de mediación permite a las partes prescindir del planteamiento de la controversia en sede litigiosa desarrollándose ante la figura del mediador.

4. Respecto a los derechos indisponibles en Derecho Romano, el Digesto recogía una serie de materias sobre las cuales no estaba permitido transigir y que coinciden en su mayoría con las materias no susceptibles de transacción reguladas actualmente por el Código Civil. Quizá la diferencia más notable se encuentra en la posibilidad que daba el Digesto de transigir en materia penal sobre delitos de naturaleza privada, aspecto sobre el cual está prohibido transigir según apunta el artículo 1813 del Código Civil. Aunque en la actualidad la mediación penal está en vías de desarrollo, podemos observar el retroceso del derecho en determinados matices respecto al avanzado Derecho Romano.

5. El contrato de transacción consiste en la realización de recíprocas concesiones que pueden consistir en cualquier actividad siempre y cuando su finalidad sea acabar con el conflicto. Indirectamente, el acuerdo de mediación también implica la existencia de concesiones recíprocas, ya que para conseguir el mencionado acuerdo las partes deben ceder en sus posiciones y aproximarse a la posición del contrario. Por tanto, el acuerdo de mediación queda sujeto al régimen jurídico del contrato de transacción, lo cual reafirma la teoría de que el contrato de transacción y el acuerdo de mediación son la misma figura.

6. La mediación y la transacción, como formas alternativas de resolución de conflictos, ofrecen una forma más humana de resolver controversias, que lleva a que realmente la disputa se resuelva en modo que el problema no entre en escalada y quizá permita la continuidad de las relaciones entre las partes, a diferencia de los conflictos “resueltos” ante el juez, que en ocasiones no se

cierran dado que para que una parte venza el pleito es necesario que la otra lo pierda.

7. ¿Por qué la mediación como fórmula alternativa de resolución de conflictos resulta un tema novedoso en la actualidad, si hemos podido ver cómo ya en la antigua Roma se reconocía autonomía a las partes para resolver sus disputas? ¿Quizá quedó olvidada esta forma de resolución de conflictos al darse más importancia a la resolución por los tribunales? Sea como fuere, a lo largo de este trabajo hemos podido comprobar cómo, en lugar de evolucionar, en relación con determinados aspectos como las fórmulas alternativas de resolución de conflictos ya muy desarrolladas en Derecho Romano, el Derecho actual ha sufrido un retroceso.

8. Existen determinados tipos de mediación que se apartan del objeto de nuestro estudio por carecer de efectos transaccionales y por dirigirse más hacia una vertiente psicosocial y pedagógica. Hablamos de la mediación familiar, la mediación escolar que, así, no han sido objeto de análisis.

9. En sede de conflicto penal, quizá sería de utilidad el desarrollo y regulación de un sistema de mediación que, igual que existía en Derecho Romano, permitiera a las partes participar en la resolución de su conflicto penal, aunque sin sustituir la importante actividad del Estado como titular del *ius puniendi*. Actualmente se está extendiendo la mediación penal cuya finalidad principal es que, dentro del proceso penal, la víctima reciba un mayor protagonismo, y que el infractor tenga la oportunidad de repararle el daño causado. Con la oportunidad de reparar los daños provocados por el delito, se produce una mejor y más pronta integración del infractor en la sociedad.

10. En relación al valor del acuerdo de mediación, su naturaleza es contractual y, aunque elevado a escritura pública es título ejecutivo con valor de cosa juzgada, no debe equipararse a sentencia firme el acuerdo logrado en la

mediación, ya que la voluntad de las partes no debe venir a sustituir la actividad de un órgano jurisdiccional.

11. No se pretende que estas formas alternativas de resolución de conflictos lleguen a sustituir a la vía jurisdiccional, sino que únicamente se pretende descongestionarla para alcanzar una mayor economía procesal y mejorar el sistema de Administración de Justicia. La vía jurisdiccional es la que ostenta mayor legitimidad y la encargada de controlar y supervisar el funcionamiento de estas distintas vías de resolución de conflictos. Quizá entonces sería más correcto rebautizar a estas figuras como fórmulas complementarias de resolución de conflictos, ya que, como venimos diciendo, no suponen una alternativa sino más bien una ayuda o complemento.

