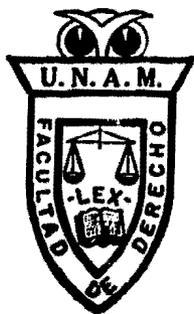


UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO
FACULTAD DE DERECHO



ESTUDIO DE LA TRANSACCION



T E S I S
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A
ALEJANDRO GARZA RUIZ

MEXICO, D. F. 1969



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

AL SR. LIC.
FERNANDO OJESTO MARTINEZ.
BAJO CUYA DIRECCION FUE POSIBLE
LA ELABORACION DE ESTE TRABAJO;
CON ESPECIAL AFECTO ADMIRACION
Y RESPETO.

A LOS SEÑORES LICENCIADOS:

VICENTE SUAREZ COLIN Y LUIS FELIPE ORDAZ CHICO.
PARA QUIENES TENGO UNA ENTRAÑABLE ADMIRACION Y
PROFUNDO AGRADECIMIENTO POR SUS INTELIGENTES -
ORIENTACIONES Y ESPECIAL AYUDA.

A MIS HERMANOS:
J. GUADALUPE GARZA RUIZ,
ADRIAN GARZA RUIZ; Y A
LA MEMORIA DE J. JESUS
GARZA RUIZ.

EJEMPLOS DE CARACTER Y
UNION.

A MI MADRE Y A MI HERMANA:
SRA. MA. DEL CARMEN RUIZ VDA.DE G.
Y SRITA. SARA GARZA RUIZ,

CON VENERACION Y CARIÑO POR SU
ABNEGACION.

PARA LA SRA.
ESTERCITA DEL RIO B.
CON GRATITUD ETERNA POR LA GENTILEZA
DE SU PERSONAL ESTIMULO APOYO Y ESTI
MACION.

A LOS COMPAÑEROS:
FERNANDO MAGROSOTO G.
DAVID HERMEO MARTINEZ.
MACARIO FLORES GRANADOS.
FRANCISCO ORTIZ H.
DAMAZO RUIZ FELIX.

A MI MADRE Y A MI HERMANA:
SRA. MA. DEL CARMEN RUIZ VDA. DE G.
Y SRITA. SARA GARZA RUIZ,

CON VENERACION Y CARIÑO POR SU
ABNEGACION.

PARA LA SRA.
ESTERCITA DEL RIO B.
CON GRATITUD ETERNA POR LA GENTILEZA
DE SU PERSONAL ESTIMULO APOYO Y ESTI
MACION.

A LOS COMPAÑEROS:
FERNANDO MAGROSOTO G.
DAVID HERMEO MARTINEZ.
MACARIO FLORES GRANADOS.
FRANCISCO ORTIZ H.
DAMAZO RUIZ FELIX.

A LA SRITA. LIC.
SARA OFELIA ESPARZA LOPEZ,
CARIÑOSAMENTE.

ESTUDIO DE LA TRANSACCION

CAPITULO PRIMERO.

DIVERSAS FORMAS DE ARREGLO DE CON - FLICTOS INTERSUBJETIVOS DE INTERESES.

1.- Formas Autocompositivas:

- a).- La renuncia;
- b).- El allanamiento;
- c).- El desistimiento;
- d).- La mediación y conciliación;
- e).- El compromiso en arbitros;
- f).- La transacción.

2.- Formas Heterocompositivas:

- a).- El juicio arbitral;
- b).- El proceso jurisdiccional.

CAPITULO SEGUNDO.

LA TRANSACCION.

- a).- Antecedentes, Derecho comparado.
Legislación Mexicana.
- b).- Su concepto.
- c).- Elementos de existencia y validez.
- d).- Consecuencias jurídicas y efectos.
- e).- Semejanzas y diferencias con otras.
figuras jurídicas.
- f).- Determinación de lo que se puede y
no transar.
- g).- Necesidad de reformar nuestro código.

CAPITULO TERCERO.

LA TRANSACCION JUDICIAL.

- a).- La transacción y su homologación.
- b).- La transacción y la cosa juzgada.
- c).- Consecuencias jurídicas.

CONCLUSIONES.

BIBLIOGRAFIA.

" ESTUDIO DE LA TRANSACCION "
PALABRAS PRELIMINARES.

El convenio de transacción forma parte del caudal exuberante de figuras jurídicas del derecho común, el cual ha sido estudiado por numerosos juristas de todos los tiempos y de todos los países por lo que se puede afirmar, sin temor a caer en exageración que han agotado casi en su totalidad el estudio de la precitada figura, sin embargo, la describiremos en el presente trabajo; porque siendo un medio pacificador en el derecho, que sin necesidad de llegar a un juicio público, previniéndolo o dándolo por terminado, ya que su fin específico es terminar con controversias presentes o prevenir las futuras, evitando una incertidumbre jurídica, creando en cambio a virtud de ella, un estado de seguridad para la convivencia de los hombres, que, quiera se o no, tienen que vivir en sociedad.

La transacción evita gastos, molestias y pérdida de tiempo que un proceso jurisdiccional ocasiona, y esto nos viene a recordar un adagio que dice: "más vale un mal arreglo que un buen pleito", por lo que nos hemos inclinado a realizar un estudio de éste tema, por lo demás, presenta una serie de problemas interesantes tales como sobre lo que se puede o no transigir, ya que nuestra Ley al respecto no es muy clara que digamos pues los supuestos que señala podríamos afirmar, son casuísticos, por lo que sería necesario determinar la naturaleza jurídica de los intereses que protege la norma, para estar en condiciones de saber lo que se puede transar y lo que no se puede transar, y, realizado esto último, qué clase de nulidad ocasionaría su violación. Por lo demás es un tema que puede aplicarse tanto a las materias civile, mercantil, laboral, etc.

Así mismo, es interesante determinar el alcance de la transacción, sus consecuencias jurídicas, sus diferencias con otras figuras, que si bien permiten solucionar un conflicto y algunas crear, extinguir o modificar una relación jurídica determinada, sus consecuencias jurídicas de unas u otras son ---

diferentes. Por otra parte, si la transacción surte efectos de sentencia pasada por autoridad de casa juzgada ¿serán los mismos efectos que cuando se realiza extraprocesalmente sin llevarse a juicio, que la que se lleva en éste? En fin, si pudiéramos dado nuestros incipientes conocimientos jurídicos, explicar satisfactoriamente cuando menos los problemas que hemos dejado esbozados, en cierta forma nos consideraríamos satisfechos.

C A P I T U L O P R I M E R O.

**Diversas formas de arreglo de con -
flictos intersubjetivos de intereses.**

1.- Formas Autocompositivas:

- a).- La renuncia;
- b).- El allanamiento;
- c).- El desistimiento;
- d).- La mediación y conciliación;
- e).- El compromiso en árbitros;
- f).- La transacción.

2.- Formas Heterocompositivas:

- a).- El juicio arbitral;
- b).- El proceso jurisdiccional.

CAPITULO PRIMERO

DIVERSAS FORMAS DE ARREGLO DE CONFLICTOS INTERSUBJETIVOS DE INTERESES.

El hombre para poder subsistir necesita de un conjunto de bienes para la satisfacción de sus necesidades, de ahí, que -- exista siempre una estrecha relación económica entre un bien y un individuo, cuya relación será determinada por un interés de otro sujeto o quizá de una colectividad, transformándose el mismo en un interés jurídico protegido por una norma, podríamos afirmar de la pluralidad de intereses y la singularidad de los bienes que en éstas condiciones deviene la controversia, el litigio.

En el campo general del derecho se afirma la utilidad de solucionar cualquier conflicto, y tenemos entre otras formas el proceso, cuya finalidad es la composición justa del litigio, pero con intervención del Estado por encima de las partes, aplicando su función jurisdiccional. La Doctrina Italiana (1) más reciente ha logrado afinar el concepto de litigio hasta entenderlo como "Conflicto de intereses calificado por la pretensión de uno de los interesados y por la resistencia de otro". Sobre esta definición, habrá litigio o conflicto siempre que dos sujetos se encuentren contrapuestos en las siguientes circunstancias:

- a).- Dos grupos de intereses;
- b).- La pretensión de quien supone tutelado su derecho;
- c).- La resistencia de quien aparece como obligado a la pretensión correlativa.

Aunque convincente, la noción Italiana adolece de serios defectos que han conducido a la complementación para evitar a mi juicio los obstáculos iniciales. Así se comienza por sostener que ese conflicto debe ser de trascendencia jurídica, porque una mera discrepancia académica no puede dar lugar a un pro

(1).- Carnelutti Francesco.- Sistema de Derecho Procesal Civil.- Traducción de Niceto Alcalá Zamora y Santiago Sentis Melendo, Tomo I, pág. 44.- Editorial UTHEA, Buenos Aires. 1944.

ceso; se añade que la oposición de los intereses no es necesariamente un conflicto, dado que existe el litigio, aunque sólo-aparezca como escueta duda sobre la procedencia de los derechos respecto a la resistencia, se debe concebir sin la calidad de violencia que normalmente se observa en el ilícito penal, de manera que bastaría un simple incumplimiento para dar lugar a cualquier clase de litigio.

Entendido así el litigio o conflicto de intereses, su solución toma formas diversas incuestionables: o es violenta o es pacífica. En las épocas más remotas se puede afirmar que prevalece la fuerza del hombre sobre el hombre, pero en una sociedad organizada primero, y el Estado posteriormente, no pueden permanecer al margen de situaciones injustas, por lo que, como dice el maestro Adolfo Maldonado (2) "Si las partes en conflicto no logran eliminar sus motivos de discrepancia, en relación con la defensa de ciertos valores protegidos no pueden ir adelante, el cual les está vedado por ser contrario a la existencia misma del estado, cuyo cometido esencial es el de mantener la paz social".

Se impone entonces, prosigue, "Una mediación entre las voluntades de las partes la que opera por la intervención de una tercera voluntad desinteresada en la controversia", y es por mandato Constitucional que se prohíbe hacerse justicia por propia mano, de ahí que se establezca un órgano jurisdiccional, para que por medio de un proceso previamente establecido diriman sus controversias, esto claro, en tanto y cuanto las partes en conflicto no lleguen a un arreglo amistoso, porque habiéndolo automáticamente queda eliminado el proceso, toda vez que a contrario de lo que acontece en la materia penal, en la civil, mientras no haya una exitativa por medio del ejercicio de la acción, el Estado se encuentra impedido para actuar supra y se está al acuerdo de las mismas, porque la voluntad de las partes es la suprema ley de los contratantes, salvo casos excepcionales de materias de las cuales no pueden disponer.

(2).- Maldonado Adolfo.- Derecho Procesal Civil.- Teoría y Legislación Federal, del Distrito y Mercantil.- Primera Edición Antigua, Librería Robredo.- 1947. pág. 48.

Ahora bien, si tenemos que por un lado las partes pueden - solucionar sus conflictos por sí mismas, así como también por me - dio de un tercero imparcial al cual por disposición de la ley o - por acuerdo de las partes tienen la función jurisdiccional, es - lógico, que la ley regule una serie de figuras que permiten solu - cionar conflictos de intereses. A este respecto existe varios au - tores, entre ellos Carnelutti y Niceto Alcalá Zamora los que nos proporcionan las formas de solucionar un conflicto.

El Tratadista Niceto Alcalá Zamora, en su obra "Proceso, - Autocomposición y Autodefensa" (3) razona que el proceso surge - de una situación extra o metaprocesal, a lo cual el autor Fran - cesco Carnelutti denomina litigio, situación que como conflicto - trascendental es susceptible de solución jurídica, mediante algu - no de los tres expedientes que son objeto de su estudio:

El Autor Francesco Carnelutti (4), que es singularmente -- más fecundo en el aspecto de la sistematización, nos parece más - explicable su exposición cuando dice, la solución del conflicto - de intereses en principio puede ser "Autocompositivo" o bien "He - terocompositivo" ello permite distinguir la composición del liti - gio que efectúan las partes de la que lleva a cabo un tercero.

FORMAS AUTOCOMPOSITIVAS:

El género designado Autocomposición y siguiendo su doctri - na, comprende varias especies, el principio de división mira de - simplicidad a la complejidad de los actos. En el primer caso se - encuentra: La renuncia, el allanamiento y el desistimiento; en - el segundo, la mediación, la conciliación, el compromiso en árbi - tros y la transacción. En cada forma, la autocomposición es indu - dablemente un poder reconocido a la voluntad de las partes para - la tutela de sus intereses y es que desde que puede prescindirse de - el tercero imparcial con jurisdicción pública o privada, la ley se remite a los interesados.

(3).- Alcalá Zamora Niceto.- "Proceso, Autocomposición y Autode - fensa.- Imprenta Universitaria, 1947, pág, 12 y sigts.
(4).- Carnelutti Francesco.- Ob. cit. pág. 197.

FORMAS HETEROCOMPOSITIVAS:

En cambio, en la heterocomposición tenemos el procedimiento arbitral y el jurisdiccional, porque en éstas instituciones ya tenemos la intervención de un tercero imparcial con jurisdicción ya sea pública o bien privada, que es el que va a decidir el conflicto.

Ahora bien, en relación al proceso público, la autocomposición queda clasificada en extraprocesal (que puede convertirse en preprocesal, si su eficacia no se discute en juicio); intraprocesal (con dos variantes: producida sólo entre partes o mediante la intervención de la autoridad judicial) y post-procesal (producida después de la sentencia firme y afectando por ello a la ejecución).

La transacción tema que en el capítulo subsecuente vamos a desarrollar con más amplitud, tiene o goza de éstas características, es decir, puede ser extraprocesal, interprocesal y post-procesal.

Una vez ya esbozadas algunas de las características de nuestro tema sujeto a examen, considerada en principio como una figura pacificadora de solucionar un conflicto de intereses, y por ende ser autocompositiva bilateral, extra, intra, y post-procesal; sin perjuicio de en su oportunidad señalar todas sus características en el capítulo siguiente, vamos a analizar someramente las subclasificaciones de las figuras autocompositivas y heterocompositivas, sin que sea nuestra pretensión agotar el estudio de dichas figuras jurídicas ya que cada una de ellas puede ser tema de tesis, además de que nos desviaría del presente tema que nos ocupa.

FORMAS AUTOCOMPOSITIVAS:

Se les denomina así a las distintas formas jurídicas en las que las partes que intervienen, convienen o manifiestan de algún modo su voluntad en el sentido de terminar con el conflicto; entre éstas formas trataremos de analizar las siguientes: La renuncia, el allanamiento, el desistimiento, la conciliación y mediación el compromiso en árbitros y la transacción.

Veamos cada una de ellas:

a).- La renuncia.

La renuncia, dejamos asentado en el inciso que nos prece - dió, que es un forma de solucionar el conflicto de intereses que quedaba enmarcada dentro de las formas autocompositivas amparada por el derecho, y es que la renuncia en principio, desde el punto de vista procesal no es más que el abandono de la pretensión-jurídica, entendiéndola como la simple afirmación de un derecho-subjetivo en juicio, mientras que desde el punto de vista subs - tancial es el medio liberatorio por excelencia, ya que implica - un acto jurídico unilateral, por virtud de cual el acreedor libe - ra al deudor de su obligación. A este respecto, dice el artículo 2209 del Código Civil "Cualquiera puede renunciar a su derecho y remitir, en todo o en parte las prestaciones que le son debidas, excepto en aquellos casos en que la ley lo prohíbe". En realidad este artículo se refiere a dos nociones diferentes: La Remisión - y la Renuncia.

En la Doctrina se discute si la Remisión es un acto jurídi - co unilateral o bilateral, Marcel Planiol (5), opina que se tra - ta de un acto bilateral, tien importancia saber si se trata de - una u otra en virtud de que si es Unilateral, desde que se hace, tiene el carácter de irrevocable y por tanto, extingue la deuda - mientras que si se trata de lo otro, el perdón puede revocarse - entre tanto las partes no celebran el convenio.

Por lo que se refiere a la renuncia, tanto en el lenguaje - usual como jurídico, nos dice el ilustre maestro Manuel Borja So - riano (6) llámase renuncia "al desistimiento espontáneo o conven - cional, de un derecho adquirido o de una garantía o de una facul - tad o ventaja patrimonial o moral, hecha por el respectivo titu - lar" la misma consideración hecha anteriormente se puede decir - de esta figura jurídica.

Nosotros creemos que se trata de un acto jurídico Unilate -

(5).- Planiol Marcel.- Tratado Elemental de Derecho Civil.- Obl - gaciones.- Traducción de José M. Cajica Jr. México. 1945 - pág. 378.

(6).- Borja Soriano Manuel.- Teoría General de las Obligaciones - Tomo II Editorial Porrúa, S. A. México, 1944. pág. 406.

ral, tal como lo considera el Tratadista Carnelutti, y que una vez hecha la declaración, extingue la obligación, y por tanto debe considerarse irrevocable, en apoyo de esta opinión tenemos lo ya expuesto anteriormente al considerar a la renuncia como una forma autocompositiva unilateral dado los términos en que el artículo 2209 del código civil lo expresa "Cualquiera puede renunciar a su derecho y remitir, en todo o en parte, las prestaciones que le son debidas".

Conforme a lo expuesto anteriormente se ha considerado a la renuncia como un medio autocompositivo para solucionar un conflicto de intereses, diremos que además de lo anterior que es una forma de extinción de una obligación que trae como consecuencia la autocomposición respectiva. En el Capítulo Segundo tendré oportunidad de diferenciar éste modo de extinción de obligaciones que con la figura de la transacción se hará.

b).- El Allanamiento.

Esta figura jurídica es otro medio como se puede solucionar el conflicto intersubjetivo de intereses, en la Doctrina es considerado como un acto procesal por excelencia, respecto de la cual podemos decir que la renuncia era el abandono de la discusión, ello se desprende de lo previsto en los artículos 274 y 404 del Código de Procedimientos Civiles, en cuanto se establecía respectivamente "Confesada la Demanda en todas sus partes o manifestado el Actor su conformidad con la contestación de ella se citará para sentencia". Y "La confesión Judicial expresa que afecte a toda demanda, engendra el efecto de obligar al Juez a otorgar en la sentencia un plazo de gracia al deudor, después de efectuado el secuestro y a reducir las costas".

El Maestro Eduardo Pallares dice: (7) "Es el acto Procesal mediante el cual el Demandado reconoce expresamente la procedencia de la acción intentada en su contra". De esta definición se observa que el allanamiento es una forma para solucionar los con

(7).- Pallares Eduardo.- Diccionario de Derecho Procesal Civi.-

Editorial Porrúa, S.A. Cuarta Edición.-México, 1963. pág. 70.

flictos, también lo es que a contrario de lo que acontece con la renuncia, el allanamiento no es un medio extintivo de una obligación sino un medio de reconocer expresamente la misma, que trae como consecuencia la solución, dentro de un proceso, de un conflicto de intereses, es decir, se pasa del estado de la duda que existía antes del allanamiento, al estado de certeza después de producida ésta lo que obliga al juez del conocimiento a dictar la sentencia correspondiente.

Sin perjuicio de lo ya expuesto, a propósito de la renuncia, cabe asegurar que el allanamiento es un acto procesal unilateral a diferencia de la substanciabilidad de la transacción que es bilateral.

c).- El Desistimiento.

El desistimiento al igual que el allanamiento es un acto procesal que pone fin a los conflictos de intereses pero solo cuando se trata de desistimiento de la acción porque si se trata del desistimiento de la instancia que nuestra ley lo determina como desistimiento de la demanda, es, podríamos afirmar momentáneamente. Puesto que mientras que no se prescriba la acción podrá, intentarse un nuevo proceso al travez de otra demanda.

El Desistimiento de la acción nos dice el Maestro Eduardo Pallares (8) "Equivale a la renuncia o extinción del Derecho que se hizo valer mediante ella", de acuerdo con éste concepto claramente se nota que no puede haber una definición uniforme para éste término toda vez que es preciso aclarar que puede existir desistimiento de la acción, en vista de que para la ley son sinónimos acción y derecho; desistimiento del juicio o de la instancia implica la del conjunto de actos procesales ya realizados, en ésta renuncia del juicio ya iniciada, el Actor se reserva el derecho de iniciar otro juicio por ese mismo motivo; y, desistimiento de un acto procesal concreto, verbigratia, de la declaración de un testigo, de una confesión de un recurso etc. casos en que no se abandonó, ni el derecho ni la acción ni del juicio iniciado sino de un acto procesal concreto.

(8).- Pallares Eduardo.- Ob. cit. pág. 236.

Al plantear el problema de la naturaleza del desistimiento el autor Uruguayo Eduardo Couture (9), manifiesta si es un acto Unilateral o Bilateral advirtiendo que para la ley procesal de su país existen ambos, solución que no implica realmente contradicción, para aclarar la cuestión explica que el desistimiento abdicativo sólo puede significar que del derecho del actor sólo él dispone, pero del derecho del demandado quién dispone es a su vez el propio demandado. Por tanto existe desistimiento Unilateral, cuando se dispone de la acción en causa civil, esto significa lo que el llama desistimiento abdicativo, el Bilateral, logrado por acuerdo: es una transacción situación o Doctrina que considero es aplicable a nuestra ley procesal dado lo expresamente previsto en el artículo 34 de nuestra ley adjetiva que dice "El desistimiento de la demanda solo importa la pérdida de la instancia y requiere el consentimiento del demandado. El desistimiento de la acción extingue ésta aún sin sentirlo el rec^o". En todos los casos el desistimiento produce el efecto de que las cosas vuelven al estado que tenían antes de la presentación de la demanda y obliga al que lo hizo a pagar las costas y daños y perjuicios a la contraparte, salvo convenio en contrario.

En consecuencia el desistimiento de la acción como de la instancia desde el punto de vista procesal, tiene como efectos la extinción del proceso en tanto que desde el punto de vista material el desistimiento de la acción viene a ser una forma que extingue la obligación y soluciona el conflicto de intereses, y es que, quién se desiste de la instancia quiere abandonar el proceso en particular, en tanto quién se desiste de la acción desea terminar el conflicto.

d).- La Mediación y conciliación. r

En la especie de la autocomposición se encuentra la conciliación, que al decir del tratadista Carnelutti (10), tiene la estructura de la mediación, ya que se traduce en la intervención (9).- Couture Eduardo.- Fundamentos de Derecho Procesal Civil.- Tercera Edición (póstuma).- Roque de Palma, Editor Buenos-Aires. 1958. pág.

(10).-Carnelutti Francesco.- Ob. cit. pág. 263.

Al plantear el problema de la naturaleza del desistimiento el autor Uruguayo Eduardo Couture (9), manifiesta si es un acto Unilateral o Bilateral advirtiendo que para la ley procesal de su país existen ambos, solución que no implica realmente contradicción, para aclarar la cuestión explica que el desistimiento - abdicativo sólo puede significar que del derecho del actor sólo él dispone, pero del derecho del demandado quién dispone es a su vez el propio demandado. Por tanto existe desistimiento Unilateral, cuando se dispone de la acción en causa civil, esto significa lo que el llama desistimiento abdicativo, el Bilateral, logrado por acuerdo: es una transacción situación o Doctrina que considero es aplicable a nuestra ley procesal dado lo expresamente previsto en el artículo 34 de nuestra ley adjetiva que dice "El desistimiento de la demanda solo importa la pérdida de la instancia y requiere el consentimiento del demandado. El desistimiento de la acción extingue ésta aún sin sentirlo el rec^o. En todos los casos el desistimiento produce el efecto de que las cosas vuelven al estado que tenían antes de la presentación de la demanda y obliga al que lo hizo a pagar las costas y daños y perjuicios a la contraparte, salvo convenio en contrario.

En consecuencia el desistimiento de la acción como de la instancia desde el punto de vista procesal, tiene como efectos - la extinción del proceso en tanto que desde el punto de vista material el desistimiento de la acción viene a ser una forma que - extingue la obligación y soluciona el conflicto de intereses, y - es que, quién se desiste de la instancia quiere abandonar el proceso en particular, en tanto quién se desiste de la acción desea terminar el conflicto.

d).- La Mediación y conciliación. r

En la especie de la autocomposición se encuentra la conciliación, que al decir del tratadista Carnelutti (10), tiene la estructura de la mediación, ya que se traduce en la intervención (9).- Couture Eduardo.- Fundamentos de Derecho Procesal Civil.- Tercera Edición (póstuma).- Roque de Palma, Editor Buenos-Aires. 1958. pág.

(10).-Carnelutti Francesco.- Ob. cit. pág. 263.

de un tercero entre los portadores de los dos intereses en conflicto, por objeto de inducirlos a la composición contractual.

La mediación, afirma, no desaparece por el hecho de que el conflicto tenga la fisonomía de un litigio, porque la función mediadora, es sobremanera activa en el campo de la transacción. La nota diferencial entre las dos formas de actividad está en la finalidad puesto que la mediación persigue una composición contractual cualquiera, sin preocuparse de su justicia, mientras que la conciliación se encuentra en medio de la mediación y la desci -- ción. Posee la forma de la primera y substancia de la segunda.

Si acudimos a nuestro régimen jurídico, nos encontramos, -- por ejemplo, con la mediación como acto de comercio definido en la fracción XIII del artículo 75 del Código de Comercio.

Son los corredores, de acuerdo con las atribuciones que -- les fija el artículo 51, los auxiliares del comercio competentes para intervenir en el ajuste de contratos (además de hacerlo en proposición y otorgamiento de ellos), componiendo el conflicto actual o en potencia por obra del convenio entre partes, cuando las cuestiones que contengan las diferencias como precio y calidad de los objetos.

El maestro Eduardo Pallares (11) al comentar la definición que nos da el diccionario sobre conciliación y que se define "La avenencia que sin necesidad de juicio de ninguna clase, tiene lugar entre partes que desisten acerca de sus derechos en un caso concreto y de los cuales una trata de entablar un pleito contra la otra", está de acuerdo con ella, porque puede haber conciliación aún cuando las dos partes quieran demandar mutuamente y por que algunas legislaciones permiten la conciliación, aún ya promovido el juicio.

La figura jurídica de la conciliación podemos afirmar, que es antiquísima pero sólo toma fisonomía a partir de la Edad Media en países como Francia y España, se declaró obligatorio intentar la como requisito previo a todo juicio.