12. Hemos podido observar cómo los derechos indisponibles en el contrato de transacción coinciden plenamente con los del acuerdo de mediación, principal motivo por el que finalmente concluimos que ambas figuras derivan, como hemos dicho, de una misma institución. Tanto en Derecho Romano como en la actualidad, lo que se pretende al calificar determinadas materias o derechos como indisponibles es impedir que pueda negociarse sobre aquello que no se conoce o sobre aquello que no se posee o sobre materias sobre las que pesa un interés público indiscutible.

13. En la mayoría de las ocasiones es la mediación la que lleva a la transacción, así ambas figuras vienen a interrelacionarse, y es por esto que se va a requerir la misma capacidad tanto para la mediación como para la posible transacción. Así mismo los derechos calificados como indisponibles en materia de transacción también lo serán respecto a la mediación.

BIBLIOGRAFÍA

BARONA VILAR, S., *Mediación en asuntos civiles y mercantiles en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

BLANCO CARRASCO, M., *Mediación y sistemas alternativos de resolución de conflictos. Una visión jurídica*, Reus, Madrid, 2009.

FERNÁNDEZ DE BUJÁN., *Derecho privado romano*, Iustel, Madrid, 2013.

GULLÓN BALLESTEROS, A., *La transacción*, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1964.

LÁZARO GUILLAMÓN, C. “La transactio en los procesos sobre delictaycriminia del derecho romano y la moderna mediación penal: reflexiones histórico jurídicas sobre justicia restaurativa”, *Diritto@Storia Rivista Internazionale di Scienze Giuridiche e Tradizione Romana*, núm. 13, 2015, 1-17.

LÁZARO GUILLAMÓN, C., “Algunas notas sobre la eficacia de la transacción en el derecho hereditario”, Comunicación presentada al XIX Congreso Internacional y XXII Congreso Iberoamericano de Derecho Romano (Universitat de Barcelona 5 al 7 de abril de 2017)

LÁZARO GUILLAMÓN, C., “El acuerdo de mediación de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de Mediación en asuntos Civiles y Mercantiles: algunas notas sobre su eficacia y efectos desde una perspectiva histórico-crítica”, *Revista Internacional de Mediación*, núm. 0, junio-diciembre 2013, 83-92.

LÁZARO GUILLAMÓN, C., “La transactio romana y el actual acuerdo de mediación”, *StudiaPrawnoustrojowe*, núm. 25, 2014, 173-188.

LÓPEZ DE ARGUMEDO, A. FERNÁNDEZ DE LA MECA, J.M., “El acuerdo de mediación”, *Diario la Ley*, núm. 8477, 2015, 1-32.

MANRESA NAVARRO, JM. *Comentarios al Código Civil español*, Tomo XII, , Imprenta de la revista de Legislación, Madrid, 1907.

ORTS BERENGUER, E- GONZÁLEZ CUSSAC, JL., *Compendio de derecho penal. Parte general*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

PÉREZ BRAVO, C., “La stipulatio. Caracterísiticas generales”, *Ars Boni et*

Aequi, núm. 5, 2009, 137-155.

ROGEL VIDE, C., “Mediación y transacción en el derecho civil”, *Revista general de legislación y jurisprudencia*, 2009. 545-565.

SAN CRISTOBAL REALES, S., “La transacción como sistema de resolución de conflictos disponibles”, *Anuario jurídico y económico escurialense*, núm. XLIV, 2011. 277-301.

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

TAMAYO HAYA, S., *El contrato de transacción*, Civitas, Madrid, 2003.

TORRENT, A ., *Manual de derecho privado romano*, Edisofer, Zaragoza, 2002.

VENTURA SILVA, S., *Derecho romano*, Porrúa, México, 2001.

PÁGINAS WEB

Enciclopedia Jurídica “Transacción” Recuperado de:<http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/transaccion/transaccion.htm>. Fecha de consulta: 30/04/2017.