(11).- Pallares Eduardo.- Ob. cit. pág. 154.

En nuestro orden jurídico y conforme al código procesal de 1872 (12), se reguló la conciliación como requisito previo en su artículo 429 y siguientes es decir, para llegar al proceso era necesario agotar la función conciliadora, derogada posteriormente por nuestra ley vigente, sin embargo no por ello se piense -- que no tiene cabida en nuestro tiempo, solo se le quitó el que -- fuera considerada como requisito previo al proceso, y por tanto puede presentarse antes de él o en el mismo.

En nuestro derecho, sólo se exige la conciliación previa - en los juicios de carácter laboral, establecida por el artículo-123 Constitucional. El nombre mismo de nuestras Juntas de Conciliación y Arbitraje hacen referencia a ella, regulada en los artículos 500 y siguientes de la ley Federal del Trabajo, sin que esto haga olvidar entre otros casos, la conciliación a que alude el artículo 675 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito y Territorios Federales.

Importa señalar a reserva de hacerlo en el capítulo si --- siguiente con más amplitud, la diferencia primordial entre ésta figura y la transacción, pues si bien es cierto que las dos formas son autocompositivas y que pueden solucionar un conflicto de intereses la última requiere en su estructura el que hayá sacrificios recíprocos de intereses de ambas partes que se encuentran en conflicto, en lo concerniente a los derechos o pretensiones - sobre los que disputan; en cambio, en la primera no exige dicho sacrificio.

e).- El compromiso en árbitros.

Esta figura también permite terminar las diferencias entre particulares no por el ejercicio de una jurisdicción, sino por el solo acuerdo de los interesados, es por ésta razón por lo que hemos enmarcado dentro de las formas autocompositivas de arreglo de conflictos de intereses y no dentro de las heterocompositivas en la que hemos puesto en el proceso arbitral, que si es de la naturaleza de la última figura, porque en él, un tercero con jurisdicción (12).- Zayas Pablo.- Tratado Elemental de Procedimientos en el - Ramo Civil. México. 1872. pág. 7 y sigts.

jurisdicción va a resolver el conflicto. Esto es, por medio del -- compromiso en árbitros se soluciona podríamos afirmar mediatamente el conflicto, en tanto que, por medio del arbitraje se soluciona inmediatamente.

El problema en mi sentir es que sin ver éstas distinciones se ha querido ver en el arbitraje una forma contractual de solución de un conflicto, tomando como base el compromiso en árbitros, olvidando que si bien éste es contractual no lo es el arbitraje, que es netamente procesal, tomando en consideración, la función sea el elemento al que se otorgue mayor importancia y se haga prevalecer, se sostiene la naturaleza jurisdiccional o contractual del arbitraje.

Al analizar dentro de las formas heterocompositivas el proceso arbitral, una vez analizadas someramente las teorías con -- tractualistas y jurisdiccionalistas, ahí destacaremos el porqué pensamos se trata de una forma heterocompositiva jurisdiccional de resolver un conflicto de intereses, bástenos decir desde ahora que el compromiso en árbitros es un contrato por el cual se crea, modifica, transfiere o extingue una relación jurídica de -- terminada. Esta afirmación no se ha tomado al azar sino fundado -- en lo que al efecto nos dice el Doctor Humberto Briseño Sierra -- (13), en su artículo publicado en el Boletín de derecho Comparado en el que analizar las diferencias que existen en las teorías concluye diciendo "En efecto los convenios que producen o transfieren las obligaciones y derechos, toman el nombre de contratos expresa el artículo 1793 del Código civil y se dividen en Unilaterales y Bilaterales, Onerosos y Gratuitos, Conmutativos y Alegatorios, según los artículos 1835 a 1838 del citado ordenamiento. Si el compromiso crea y modifica obligaciones no sólo entre las partes litigantes, sino entre ellos y el árbitro parece preferible hablar de convenio o acuerdo" Y es que en realidad el compromiso en árbitros que en efecto es contractual viene a ser la base, el fundamento, la estructura del arbitraje que si es jurisdiccional.

(13).- Briseño Sierra Humberto. Boletín del Instituto de D. Comparado de Méx. Enero 1962 No. 43, Mex. pág. 30.

Al considerar la doctrina tanto extranjera como Mexicana, - el compromiso como un contrato éste podrá celebrarse en ~~escritura~~ pública, privada o en acta levantada ante el juez cualquiera que sea la cuantía respecto de esto, en otras legislaciones como la Alemana, aún cuando por lo general se celebre el compromiso por medio de contrato, también se puede hacer mediante testamento en Estatutos de una Sociedad o de una fundación (14) y (15).

El compromiso siendo un contrato civil, se rige (16) como dice Robert, cita hecha en su estudio por el Maestro Brisño Sierra por las reglas generales de los contratos y especiales del Código de Procedimientos Civiles, del mismo pensar es el maestro Hugo Alsina al decir, (17) "Se llama compromiso porque las partes se obligan a pasar por lo que decidan los árbitros y es portanto, como ya hemos dicho, un contrato regido en cuanto a sus requisitos (consentimiento, capacidad, objeto) por el código Civil y en cuanto a sus efectos por el código de procedimientos civiles".

Ahora bien, es necesario dejar plasmada una definición, -- que nos proporcione todos los elementos componentes de los que es el compromiso y nadie mejor que el ilustre maestro Eduardo Pallares para definirlo y que lo hace de la siguiente manera "Compromiso arbitral es el contrato que celebran las personas que -- tienen un litigio y por el cual se obligan a no acudir a la jurisdicción ordinaria para la descisión del litigio, sino someterlo al conocimiento de jueces árbitros" (18)

- (14).- De Pina Rafael, José Castillo Larrañaga.- Instituciones de Derecho Procesal Civil.- 5a. Edición.- Editorial Porrúa, S. A. México, D. F. 1961. pág. 408.
- (15).- Kisch. W.- Elementos de Derecho Procesal Civil.- Edito -- rial Revista de Derecho Privado.- Madrid, 146. pág. 410.
- (16).- Brisño Sierra Humberto.- Ob. cit. pág. 37.
- (17).- Alsina Hugo.- Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial.- Editorial Buenos Aires, Argentina 1943, Tomo III. pág. 806.
- (18).- Pallares Eduardo.- Diccionario de Derecho Procesal Civil.- Editorial Porrúa S. A. 1956.- pág. 368.

f).- La Transacción.

Otra figura más considerada como autocompositiva, de naturaleza bilateral al igual que la mediación y el compromiso en árbitros, lo es la Transacción, ésta, que será tratada a fondo en los capítulos subsecuentes por ser materia de nuestro trabajo, adelantaremos sin embargo, algunas consideraciones previas referidas a lo que hemos enmarcado como otra de las formas de solución de conflictos de intereses.

La transacción por ser bilateral, ya desde la ley tiene -- significado de convenio, de acuerdo de voluntades, que pone fin a un litigio ya sea pasado, presente o futuro. Si se exige el -- acuerdo de las partes se supone la voluntad de terminar el conflicto, que sería el objeto directo e inmediato del convenio. Es la voluntad, no los términos de la transacción, (objeto indirecto o mediato) lo que acaba con las diferencias, y por ser voluntaria, la transacción, es compositiva verdaderamente.

La transacción, como acuerdo de voluntades que siempre es de naturaleza substancial está sujeta (puede ser) a las contingencias de los convenios, especialmente a su cumplimiento, pero hay que tener en cuenta dos corolarios: La que se lleva a cabo -- extraprocesalmente, de la que se lleva al proceso, cuando se realiza en éste es considerada como una forma anormal de terminar -- el proceso, pero a la vez de decidir el litigio, cosa distinta -- de lo primero, ya que puede haber litigio sin que necesariamente surja el proceso, pero no éste último sin el litigio. Considerada la transacción desde el punto de vista procesal, no obstante su naturaleza substancial por tanto, tiene efectos dentro y fuera del proceso.

En el primer caso constituye ya hemos afirmado una forma -- de extinguir el proceso, mientras que en el segundo, al no ser -- solicitada por las partes la intervención judicial, lógicamente -- no produce la extinción de aquél, pero en cambio, si puede dar -- lugar a la "excepción de cosa terminada por transacción" sobre -- la cual puede incluso provocarse un pronunciamiento de declaración de certeza del Juez, según lo sostiene Enrico Redenti, *disce*

(19), Sin embargo la transacción extraprocesal así la ley disponga que se iguala a la sentencia, no justifica tal parangón por que la transacción en mi sentir no en todos los casos posee fuerza de cosa juzgada, la cual sólo la tiene entre las partes transigentes, pero no como la verdadera y propia sentencia que si tiene efectos e inclusive oponibilidad con relación a terceros que no litigaron.

La transacción cuando se desplaza al proceso, es decir la que se pacta en un proceso pendiente al cual las partes tratan de ponerle fin sería difícil que de ella pudiera emerger un nuevo proceso sobre la misma controversia, por estar sancionado el objeto materia del litigio por la autoridad judicial, a más de que sí influye aquélla sobre la marcha del proceso.

Mientras que la transacción extraprocesal por el contrario en el sentido aquí cuestionado tiene menos alcances que la procesal, porque sólo cumple con una de sus primeras funciones o sea poner fin a una controversia presente (aún no desplazada al proceso), pero la de evitar la provocación de un pleito futuro, sería una función que resulta a todas luces opinable porque muchas veces no puede evitarlo. Sin embargo, cuando no llega a suceder así, la transacción se constituye en "un verdadero sustitutivo de la jurisdicción", como lo sostiene con todo acierto Zanzuchi (20).

En ambos supuestos por ser la transacción de naturaleza -- sustancial se caracteriza además, porque las partes se hacen mutuas concesiones (aliquo dato, aliquo retente). Para Carnelutti (21), sobre el cual estamos de acuerdo, la transacción es "el acuerdo (negocio complejo) bilateral mediante el cual cada uno de los contratantes dispone de la propia situación jurídica; para que medie transacción por tanto, cada una de las partes debe dar y a su vez retener algo. Sus límites con pues, la renuncia (total) a la pretensión propia y el reconocimiento (también total) a la pretensión ajena. Por lo que la transacción se encuentra a

- (19).- Redenti Enrico.- Derecho Procesal Civil.- Ediciones Jurídicas Europa-América.- Buenos Aires 1957.- Traducción de Santiago Sentis Melendo y Marino Ayerra Redin pág. 496.
 (20).- Cita de Becerra Bautista José.- "El Proceso Civil en México". México 1965.- Pág. 357.
 (21).- Carnelutti Francesco. Instituciones del Proceso Civil -- página 199.

juicio del tratadista mencionado en medio de las dos, que hace - distinguir éste medio de la solución de conflictos con cuales -- quiera otra figura jurídica semejante, ya en capítulos subsecuen- tes como hemos dicho analizaremos esta figura jurídica con más - amplitud, habiendo dejado asentada solo como un medio de solu- -- ción de conflictos.

FORMAS HETEROCOMPOSITIVAS:

a).- El juicio arbitral.

Esta figura jurídica regulada por la ley para que los suje- tos en conflicto diriman sus controversias, queda encuadrada den- tro de las formas heterocompositivas de solución, toda vez que - si bién las partes designan a un tercero ajeno a la relación ju- rídica para decidir el conflicto, también lo es que éste tercero tanto por disposición de la ley como de los interesados le dan - precisamente jurisdicción para resolverlo.

En relación tanto con el procedimiento arbitral como el -- laudo en sí, los jurisconsultos más renombrados se debaten en de- terminar la naturaleza jurídica del arbitraje, pues en tanto que unos sostienen la teoría contractualista otros se van por la ju- risdiccionalista.

Los que funda la naturaleza jurídica tanto del árbitro co- mo del arbitraje, esto es, el procedimiento, dicen que éste es - regulado por las partes y que el árbitro no es funcionario del - Estado; que no tienen jurisdicción propia ni delegada, no actúa- la ley, no la ejecuta; que sus facultades derivan de la voluntad de las partes, pero no ejecuta. El Estado convierte en ejecución el laudo mediante un acto de un órgano jurisdiccional propio, es- te acto respeta la naturaleza privada del laudo en sus orígenes- y en su exterioridad, pero asume su contenido propio. (22).

Los que se basan en la teoría jurisdiccionalista, manifies- tan en sus diversos matices que van desde la equiparación entre- el árbitro y el juez profesional, hasta el simple reconocimiento de carácter de fallo judicial al laudo emitido por los árbitros,

(22).-Chiovenda Giuseppe. Instituciones de Derecho Procesal Ci- vil Tomo I Revista de Derecho Privado. Madrid 1954 pág. 91

ofrece una amplitud de contenido que hace difícil la clasificación de las distintas manifestaciones. Hay quienes piensan y sostienen que el oficio jurisdiccional de los árbitros se confiere con beneplácito del Estado, no por voluntad de las partes. Los árbitros son jueces, pero lo son, no porque las partes lo hayan designado, sino por que el Estado ha conferido este carácter a las personas designadas por las partes, no niega el carácter de compromiso, ni tampoco prescindien de él porque es ahí en donde encuentra el origen próximo de la potestad jurisdiccional (24).

Por su parte los maestros Rafael de Pina y Castillo Iarrañaga (25) nos dicen: El arbitraje es considerado por algunos procesalistas como una institución de carácter privado, en atención al origen (compromiso) que es la voluntad de las partes. Este error depende de la falta de distinción entre el impulso que lo determina y el fin. Las partes renuncian en el compromiso, al reconocimiento de una controversia por la autoridad judicial; pero no a la resolución justa del conflicto de intereses que ella supone.

De las dos teorías expuestas, nosotros nos adherimos a la segunda, dado que confirma la regulación seguida por nuestra legislación procesal civil que fundamenta perfectamente la naturaleza jurisdiccional de la función de los árbitros, aún cuando la tengan limitada.

Colocamos al juicio arbitral dentro de las formas heterocompositivas toda vez que es un tercero ajeno al conflicto y con jurisdicción conferida tanto por las partes como por la ley para resolverlo.

El hecho de que el árbitro no ejecute sus resoluciones, si no que son pasadas para tal efecto al juez de primera instancia, no por ello pierden el carácter jurisdiccional que tienen.

El laudo dictado por los árbitros no requiere ratificación

(24).- Ottolenghi A. Revista de Derecho Procesal.- Tomo I, pág.- 163, Compañía Argentina de Editores, S. R. L. 1943.

(25).- De Pina Rafael, José Castillo Iarrañaga. Ob. cit. pág 52

por el juez ordinario, sino que éste tiene únicamente facultades para ejecutarlo, sin que pueda revocarlo, modificarlo, o nulificarlo; o sea, que no se requiere en nuestra legislación la homologación de dicho laudo. Al hacer notar que los árbitros carecen de imperio para ejecutar sus propias resoluciones se demuestra que sí tienen facultades para conocer, tramitar, y decidir, las cuales son limitadas en lo concerniente a la materia del juicio como se desprende de lo establecido por los artículos 632 y 633 del Código de Procedimientos Civiles.

Como medio de terminar una controversia sin la intervención de los tribunales ordinarios de justicia, podría asemejarsele a la transacción, pero sus diferencias son notorias, la transacción termina contractualmente el litigio, sin juicio, concluyendo el que se ha iniciado o evitado el que se pueda iniciar, -- mediante un arreglo de las partes, en ella no puede haber juicio puesto que le falta el Tribunal. El arbitraje en cambio, es precisamente un juicio que tiene por objeto resolver un litigio, -- mediante la decisión de un tribunal. La transacción puede recaer sobre un litigio actual o futuro; el juicio arbitral como todo juicio, requiere esencialmente un litigio actual; en la transacción se elimina la incertidumbre de la relación jurídica, mediante concesiones recíprocas de cualquier clase que se hagan las partes; en el arbitraje no es recíproca la concesión porque no existe, el árbitro debe fallar el litigio conforme a derecho. equidad y en consecuencia puede acoger totalmente las peticiones de una parte y rechazar en absoluto las de la contraria, por otra parte si bien por medio del compromiso en árbitros podría decirse que hay una renuncia (conocimiento del litigio por una autoridad ordinaria), en ella como acertadamente lo manifiestan -- los tratadistas mexicanos no renuncian a la resolución justa del conflicto de intereses que la presuponen.

b).- El Proceso Jurisdiccional.

Al iniciar el presente capítulo dejamos que ibamos a hablar de las formas Autocompositivas y Heterocompositivas en forma somera sin que fuera nuestra intención agotar el tema exhaustivamente.

te toda vez que cada una de las figuras analizadas podía ser tema de tesis a mayor abundamiento porque nos desviaríamos del tema que nos va a ocupar en líneas adelante, por lo que solo he pretendido explicar dichas figuras como formas posibles de solucionar el conflicto de intereses, sobre todo ubicar el tema de la transacción como una forma autocompositiva bilateral substantial que bien puede ser preprocesal, interprocesal y post-procesal.

Sentando lo anterior, vemos que otra forma heterocompositiva de solucionar conflictos de intereses lo es el proceso jurisdiccional, pero debemos aclarar que cuando las partes llegan a él, lo es porque no han podido solucionar por sí su conflicto, su litigio. En tal virtud es necesario que un tercero imparcial decida las pretensiones de los litigantes pero para esta decisión se requiere de un juicio, de un proceso en el cual en igualdad de circunstancias diriman sus controversias y esto es precisamente el proceso jurisdiccional, en el que entre otros principios existen la bilateralidad tanto de la instancia como de la audiencia, como acertadamente lo explica el tratadista Briseño Sierra (26) Al manifestar que la bilateralidad de la audiencia responde a la dualidad de prestaciones y es lo que justifica la naturaleza de la sentencia, pero para que el proceso se configure, es necesario la bilateralidad de la instancia, el doble juego: acción y reacción.

Por otra parte, sobre el proceso se han dado infinidad de teorías y definiciones las cuales han tratado de explicarlo, pero nosotros para los fines de éste capítulo lo veremos atendiendo al fin teleológico que con el mismo se persigue, no vamos a explicar las diferentes teorías existentes para evitar desviar nos del tema principal, sin embargo debemos decir que al proceso se han atribuido dos fines, uno próximo y otro remoto (27), en relación con el segundo los jurisconsultos están de acuerdo en que consisten en evitar que los particulares se hagan justicia por sí mismos y como consecuencia se perturbe la paz social, el mismo está en concordancia con lo expuesto por el artículo 17 -- Constitucional. En tanto que respecto del primero no se han pues

(26)- Briseño Sierra Humberto.- Ob. cit. pág. 78

(27)- Pallares Eduardo.- Diccionario. Ob. cit. pág. 598.

to de acuerdo, mientras que unos le otorgan como finalidad la — actuación concreta de la ley (objetivo), otros hacen consistir — dicha finalidad como la de hacer efectivos los derechos subjetivos cuando son violados o desconocidos o cuando existe el temor de que lo sean en lo futuro (subjetivo).

En mi sentir si lo que el proceso va a decidir es un litigio, una controversia, nadie más que el profesor Italian Francesco Carnelutti, que con su doctrina nos explica que la finalidad del proceso no consiste en otra cosa que no sea la composición, pero la composición justa del litigio para que mediante ella se logre la paz social buscada.

C A P I T U L O S E G U N D O .

L A T R A N S A C C I O N .

- a).- Antecedentes, Derecho comparado.
Legislación Mexicana.
- b).- Su concepto.
- c).- Elementos de existencia y validez.
- d).- Consecuencias jurídicas y efectos.
- e).- Semejanzas y diferencias con otras
figuras jurídicas.
- f).- Determinación de lo que se puede y
no transar.
- g).- Necesidad de reformar nuestro código.

CAPITULO SEGUNDO

LA TRANSACCION

a).- Antecedentes históricos; Derecho comparado, legislación mexicana.

Quien quiera abordar un tema jurídico sea de cualquier naturaleza, es necesario que tendrá que empezar por realizar una visión retrospectiva, es decir un enfoque histórico, Ya Aristoteles decía en sus lecciones sobre la vida positiva, "Ni aquí ni en -- parte alguna llegaremos a ver bien el interior de las cosas a menos que las veamos crecer de sus comienzos", por ello es conveniente aunque en forma somera hacer una referencia histórica al Derecho Romano, prolijo en instituciones jurídicas, y aquí se encuentra el antecedente histórico más completo de nuestro tema, -- conservándose aún muchos de sus principios en todas aquellas legislaciones cuya fuente ha sido el derecho Romano, como la nuestra.

En el derecho Romano, la transacción era una convención -- por el cual las partes regulaban la existencia de un derecho incierto mediante recíprocas concesiones.

Este convenio recibió gran impulso gracias a la acción conciliadora de las episcopales audientiae (recuerdese indica el -- maestro Guillermo F. Margadant, (28), que los cristianos preferían la mayor parte de las veces, someter sus controversias a -- los obispos, antes que recurrir a las autoridades civiles.

La transacción exigía como condiciones especiales (29), vease como algunas se conservan en nuestro sistema jurídico mexicano.

1.- Las partes debían tener capacidad para enajenar ya que las partes por la transacción, enajenaban o prometían enajenar -- una cosa o un derecho.

28).- Margadant S. Guillermo F.- Derecho Romano.- Como introducción a la cultura jurídica contemporánea.- Tercera edición Editorial Esfinge, S. A. México, D. F. 1968. pág. 414.

(29).- Maynez Carlos.- Curso de Derecho Romano.- Traducido por D. Antonio José Pou y Ordinas.- Tomo 11 Barcelona 1887. pág. 415

2.- El negocio que se quería terminar o prevenir, debe ser litigioso (res litigiosa) o al menos dudoso (res dubia), de otro modo se trataba de una donación o una ratificación.

3.- También era esencial que hubiera concesiones recíprocas ya que de lo contrario sería una donación, una concesión unilateral sin contraprestación, esto es, era preciso que cada parte hiciera un sacrificio, sea que una y otra renunciaran a una parte de los derechos que eran las prestaciones respectivamente, sean que una solamente renuncie y la otra se obligue a hacer otra prestación en cambio, porque como se ha apuntado, una renuncia sin recompensa, sin contraprestación constituía una liberalidad y no una transacción.

Hemos visto que para los romanos la transacción era un convenio, que necesitaba para su existencia la concurrencia de voluntades, sin embargo, no venía a ser civilmente obligatoria, de ahí que lo revistieran de los más diversas solemnidades, pues los efectos de la transacción y su obligatoriedad provenían no de los términos de la transacción sino del pacto, por lo que se le daba la forma de una estipulación recíproca, de donde para su complemento se les concedió a los romanos "la accio in stipulatio" (30). No obstante la forma más usada nos explica Carlos Maynz era la del simple pacto, que sin producir acción podía tener eficacia en las siguientes maneras.

a).- Cada parte era libre de dar al pacto el carácter de un contrato real por ejemplo, ejecutando por su lado lo convenido, lo que daba la acción denominada prescriptis verbis, para perseguir contra el adversario la prestación convenida; o bien "la condictio causa data causa non secuta" para la repetición de lo que se había dado, en el caso de que la otra obrase contra la transacción.

b).- Otro medio muy usado de darle a la transacción eficacia, consistía en agregarle una stipulatio penae para darle indirectamente fuerza cabal al simple pacto o para el efecto de que si una parte no cumplía con lo convenido, su contraparte además a la pena estipulada podía exigir el cumplimiento de la transacción.

(30).- Maynz Carlos Ob. Cit. Pág. 627.

c).- Por último para garantizar el cumplimiento del convenio se acudía al juramento promisorio, que tenía un aspecto eminentemente moral y solo efectos civiles consistentes en infamia y pérdidas de los derechos que por la transacción le correspondía a aquel que faltaba a su cumplimiento.

Para los romanos la transacción a virtud de los efectos analizados era o constituía una ley para las partes y, por tanto, terminaban la controversia dándole entonces los efectos de cosa juzgada.

En principio la no ejecución de la transacción de parte de uno de los contratantes no es una causa de rescisión del convenio, a menos que se pactara expresamente que fuera rescindible. En caso contrario se le podía exigir su cumplimiento y subsidiariamente los daños y perjuicios.

Por lo que respecta a la nulidad no podía serlo por que posteriormente resultaren documentos nuevos, si no ha habido mala fe, pero podía ser declarada nula por causa de error o de violencia, pero si el error era esencial, entonces la transacción era inexistente, *verbi gratia*, en el caso de un testamento nulo sobre el cual transigían las partes interesadas, ignorando esta característica, era inexistente porque los interesados consideraban como exactos los hechos que les habían orillado a la transacción y en realidad estos hechos no existían.

Derecho Comparado.

La transacción en el derecho comparado, por ejemplo en el francés, se encuentra regulado en los artículos 2044 al 2059 del Código Civil francés.

La transacción es definida en el artículo 2044 en la siguiente forma "La transacción es un contrato por el cual las partes ponen término a un litigio ya nacido o previenen un litigio por nacer".

La definición expuesta es en cierta forma criticable e insuficiente; toda vez no nos da las características propias y exclusivas de la transacción tales como renuncia recíproca de las partes o sea ese sacrificio mutuo que ellas hacen de sus pretensión y que la hace distinguir de la simple renuncia, de la remisión de deuda, del desistimiento y en fin de otra figura

que como la transacción ponen término a un litigio o previenen uno futuro.

El legislador francés omitió en mi sentir el elemento - por el cual podemos diferenciar a la transacción de esas otras figuras afines, esto es, el elemento que constituye las recíprocas concesiones que las partes se hacen para poder poner fin o prevenir litigios.

La idea de que la transacción es un contrato tiene su punto de partida en el artículo 2044 del Código francés que lo define como tal, ya tendremos oportunidad de analizar su concepto y determinar si se trata de un contrato o de un convenio.

Así concebida la transacción para el derecho francés así como para su doctrina, viene a ser un contrato consensual, sinalagmático, a título oneroso, declarativo y no traslativo de derechos, indivisible y que en cierta forma participa de las características de la cosa juzgada. (31)

Los elementos que se desprenden de la ley y doctrina son:

a).- La intención de los contratantes de poner fin a un litigio o prevenirlo.

b).- La existencia del litigio o la posibilidad de que nazca.

c).- Un tercer elemento que se desprende no de la definición, sino de la jurisprudencia francesa y que lo ha puesto como esencial para poder decir que es una transacción, sin el concepto de reciprocidad de concesiones que harán las partes transigentes.

Las características en este derecho son:

1.- Es un contrato consensual y, por lo tanto, se perfecciona por el mero consentimiento de las partes, lo preceptuado en el párrafo 2o. del artículo que se comenta en el sentido de que debe ser consignado por escrito, no es más que una regla destinada a probar y no una solemnidad o formalidad que-

(31).- Baudry Lacantinerie y Wahl.- Los contratos aleatorios - de mandato, de la transacción. pág. 637.

sea necesaria para su existencia.

2.- Es sinalagmático o bilateral porque las partes transigentes se obligan recíprocamente.

3.- Es oneroso porque se establecen a las partes provechosos y gravámenes recíprocos.

En el derecho en mención se sigue en el artículo 1128 la regla general en el sentido de que solo puede ser objeto de la transacción las cosas susceptibles de ser enajenadas, por consiguiente, no se podrá transigir sobre el estado civil de las personas, y en general no se podrá transar sobre aquellas cosas o derechos que afecten el interés o el orden público.

Los efectos de la transacción se encuentran consignados en el artículo 2052 que dice: La transacción tiene entre las partes, la autoridad de la cosa juzgada; en última instancia, como vemos en su oportunidad al analizar nuestro sistema jurídico, se contiene un artículo semejante, pero respecto del cual encontraremos numerosas diferencias entre la cosa juzgada y los efectos de la transacción o sea entre la transacción.

La doctrina francesa al igual que en otras legislaciones así como en el antecedente histórico, están de acuerdo en que la transacción puede estar afectada a nulidad, cuando se hace con base en documento falso ignorando esta circunstancia por las partes. También cuando se celebra a virtud de un título nulo, a no ser que los contrayentes (contratantes) transijan sobre la nulidad del título; es así mismo nula la transacción cuando se celebra sobre un proceso terminado por sentencia irrecurrible, siendo por lo contrario válida si la sentencia aún no ha causado ejecutoria.

En el derecho francés la transacción puede ser impugnada por existir error de hecho, o vicios del consentimiento, pero de acuerdo con el artículo 2052 del ordenamiento en cita, el error de derecho con el puede ser causa para su nulidad, al efecto este precepto dice "Las transacciones no pueden ser impugnadas por causa de error de derecho" y es que se piensa que en la transacción no se tiene certeza sobre los derechos que motivan la controversia.

La transacción en el Derecho Italiano.

La transacción en el derecho italiano es definida por el artículo 1965.

Los elementos fundamentales de este contrato son esencialmente los siguientes: (32)

1.- Una litis existente entre las partes denominadas transigentes, o la posibilidad de que surja una litis entre ellas.

2.- Una falta de certeza (res dubia) o bien una res litigiosa.

3.- Recíprocas concesiones, por las que se pone fin a la litis comenzada o prevenir una que pueda surgir.

4.- Por último aún cuando no se dice expresamente en dicha legislación, sin embargo, se discute si la transacción tiene naturaleza constitutiva o bien declarativa.

Como puede observarse, en el derecho italiano con técnica más depurada se citan los elementos esenciales de la transacción y que hacen distinguirla de otras figuras que pudiese tener semejanza.

En el Código Civil Italiano abrogado, esto es en el de 1865 en su artículo 1922 se le daba un efecto declarativo, o sea tendría función de declaración de certeza de una situación jurídica controvertida, una especie de recíproco reconocimiento de pretensiones y renuncia parcial también de la pretensión propia.

Pero ya la actual legislación le da un efecto modificativo en lugar de la declaración de certeza de los derechos y obligaciones de las partes; y por consiguiente, le dan un carácter-dispositivo o constitutivo; que por medio de la transacción se pueden crear relaciones jurídicas y un contrato de índole declarativo no puede tener tal efecto constitutivo.

En mi opinión considero que la transacción puede tener ese aspecto declarativo y a la vez constitutivo o bien puede ser

(32).- Messineo Francesco.- Manual de Derecho Civil y Comercial. Traducción de Santiago Sentis Melendo.- Tomo VI. pág. 208. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires.

extintivo, o reunir en un momento dado todos esos efectos, con predominio a veces quiza uno de otro.

Que la transacción tenga carácter constitutivo, no significa que la misma pueda tener también una función modificativa, transformativa, o bien extintiva, esto es, tener los efectos de un convenio en sentido lato.

En el Derecho Italiano según el artículo 1350 la transacción debe hacerse por escrito ya sea en escritura pública o privada, según sea el derecho sujeto a transacción y, es así que si por medio de la transacción hay transferencia de derechos inmobiliarios significa que debe emplear la forma de la escritura pública, se erige no solo como medio de prueba, sino también, como una formalidad que de dejarse de observar produce su nulidad toda vez que una transferencia inmobiliaria se puede, al decir de Messineo (33) probarla por testigos.

Por el contrario tratándose de otra clase de transacción la escritura solo tiene efectos probatorios, pero su inobservancia no produce nulidad en la transacción.

La transacción en el derecho italiano puede ser invalidada por diversas razones:

a).- Si ha tenido por objeto derechos que por su naturaleza o disposición expresa de la ley se encuentran sustraídos a la disponibilidad de las partes, verbi gratia, derechos de familia o personalidad.

b).- Si ha tenido por objeto un contrato ilícito.

c).- Porque la transacción haya tenido como base un contrato nulo.

d).- Por haber sido hecha sobre el conflicto ya resuelto, con sentencia por autoridad de cosa juzgada.

e).- Por el hecho de que se trate de transacción general y no sobre un negocio especialmente determinado.

Derecho Español.

El Código Civil Español reglamenta la transacción en los artículos 1809 al 1829.

La definición que nos da el artículo 1809 del citado ordenamiento (33).- Messineo Francesco.- Ob. cit. pág.210.

namiento es la siguiente: "La transacción es un contrato por el cual las partes, dando prometiendo o reteniendo cada una alguna cosa, evitan la provocation de un pleito o ponen término al que había comenzado."

Los elementos que se desprenden de esta definición son los siguientes:

1.- La existencia de un litigio o posibilidad de que nazca.

2.- La intención de las partes de poner fin a un litigio o de prevenirlo y

3.- Las recíprocas concesiones que se expresan en los términos dando, prometiendo o reteniendo.

Las características de este contrato son: es consensual, por perfeccionarse por el mero consentimiento de las partes, es bilateral todo vez que de su perfección surgen derechos y obligaciones recíprocas, es oneroso por estipular provechos y gravámenes recíprocos.

Además la mayor parte de la doctrina española lo considera como convenio, por surgir de una relación jurídica existente

El artículo 1810 del derecho en cita le da también a la transacción respecto a las partes la autoridad de la cosa juzgada; pero haciendo la salvedad en la parte final, de que no procederá la vía de apremio, sino tratándose del cumplimiento de la transacción judicial y es que en realidad la transacción extraprocésal no puede tener, en mi opinión los efectos de cosa juzgada sino sólo aquella que se lleve a cabo ante la autoridad judicial quien ha homologado su contenido, porque si bien la transacción tiene como efecto terminar la controversia, ésta puede ser respecto de derechos de los cuales no pueden disponer las partes.

Ahora bien, la transacción en el derecho español (Art. - 1818) puede ser anulada o rescindida por el descubrimiento de nuevos documentos y siempre y cuando haya habido mala fe. Por su parte en el artículo 1819 del mismo derecho, hace referencia a la transacción, sobre cuestiones decididas con anterioridad -

por sentencia ignorada por las partes. Aquí se deben distinguir dos situaciones; si la sentencia es firme, una vez conocida la misma, será inexistente la transacción por falta de objeto, pero si la sentencia no ha causado estado, la transacción será válida.

En el Derecho Alemán.

La definición o concepto se encuentra contenida en el artículo 779 del Código Civil en su primera parte o sea "La transacción es un contrato por el cual mediante recíprocas concesiones se elimina el pelito o la incertidumbre de las partes sobre una situación jurídica. (34)

Las características son las siguientes:

1.- Es bilateral; 2.- Es oneroso; 3.- Es consensual.

La capacidad para celebrar las transacciones, se encuentra reglamentada por las disposiciones de aplicación de los contratos y, el Código Civil alemán dedica solo un artículo para reglamentar el contrato de transacción simplificándolo y al mismo tiempo quizá para no incurrir en repeticiones inútiles, remitiendo a las reglas generales en lo que se refiere a capacidad, objeto, forma y a las nulidades mismas, a las disposiciones generales de los contratos.

Legislación Mexicana.

Ya se ha visto que como en el derecho romano, la transacción para su eficacia, las partes tenían que darle caracteres de los más diversos matices y es que ese derecho era por esencia formalista, pero en el transcurso del tiempo se fue haciendo más dúctil y simplificando las dificultades.

Nuestra legislación anterior a la vigente, siguiendo en este aspecto la legislación española simplifica de tal manera las reglas de la transacción que se han hecho más comprensibles.

El estudio que haremos en este apartado en la legislación mexicana, será un análisis conjunto de los códigos civiles de 1870 y 1884, ya que la reglamentación en esta materia es casi idéntica y con el fin de evitar repeticiones infructuosas.

(34).- Código Civil Alemán Art. 779.

El código civil de 1870 dedica del artículo 3219 al 3323 la reglamentación de esta figura y del código de 1884 tenemos los artículos 3151 al 3183.

El concepto que nos dan estas legislaciones corresponde al artículo 3291 del Código de 70 y el 3151 del código de 84 y al efecto expresan: "La transacción es un contrato por el que las partes dando, prometiendo o reteniendo algo, terminan una controversia presente o previenen una futura".

Como se ve, estas legislaciones se inspiraron esencialmente en la española y los elementos al igual que ésta son los siguientes:

1.- La existencia de una controversia o la posibilidad de que surja;

2.- La intención de las partes de terminar una controversia o prevenirla;

3.- El elemento específico de la transacción es, las recíprocas concesiones expresadas en las palabras, dando, prometiendo, o reteniendo algo.

Este contrato de acuerdo con las legislaciones que se comentan, se clasifica en consensual, bilateral, oneroso, conmutativo, y algunos autores lo consideran además aleatorio (35) pero la mayoría ha hecho triunfar la opinión, según la cual el precio de la transacción no consiste en el éxito del litigio a que pone fin, sino la concesión hecha por cada una de las partes y por tanto, si la cosa que se da en cambio de tal concesión es determinada, cuando como una suma de dinero, el contrato es conmutativo; pero si esa cosa es incierta como una renta vitalicia entonces afecta el contrato aleatorio.

Los artículos 2393 y 3153 de los códigos de 70 y 84 respectivamente nos dicen que las transacciones que prevengan controversias deben constar por escrito si el interés pasa de \$300.00 en el primero y de \$200.00 en el segundo. Estas disposiciones que se refieren a la formalidad del contrato sólo tienen fines de prueba y no como elemento de validez del contrato.

(35) Mateos Alarcón Manuel.- Estudios sobre el Código Civil del Distrito Federal. Tomo V. México, 1896, pág. 501.

La mayoría de las doctrinas analizadas, sostienen que --- siendo la transacción una forma de terminar un litigio o prevenirlo, debe recaer sobre un derecho dudoso, pues si se renuncia a un derecho indiscutible no hay en realidad transacción, sino donación o liberalidad en concesiones, se trata de un elemento-subjetivo de duda solo, para los interesados y no para otros -- que muchas veces, por sus conocimientos en determinada materia, -- por ejemplo, la ciencia del derecho, sea suficiente para anular la transacción de ahí que solo el error en el hecho y no en el derecho puede ser causa de nulidad del contrato.

En el artículo 3294 del Código de 70 y en el artículo --- 3154 del Código de 84 nos dicen: "Solo pueden transigir los que tienen la libre facultad de enajenar sus bienes y derechos" en éstos preceptos rigen las reglas que dominan a todos los contratos, pudiendo establecer que tienen incapacidad para transigir, todos aquéllos que son incapaces para contratar por hallarse -- privados de la libre disposición o administración de sus bienes y la incapacidad puede surgir, ya sea por la minoría de edad, - falta de representación o encontrarse en estado de interdicción así como las mujeres casadas en los casos expresados por la ley. En consecuencia se trata indudablemente de casos de excepción, - ya que la capacidad es la regla general y por tanto se presume, en cambio la incapacidad siendo un caso de excepción, quien la alegue debe probarla.

La nulidad de la transacción, la reglamentaban los artículos 3362 (1870) y 3162 (1884) en la siguiente forma:

- 1.- Sobre delito, dolo o culpa futura;
- 2.- Sobre la acción civil que nazca de delito, dolo o culpas futuras;
- 3.- Sobre sucesión futura, o sobre la herencia, antes devisto el testamento, si lo hay;
- 4.- Sobre el derecho de recibir alimentos.

Pues bien, sobre la última fracción en relación con lo -- preceptuado por el artículo 3303 del código de 1870 que declara "Podrá haber transacción sobre las cantidades que ya sean debidas por alimentos, sujetándose a la aprobación judicial". Si --

bien da a las partes la facultad de terminar el litigio por transacción, lo limita a restricción que a juicio del profesor Mateos Alarcón (36) es inmotivado y es que sujeta a la aprobación judicial, esto es, a su homologación.

Es inmotivado si, porque como lo manifiesta acertadamente el tratadista citado, los alimentos debidos y no pagados dejan de ser alimentos, porque nadie los necesita para el pasado, a contrario de lo que acontece con los futuros, en consecuencia, salía sobrando la homologación o aprobación judicial, y es que éste artículo fué tomado del artículo 1721 del proyecto del Código Español que se refería a la transacción sobre alimentos futuros.

En cuanto al incumplimiento en este contrato, disponían los artículos 3318 al 3320 del código de 70 y 3180 del de 1884, que cuando una de las partes dejare de cumplir la transacción, el perjudicado podrá o bien exigir el cumplimiento del contrato o la rescisión del mismo con el pago de daños y perjuicios en uno y otro caso, a no ser que el incumplimiento se debiera a caso fortuito o fuerza mayor a quien nadie está obligado.

Así mismo, podía pactarse una pena para el caso del citado incumplimiento de parte de cualquiera de los contratantes sin perjuicio de llevarse a cabo en todas sus partes a efecto la transacción.

Hemos dejado de analizar deliberadamente otros artículos que carecen de importancia, para tratarlos también en el siguiente inciso, referidos al derecho vigente donde los veremos a fondo.

b).- La transacción, su concepto.

La palabra transacción ha sido usada para comprender tres acepciones que son, a saber:

a).- Desde el punto de vista amplio y vulgar significa un acuerdo, un contrato cualquiera, y en ésta acepción se dice que las transacciones mercantiles sufren paralización por la deva (36).- Mateos Alarcón Manuel.- Estudios sobre el Código civil del Distrito Federal. Tomo V Méx. 1896 pág. 513.

luación de la plata del oro, por ejemplo, o bien, el aumento de la población trae como consecuencia el aumento de las transacciones.

b).- Desde el punto de vista procesal se dice que la transacción es una forma de terminar el proceso anómalmente, y por supuesto que no se trata de actos procesales, sino convenios de nunciados ante el juez de los autos para su aprobación, desde éste punto de vista será tratada en el capítulo siguiente.

c).- Desde el punto de vista substancial, que es como será tratado en el presente capítulo significa un convenio por el cual las partes haciéndose recíprocas concesiones, terminan o previenen una controversia.

Nuestro Código Civil vigente, el de 1928, al reglamentar la transacción en el Título Décimo Sexto del Libro Cuarto en su artículo 2944 nos da la siguiente definición, respecto de la cual creemos reúne los caracteres distintivos de la transacción que dice: "La transacción es un contrato por el cual las partes haciéndose recíprocas concesiones, terminan una controversia presente o previenen una futura.

Los elementos que se deducen del concepto expresado son los siguientes:

1.º En primer lugar la transacción es definida por nuestra legislación como un contrato, sin embargo, ¿tendrá los elementos de un contrato? o bien, ¿ se tratará de un convenio?, el convenio se define en nuestra legislación vigente en el artículo 1792 de la siguiente manera "Convenio es el acuerdo de dos o más personas para crear, transferir, modificar o extinguir obligaciones". Lo que se ha catalogado como el convenio en sentido lato; pero en cambio en sentido estricto se dice que los convenios que producen o transfieren las obligaciones y derechos toman el nombre de contratos artículo 1793.

En tal virtud nuestro código civil hace una distinción entre el contrato y el convenio, asignándole al primero la función positiva de crear y transmitir derechos y obligaciones; mientras que para el segundo se le otorga la función negativa como lo es la de modificar o extinguir derechos y obligaciones y ambas o sea la función positiva y negativa quedan comprendi -

das dentro del concepto de convenio en sentido lato.

En consecuencia si tenemos que nuestra legislación hace una distinción entre el convenio y el contrato ¿ a que clase de figuras corresponde nuestro tema? si tubiésemos que atenernos a nuestra legislación tendríamos que contestarnos, que es contrato puesto que así nos lo define nuestra ley, pero en realidad será de ésta naturaleza?.

El profesor Luis de Gasperi (37) en su tratado de Derecho Civil, nos explica que sobre éste punto han existido diversos criterios, en efecto el Código civil Paraguayo inspirado en la doctrina de Aubry y Rau en su artículo 832 le da el carácter de acto jurídico, pero al cual las partes haciéndose concesiones recíprocas, extinguen obligaciones litigiosas o dudosas; en tanto que en la mayoría de las legislaciones incluyendo la mexicana, le dan el carácter de contrato.

Como se ve, doctrina y legislación Paraguaya le da el efecto de extinguir obligaciones litigiosas, en tanto que las legislaciones Española y Mexicana le dan el efecto de crear y transmitir obligaciones y derecho.

Existe otra doctrina que se inclina a pesar que se trata (38) de un convenio, entre ello el profesor Ernesto Gutierrez y González, al analizar nuestro tema, encuentra criticable la definición que nos da nuestro Código, consideramos dice " La redacción del anterior texto (se refiere al artículo 2944); es del todo desafortunado, pues:

1.- La transacción no es contrato, sino un convenio. En efecto el contrato crea o transfiere derechos y obligaciones y, la transacción tiene como función extinguir, materia esta que no corresponde al contrato sino al convenio.

2.- Dice la norma que la transacción sirve para que las partes prevengan una controversia futura, y no se puede prevenir sino lo futuro, de allí que ésta referencia a lo futuro sale sobrando".

37).- De Gasperi Luis.- Tratado de Derecho Civil III (parte especial).- Tipográfica Editora Argentina.- Buenos Aires 1964 pág. 286.

38.- Gutierrez y González Ernesto. Derecho de las Obligaciones. Tercera Ed. Editorial Cajica. Puebla, Puebla pág. 906.

En mi opinión considero que en realidad la transacción, - puede crear, modificar, transmitir o extinguir derechos y obligaciones, por lo que pienso se trata de un convenio, pero en su sentido lato.

En nada se opone esta apreciación, ya que a virtud del -- convenio de transacción en ocasiones puede crear derechos y o-- bligaciones a virtud del mismo, como puede también extinguirlas

2^o.- Una vez ya determinado nuestro criterio respecto a -- la posición, al considerar al acto de transacción como un conve-- nio veremos que un segundo elemento de la definición que nos da nuestro código es lo referente a terminar una controversia presente o prevenir una futura, a este respecto hacemos nuestra la crítica que hace el profesor Gutierrez y González, pues no se -- puede prevenir sino lo futuro, de ahí que ésta referencia a lo-- futuro está demás. Por lo demás, la extinción de una controver-- sia o la posibilidad de que nazca es un elemento esencial de -- nuestra figura, que se origina por la extinción de una duda o -- incertidumbre jurídica.

En estas condiciones, la incertidumbre jurídica puede -- existir como situación subjetiva, "Cuando independientemente de la solución que da el derecho objetivo, ambas partes o una de e-- llas tiene duda respecto al alcance, exhibibilidad o naturaleza de sus derechos y obligaciones (39), aunque para otras personas co-- mo ya lo habíamos hecho notar, por su capacidad, por su mayor -- grado de cultura o por ser peritos en la materia esta duda no -- tiene razón de ser.

La mayoría de los tratadistas están de acuerdo que ésta -- es un elemento de esencia "el estado de duda o incertidumbre ju-- rídico de las partes, para que pueda celebrarse la transacción-- No habiendo esta duda o incertidumbre jurídica el acto jurídico celebrado no es una transacción.

Así mismo, ésta duda o incertidumbre puede presentarse como situación objetiva, cuando la solución propuesta en el derecho-- sea dudosa, o bien, porque ante las lagunas de la ley puede -- crearse esa duda.

(39).- Rojina Villegas Rafael.- Revista de la Escuela Nacional-- de Jurisprudencia Enero-Marzo de 1948 "La transacción" - pág. 92.

La incertidumbre jurídica puede derivarse en ocasiones de la buena o mala fe de las partes; de mala fe, puede existir por una de las partes aparente de duda, no obstante sepa que en rigor están perfectamente determinados al alcance y exigibilidad de sus derechos y obligaciones.

De buena fe, puede también existir una duda fundada en -- cuanto al alcance o exigibilidad de los derechos y obligaciones

3.- Un tercer elemento que se deduce de la definición es la intención de las partes transigentes de poner fin a la controversia o prevenirla, este elemento es la finalidad específica de toda transacción y es por ello que la transacción tiene la misma función que la sentencia como forma de terminar con -- conflictos de intereses, o sea el de terminar con la situación o estado de incertidumbre jurídica, mediante la creación de una situación de derecho definitivo, esto es, transforma un estado-jurídico inseguro en otro seguro.

En esta intención o móviles que pueden influir en las partes para dar por terminada la controversia, pueden concurrir -- las más diversas y variadas razones, desde los gastos, pérdidas de tiempo, y en ocasiones el temor a inmoralidades de algunos jueces, ya que no se sabe por las partes como se vayan a conducir al fallar el asunto que se les someta, y también puede influir la cuestión técnica del problema planteado.

4o.- Por último otro elemento que se desprende del concepto de transacción lo constituyen las recíprocas concesiones que se hacen las partes y que viene a constituir el objeto indirecto de la transacción.

Las concesiones recíprocas pueden tener por objeto obligaciones de dar, hacer o no hacer, y se pueden hacer mediante renunciaciones mutuas en la misma preparación a la extinción de las -- prestaciones jurídicas a la contraria, o bien cuando a virtud de la transacción una de las partes hace una renuncia total a las pretensiones jurídicas que le asisten, y su contratante que resulta beneficiado con la renuncia, hace a su vez una contra -- prestación de cualquier otra especie.

En tal virtud, para que haya contrato de transacción es -- necesario que cada parte obtenga y pierda algo, esto es el reco

nocimiento parcial de la pretención ajena y el reconocimiento también parcial de las prestaciones propias.

Del análisis que hicimos de los elementos que se desprenden de la definición que sobre la transacción nos da nuestro código civil, pensamos que reúne en esencia todos y cada uno de los elementos que caracterizan a nuestra figura y que salvo los errores de redacción, pensamos que la definición es buena.

La definición correcta como concepto, nos la proporciona el profesor Gutiérrez y González (40), al decir "La transacción es un convenio por el cual las partes haciéndose recíprocas concesiones terminan o previenen una controversia".

o).- Elementos de existencia y validez de la transacción.

Vimos en el inciso precedente que el convenio es el acuerdo de dos o más voluntades para crear, transmitir, modificar o extinguir obligaciones (Art. 1792), que éste carácter le otorgamos a nuestra figura jurídica. En consecuencia, de acuerdo con el Art. 1859 del código civil vigente "Las disposiciones legales sobre contratos serán aplicables a todos los convenios y a otros actos jurídicos en lo que se oponga a la naturaleza de éste o a disposiciones especiales de la ley sobre los mismos". En tal virtud las disposiciones generales existentes a los contratos pueden aplicarse a la transacción.

En tales condiciones de acuerdo con el Art. 1794 del Ordenamiento legal citado que previene "Para la existencia del contrato se requiere.

I.- Consentimiento;

II.- Objeto que puede ser materia del contrato.

Por lo que se refiere al primero, el Consentimiento, es definido en la doctrina como "El concurso o acuerdo de voluntades que tiene por objeto crear o transmitir derechos y obligaciones". (41).

Siendo el consentimiento un elemento esencial para la existencia de la transacción, debe anteriorizarse teniendo las partes el firme propósito o ánimo de eliminar la incertidumbre jurídica, poniendo fin a la controversia. Ya hemos dicho que si el consentimiento no va animado del deseo de eliminar la contro

(40).- Gutiérrez y González Ernesto.- Ob. cit. pág. 905.

(41).- Rojina Villegas Rafael.- Derecho Civil Mexicano.- Méx. - 1951.- Tomo V Vol. I, pág. 310.

versia no existe transacción.

Por lo que respecta al objeto de la transacción, debemos como lo hace la doctrina, distinguir perfectamente el objeto directo e inmediato del contrato consistente en la conducta de la creación, modificación o extinción de los derechos y obligaciones, consistente en dar, hacer o no hacer una conducta determinada; del objeto indirecto o mediato del contrato consistente de una parte, en una prestación positiva o negativa y que puede referirse a una cosa o un hecho.

Nuestra legislación vigente en su artículo 1824 nos dice: "Son objeto de los contratos:

I.- La cosa que el obligado debe dar;

II.- El hecho que el obligado debe hacer o no hacer.

Como se ve según lo preceptuado en éste artículo no hace la distinción a que hicimos referencia, confundiendo el objeto directo de las obligaciones que viene a ser el indirecto del contrato.

Ahora bien, el objeto indirecto del contrato consiste en cosas o bienes, deben ser ciertos y determinados, o por lo menos determinables, así mismo, deben ser, lícitos y posibles, es decir, el objeto que puede ser motivo de la transacción debe estar en el comercio, supuesto que aquellos que se hallen fuera de él, aquellos cuya especie no es ni puede ser determinable y los actos ilícitos son legalmente imposibles, no están en el comercio y anulan los actos que recaen sobre ellos.

Cuando el objeto de la transacción no reúne éstos requisitos especiales de consentimiento y objeto que debe ser materia de la transacción, será inexistente el convenio por tratarse de elementos sine qua non, sin ellos no hay transacción.

En estas condiciones, de acuerdo con las disposiciones invocadas y la doctrina respectiva analizaremos los preceptos establecidos en nuestra legislación, referidos al objeto de la transacción.

Las reglas que acabamos de precisar, se refieren a los generales de todo acto jurídico, sin embargo en materia de transacciones además de ellos tenemos otros de carácter especial que se refieren a este estudio y es así como el artículo 2947 --

perceptúa "Se puede transigir sobre la acción civil proveniente de un delito, pero no por eso se extingue la acción pública, ni la imposición de la pena, ni se da por probado el delito".

En materia penal se dice que la persecución de los delitos es atributo del Ministerio Público, mediante el monopolio de la acción penal, así mismo se dice, que hay delitos que se persiguen de oficio, otros mediante la querrela de parte y otros más, mediante la querrela necesaria, pero que una vez denunciados, el Ministerio Público tiene el monopolio de dicha acción, a simple vista pudiérase decirse que el precepto civil acabado de transcribir está en discordancia con la materia penal pero como acertadamente lo explica el maestro Manuel Mateos Alarcón al comentar el artículo 3299 del Código civil de 1884, que es igual al vigente, pero con distinto número, que todo delito produce dos acciones una pública, cuyo ejercicio tiene por objeto el castigo del culpable y corresponde al Ministerio Público; la otra tiene carácter meramente civil y privado que se ejercita por los ofendidos y tiene por exclusivo objeto la reparación de daño y perjuicio sufridos por ellos.

En tales condiciones, mediante esta distinción el legislador expresó que se puede transigir sobre acción civil proveniente de un delito, pero no por ello se extingue la acción pública para la imposición de la pena, ni se da por probado el delito. Tal sería el caso de un accidente automovilístico que produjera daños y perjuicios e inclusive la muerte de uno de los conductores y que el ofendido transara sobre daños y si no le produjo la muerte, o producida, los familiares transan la responsabilidad civil, producto del ilícito penal.

En el artículo 2948 dice: "No se podrá transigir sobre el estado civil de las personas, ni sobre la validez del matrimonio". El precepto acabado de transcribir corresponde a otra regla especial de la transacción sobre la cual no puede ser objeto de transacción, por tratarse de una norma de interés público y que por consiguiente está fuera del comercio; fuera de la voluntad de los particulares, una transacción que se celebre sobre éste objeto sería inexistente por faltarle el elemento esen

cial del contrato, es decir el objeto.

Ahora bien, no hay que confundir el estado y capacidad de las personas, con los derechos pecuniarios que pudieran deducirse de ellos, en virtud de que éstas últimas no pueden del estado civil de las personas, a más de que a la transacción no se le puede dar más extensión, que para lo que se transigió; pues de acuerdo con el artículo 2962 las transacciones deben interpretarse restrictivamente y sus cláusulas son indivisibles a menos que otra cosa convengan las partes y ya se vió que éstas no pueden transigir sobre el estado civil de las personas.

Elementos de validez. Un contrato o convenio, puede ser existente cuando reúne los elementos esenciales, esto es, el consentimiento y el objeto que pueda ser materia de él como ya se ha analizado, sin embargo, para que cualquier contrato sea de cualquier naturaleza que sea, debe reunir otros requisitos a los que la doctrina ha denominado como elementos de validez, si faltan aquellos ya hemos dicho que el contrato es inexistente, pero si faltan éstos el contrato existe, sólo que está afectado de nulidad que puede ser absoluta o relativa según lo determinen nuestras leyes. Ya tendremos oportunidad de analizar la nulidad de los contratos y en especial tratándose de nuestra figura jurídica.

Los elementos de validez del contrato son:

- a).- La capacidad;
- b).- Forma;
- c).- Ausencia de vicios del consentimiento.

Capacidad. Este elemento de validez del contrato es definido como "La aptitud para ser titular de derechos y obligaciones y para su ejercicio". (42).

Esta capacidad puede ser activa o pasiva de relaciones jurídicas, y presenta dos formas de manifestarse:

- 1.- Como una mera tenencia y goce de los derechos, y
- 2.- Como una posibilidad de ejercicio de los derechos, estando en la posibilidad, también de concluir actos jurídicos.

En su primera acepción, se identifica con la personalidad

(42).- Rojina Villegas. Rafael. Ob. cit. pág. 444.

suponiendo una posición estática en el sujeto titular del derecho; en cambio, la capacidad de ejercicio implica una posición-dinámica dentro de las relaciones jurídicas.

Se ha definido la capacidad de goce como "La aptitud para ser titular de derechos y obligaciones, la abstracta posibilidad de recibir los efectos del orden público". Y al referirse a la capacidad de ejercicio dice: "La capacidad de dar vida a los actos jurídicos, de realizar acciones con efectos jurídicos, ya produciendo la adquisición de un derecho u obligación, y a su transformación o extinción, y a su persecución en juicio" (43).

Esta Doctrina está de acuerdo con nuestro sistema jurídico, además así entendida la capacidad puede decirse que se presume que es la regla y que la incapacidad es la excepción y que como lo hemos afirmado el que la alegue debe probarla.

Al efecto el artículo 1798 del código civil declara: "Son hábiles para contratar todas las personas no exceptuadas por la ley" Y nuestra ley declara en su artículo 450 "Tienen incapacidad natural y legal:

- 1.- Los menores de edad;
- 2.- Los mayores de edad privados de inteligencia por locura, idiotismo o imbecilidad, aún cuando tengan intervalos lúcidos;
- 3.- Los sordomudos que no saben leer y escribir;
- 4.- Los ebrios consuetudinarios y los que habitualmente hacen uso inmoderado de drogas y enervantes.

Agrega el artículo 451 "Los menores de edad emancipados - tienen incapacidad legal para los actos que se mencionan en el artículo relativo del capítulo primero del título Décimo, de este libro" Artículo 643 "El emancipado tiene la libre administración de sus bienes, pero siempre necesita durante su menor edad

- 1.- Del consentimiento del que lo emancipó para contraer matrimonio antes de llegar a la mayor edad. Si el que le otorgó la emancipación ejercía la patria potestad y ha muerto, o está incapacitado legamente al tiempo en que el emancipado intenta-

(43).- Cita de Castán Tobeñas José.- Derecho Español, Común y Foral.- Octava Edición. Vol. II- Tomo I. Editorial Rues. Madrid. 1952. pág. 126.

casarse, necesita éste el consentimiento del ascendiente a --- quien corresponda darlo y, en su defecto, el del juez;

II.- De la autorización judicial para la enajenación, grvámen o hipoteca de bienes raíces;

III.- De un tutor para los negocios judiciales.

Hasta aquí tenemos un enfoque general de lo que entendemos por capacidad tanto de goce como de ejercicio, así como las incapacidades legales y naturales que hemos analizado, pero a colación surgen unas preguntas, ¿Es necesaria únicamente la capacidad de contratar para poder transigir? o ¿Se necesita la capacidad especial para enajenar y poder transigir válidamente? - Para poder dar contestación a éstas preguntas, es necesario delinear un poco más el concepto de capacidad ya que en ocasiones los menores por ejemplo actúan por medio de sus tutores, teniendo de ésta manera reunidas la capacidad de goce en el menor, y la capacidad de ejercicio en el tutor, respecto a los derechos del menor; o como aquellos que se encuentran incapacitados naturalmente ya sea por locura, idiotismo etc. nombrándoles al efecto un curador; o porque muchas veces la persona teniendo tanto la capacidad de goce como de ejercicio y debido a sus múltiples ocupaciones es imposible que pueda estar en varios lugares de signa un mandatario.

Para tratar éstos casos por no citar los múltiples que puede haber, la legislación se ha valido de lo que se llama la representación. Considerada por la doctrina como una institución auxiliar y a veces necesaria de la capacidad si su titular no puediése ejercitar sus derechos o cumplir sus obligaciones válidamente. De ahí que la doctrina distinga dos clases de representación, la legla y la voluntaria, clasificación que encontramos en nuestra legislación en el artículo 1801 del código civil que expresa: "Ninguno puede contratar a nombre de otro sin estar autorizado por él o por la ley".

Se dice que hay representación legal cuando por virtud de una manera jurídica alguien puede actuar en nombre y por cuenta de otro, siendo válidos los actos que realiza para afectar a la persona y al patrimonio del representado.

Existe representación voluntaria cuando una persona puede actuar en nombre y por cuenta de otra, por virtud de un mandato expreso o tácito que ha recibido de ésta. (44).

Fácil es darse cuenta de la enorme utilidad de esta institución. La representación legal es necesaria como institución auxiliar de la incapacidad de ejercicio, porque si se puede ser titular de derechos y obligaciones, pero no se puede hacer valer o ejercitar el derecho, se negaría la capacidad de goce también, pues se negaría el atributo esencial de la personalidad, en la representación voluntaria se persigue en cambio una utilidad práctica con el objeto de llevarse a suplir alguna o algunas dificultades de orden práctico, ya sea por la ignorancia de las personas, como el mandato judicial; por problemas de salud, tiempo, lugar, etc. en todos estos casos la representación no es necesaria, sino útil.

Ya delineados los conceptos de capacidad tanto de goce como de ejercicio, así como su utilidad auxiliar del concepto de capacidad, esto es, la representación, vamos a dar respuesta a las preguntas que nos formulamos.

Los sujetos al realizar sus actos jurídicos pueden realizar actos de dominio o disposición y actos de administración. Por acto de disposición (dominio) es aquel que tiende a disminuir o destruir el patrimonio por medio de enajenaciones que forma la masa del mismo, en cambio el acto de administración tiende a conservar o hacer fructificar el patrimonio mediante operaciones que no lo destruyan.

Tomando en cuenta esta distinción, pienso que para poder transigir las partes validamente, necesitan tener la capacidad especial de enajenación o sea el poder de disposición y que solo podrá transigir un representante tanto legal como voluntario si tiene el primero permiso judicial para enajenar, toda vez que el representante legal tiene funciones meramente administrativas de patrimonio; y el segundo si tiene cláusula o mandato especial para transigir en su mandato, sin que pueda excederse de los términos encomendados en él.

(44).- Rojas Villegas Rafael.- Derecho Civil Mexicano.- México-1951, Tomo V, Vol. I. pág. 451.

Esto es así, porque por medio de la transacción pueden al renunciar a sus pretensiones jurídicas constituir un acto de enajenación y por tanto poner en peligro el patrimonio de sus representantes. Por tanto, solo podrán transigir los que tienen la libre disposición de sus bienes, es decir, la facultad de enajenar sus bienes y derechos, y los representantes, como ya lo hemos afirmado si se obtiene previa autorización o licencia judicial; tratándose de la legal, y si es voluntaria, de acuerdo -- con los límites del mandato especial que al efecto le dé el mandante.

En virtud de los principios acentados sobre capacidad y representación vamos a analizar los artículos que se relacionan con la materia objeto del presente estudio.

Los artículos relacionados son los 2946 y 2587, al decir el primero: "Los ascendientes y los tutores no pueden transigir en nombre de las personas que tienen bajo su potestad o bajo su guarda, a no ser que la transacción sea necesaria o útil para los intereses de los incapacitados y previa autorización judicial". y el último dice: "El procurador no necesita poder o cláusula especial, sino en los casos siguientes:

II.- Para transigir;

III.- Para comprometer en árbitros;

Quando en los poderes generales se desee conferir alguna o algunas de las facultades acabadas de enumerar, se observará lo dispuesto en el párrafo primero del artículo 2554. Los cuales están en perfecta concordancia y en nada se contraponen.

Ausencia de Vicios de la voluntad como requisito de validez.-

Trataremos de ver a qué se refieren éstos vicios luego analizaremos la ausencia de ellos aplicada a los contratos en general y en especial a la transacción.

Concepto.- El maestro Gutiérrez y González nos proporciona un concepto claro de lo que se entiende jurídicamente por vicio. (45). Al efecto dice: "Se puede entender por vicio, la rea

(45).- Gutiérrez y González Ernesto.- Ob. cit. pág. 240.

lización incompleta o defectuosa de cualquiera de los elementos de esencia de una institución. En efecto, cuando un elemento de existencia se realiza o presenta de manera imperfecta, está viciado.

En la transacción judicial no se pueden dar éstos vicios-pues cuando ha sido homologada la convención, ya no podrá atacarse de nulidad o tratar de rescindirla, ya que la sanción que le dá el juez le hace tener los efectos de cosa juzgada, de los cuales hablaremos en su inciso respectivo; en cambio en la transacción civil, sí puede ser impugnada de nulidad y tratar de rescindirse en ambos casos argumentando la existencia de alguno de los vicios del consentimiento, por tanto la ausencia de éstos vicios sólo se refiere a las convenciones que se han celebrado sin la aprobación judicial.

El dolo, lo encontramos mencionado por el artículo 1815 - del código civil en la siguiente forma: "Se entiende por dolo en los contratos cualquiera sugestión o artificio que se emplee para inducir a error o mantener en él a alguno de los contratantes; y por mala fe la disimulación del error de uno de los contratantes, una vez, conocido." Comentamos que si se atiende estrictamente a ésta definición, el dolo no es vicio del consentimiento mientras no induzca a error o que mantenga en él, claro cuando el error sea móvil principal para la celebración del acto.

La doctrina define el dolo como: "Se llama dolo todo engaño cometido en la celebración de un acto jurídico". (46)

El maestro Planiol distingue dos clases de dolo: el principal y el incidental; el primero da lugar a nulidad del acto por contener un error que es a su vez el motivo que determina la celebración del acto; el incidental faculta solamente a una rectificación de condiciones, restableciendo el acto, tal como se hubiera celebrado de no haber existido dolo. El perjuicio así causado no es justificante para anular el acto, en el código vemos según el texto del artículo 1815 que ya transcribimos que hay dos clases de dolo : el que induce a error y el que va encaminado a mantener en él al contratante.

(46).- Planiol Marcel, Tratado Elemental de Derecho civil Traducido de la edición francesa de Lic. José M. Cajica Puebla P. T I. 144

MAIA FE.- Al igual que el dolo implica la existencia del error, ello se desprende del texto del artículo 1815 que ya vimos transcrito y respecto de la transacción el artículo 2957 establece: "El descubrimiento de nuevos títulos o documentos no es causa para anular o rescindir la transacción, si no ha habido mala fe".

La mala fe anula los contratos si es causa determinante para su celebración, pero en la transacción, por ser indivisible si una de las partes la tiene pero la otra no, la primera no puede hacer con su conducta evitar los resultados de la transacción si la segunda es de buena fe y además tiene incertidumbre en sus derechos.

VIOLENCIA.- Hay violencia dice el artículo 1819, 1818 de nuestro código civil:

1.- "Hay violencia cuando se emplea fuerza física o amenazas que importen peligro de perder la vida, la honra, la libertad, la salud o una parte considerable de los bienes del contratante, de su conyuge, de sus ascendientes, de sus descendientes o de sus parientes colaterales dentro del segundo grado".

2.- "Es nulo el contrato celebrado por violencia, ya provenga ésta de alguno de los contratantes, ya de un tercero, interesado o no en el contrato".

Si analizamos estos preceptos deducimos que hay dos tipos de violencia: la física y la moral.

La violencia es física o se da, cuando por actos materiales se obliga a manifestar su voluntad a alguien en el sentido de querer celebrar algún acto jurídico, en cambio en la moral se da también cuando concurren amenazas de perjudicar o de querer se perjudique a los parientes etc. según lo describe el artículo transcrito, esto es aún cuando la violencia le provenga de persona interesada o no en el asunto.

Claro está que cualquier transacción celebrada con la concurrencia de la violencia, está afectada de nulidad salvo lo dispuesto por el artículo 1823: "Si habiendo cesado la violencia o siendo conocido el dolo por el que lo sufrió la violencia o padeció el engaño ratifica el contrato, no puede en lo sucesivo reclamar por semejantes vicios". Esto trasladado concretamente

te al contrato de transacción, se ve como un caso de aplicación de las reglas generales de todos los contratos a la transacción pues, si ya se celebró el contrato con violencia y cesa ésta, - si se ratifica el convenio no se puede alegar como causal de nulidad.

ERROR.- Jurídicamente considerado es un vicio de la voluntad; por ser un falso concepto de la realidad o mejor todavía - como lo define el maestro Rojina Villegas (47). "Este es una -- creencia contraria a la realidad es decir, un estado subjetivo que está en desacuerdo con la realidad o con la exactitud que nos aporta el concimiento científico".

Es tratado por los artículos 1812 y 1813 de nuestro ordenamiento civil que dice:

Art. 1812.- "El consentimiento no es válido si ha sido dado por error arrancado por violencia o sorprendido por dolo".

Art. 1813.- "El error de derecho o de hecho invalida el contrato cuando recae sobre el motivo determinante de la voluntad de cualquiera de los que contratan, si en el acto de la celebración se declara que ese motivo o si se prueba por la circunstancias del mismo contrato que se celebró éste en el falso supuesto que lo motivó y no por otra causa.

Se deduce que hay tres clases de error de que nos habla - el código; De hecho, de derecho, de cálculo; el problemático para nuestro tema es el de derecho, pues en virtud de que el de cálculo se resuelve como lo dispone el artículo 1814 del código civil, que preceptúa que ese error da lugar a la rectificación.

El concepto de error de derecho nos lo proporciona el -- maestro Rojina Villegas al decir: "Hay error de derecho cuando la causa determinante de la voluntad del autor o autores del acto se funda en una creencia falsa respecto a la existencia o a la interpretación de una norma jurídica de tal manera que por esa creencia falsa respecto a los términos de la norma o a su interpretación jurídica se celebró el acto". (48).

Es muy discutido si puede constituir el error de derecho-

(47).- Rojina Villegas Rafael.- Derecho Civil Mexicano.- 1949.- Tomo I, pág. 349.

(48).- Rojina Villegas Rafael.- Derecho Civil Mexicano.- 1949.- Tomo I, pág. 356.

vicio del consentimiento en tratándose de transacción, pues por una parte y se dice y se argumenta que: Es causa de nulidad en la transacción el error de derecho; y por otra parte se dice y se argumenta que el error de derecho no constituye vicio de voluntad en la transacción por ser de la naturaleza de ésta la incertidumbre del derecho de las partes.

Aclarando respecto a la posición de que la transacción no puede ser impugnada de nulidad porque haya habido error de derecho al momento de su celebración aducen al derecho Italiano -- Art. 1272 y al derecho Frances, artículo 2052 fracc. II, pues -- la razón fundamental que esgrime es que la certidumbre respecto a los derechos relativos, no existe es decir no se tiene por -- las partes; así también afirman como Ruggiero. "Un error de derecho no influye para nada, dado el carácter controvertido (objetiva o subjetivamente esto no importa) de la relación, y dada también la finalidad de la transacción, el error de derecho en una de las partes, no puede ser causa o motivo de impugnación.. ..".

Así también dicen que si el fin específico de la transacción es de terminar o prevenir una controversia, el considerar el error de derecho como causal de nulidad del mismo, es desnaturalizar el contrato por que éste daría lugar a una serie interminable de juicio argumentando error de derecho, y si se tiene en cuenta que la transacción es para terminar contraversias -- no se debe dar lugar a que nazcan más.

Los que están por la posición contraria dicen y argumentan: Si nos atenemos exclusivamente a nuestra legislación vemos que por no existir derogación expresa en la parte conducente en la transacción, respecto a la norma general, no se puede ignorar el error de derecho como causal de nulidad, no es más que -- la aplicación de una norma general de los contratos al contrato de transacción, y se apoyan en lo expresado por Colin y Capitant: (49) "... no nos es posible encontrar buenas razones para explicar que se niegue la acción de nulidad a aquella de las -- partes que lograre demostrar que se le había inducido a la ---

(49).- Colin y Capitant.- Curso Elemental de Derecho Civil.- --

Madrid. 1955. Tercera Edición. Tomo IV. pág.994.

transacción por un error de derecho, cuando se le concedería a la que justificase un error de hecho, ¿acaso no se puede decir en ambos casos que *qui errat non consentire videtur*? Por esto es por lo que la jurisprudencia se las ha arreglado de forma que pueda asegurar un recurso a la víctima del error de derecho cuando la negativa a tal recurso resultaría demasiado extraña y sorprendente...".

Considero al respecto, que , si la transacción es un convenio y por tal está sujeto a las normas generales de los contratos tal y como lo dispone el código civil, pero como es el caso de no encontrar derogaciones en el capítulo respectivo, y considerando también que una cosa es la incertidumbre del alcance y exigibilidad de los derechos de las partes (que debe haber en el momento de la celebración de la operación) y otra cosa -- muy distinta la falsa creencia de la interpretación y existencia de una norma jurídica que reglamente o reglamenta lo relativo al motivo determinante de la voluntad y que por tal circunstancia y no por otra es que se celebra el acto, en tal virtud se rige en éste sentido la transacción por las reglas generales y no por especiales. (claro lo dicho sólo es referente a la transacción civil y no así a la judicial. Así veámos que por ejemplo al artículo 2954 y 2955, están en perfecta concordancia con las normas generales para el error. Art. 2954.- "Puede anularse la transacción cuando se hace en razón de un título nulo a no ser que las partes hayan tratado expresamente de la nulidad". Art. 2955.- "Cuando las partes están instruídas de la nulidad del título, o la disputa es sobre esa misma nulidad, pueden transigir, válidamente, siempre que los derechos a que se refiere el título sean renunciables". En el primer caso se encuentran en un error al creer que es válido el título y en el segundo caso solamente se condiciona a que la disputa sea sobre la nulidad, estén instruídas las partes sobre ella y que los derechos sean renunciables; todo no se opone en nada a la aplicación general que de las normas del error existen.

Lo mismo podemos decir de los preceptos de los artículos 2956 y 2958; en este último cabe hacer notar de que si ya existe sentencia firme, ya no hay duda, ya hay derecho cierto y de-

terminado.

Forma.

Este elemento lo trata nuestra legislación como de validez, no de existencia como en otras legislaciones, dada su importancia; se puede iniciar su estudio diciendo que para que un contrato exista y tenga plena validez, es necesario reuna tanto los requisitos de existencia como los de validez, si reúne los de existencia, existe pero, puede ser nulo o anulable por no llenar los de validez; como ya vimos anteriormente éstos son la capacidad de las personas que intervienen, ausencia de vicios en el consentimiento, forma.

La forma es la manera como debe manifestarse el consentimiento (escrito por ejemplo), para ser válido el contrato. (Ya sabemos que la forma escrita puede adoptar cualquiera de dos naturalezas: pública o privada).

Son los contratos consensuales los que por el mero consentimiento expresado por las partes en cualquiera de las formas que prescribe la ley, es eficaz. (Se puede expresar por lenguaje mímo, realización de hechos que necesariamente lo supongan, de manera tácita o expresamente).

Son contratos formales, a los cuales la ley determina la manera de que deben expresar su consentimiento las partes para que pueda ser válido (por ej: escrito).

Nuestro código civil en el artículo 1794 enumera los elementos de existencia del contrato y no encontramos aquí la solemnidad, pero creo que se debe a que en ésta parte del código el legislador se refirió a los contratos como un acto jurídico, pero en otros preceptos sí encontramos la solemnidad, entendida ésta como la manera que debe realizarse el acto por mandato legal, para que pueda existir.

A éste respecto, del contexto del artículo 2228 del Código civil que expresa: "La falta de forma establecida por la ley si no se trata de actos solemnes, así como el error, el dolo, la violencia, la lesión y la incapacidad de cualquiera de los autores del acto, produce la nulidad relativa del mismo". Se deduce que la falta de solemnidad trae la inexistencia, en cambio

los demás vicios que enuncia el artículo pueden provocar la nulidad; por tanto son contratos solemnes cuando la forma no es un elemento de validez sino de existencia, es decir, que cuando se realiza el acto sin observarla, el contrato no es anulable sino inexistente.

Atendiendo al fin específico de la transacción vemos que el único artículo que hace alusión en su capítulo correspondiente, es el Art. 2945, que dice: "La transacción que previene con controversias futuras debe constar por escrito si el interés pasa de docientos pesos".

Y al efecto digo que ésta circunstancia exigida por la ley no constituye una formalidad o elemento de validez, pues más bien en este aspecto el código trata de que se proporcione un medio de prueba para el contratante, dado lo expresado al principio de éste párrafo de la finalidad de contrato y a más abundamiento se ve claro en la exposición de motivos del código civil de 1870, que dice: "La finalidad del artículo indicado era para efectos de prueba, y al efecto expresaba: Como la transacción no solo importa el arreglo de un negocio, sino que tiene por objeto evitar contiendas que pueden ocasionar nuevos pleitos, es preciso, que cuando el interés pase de trecientos pesos se haga constar por escrito, a fin de que haya una prueba plena.

Cuando el interés fuere menor no ha sido justo la comisión exigir ese requisito que puede ser gravoso para los interesados, quienes sin embargo, pueden hacer uso de él, puesto que la ley no lo prohíbe".

También decimos que así como no se requiere la forma sino como elemento de prueba, así también hacemos notar que cuando se tenga que hacer traslaciones de dominio a virtud de la transacción o que ella verse sobre bienes inmuebles, por la naturaleza de ellos, la operación deberá ser en escritura pública, y no solamente por escrito como dice el artículo.

d).- Consecuencias y efectos jurídicos.

Los efectos que produce la transacción celebrada ya sea civil o judicial han sido denominados extintivos y declarativos

y al efecto dice Clemente de Diego (50). "Por lo que respecta a la renuncia parcial de las pretensiones, el efecto de la transacción es extintivo".

Como ya se ha comentado en páginas anteriores el fin que se persigue al celebrar el contrato de transacción es terminar la controversia o prevenir una, así como terminar una relación jurídica dudosa que motivó el juicio, ello como objeto indirecto de la transacción.

En la transacción judicial se origina la acción o excepción denominada de "Cosa juzgada, que será tema de nuestro tercer capítulo; en cambio la transacción civil produce la acción de cosa terminada por transacción, sí como que en la judicial no se podrán impugnar de nulidad y ni se podrá la rescisión solicitar; sí en la civil, ya que puede estar afecta a nulidad y a rescisión por incumplimiento, por ejemplo, u otras causas.

La transacción, también origina que el litigio sobre el que se operó, se extingue, o si trata de prevenir, pues precisamente el de prever un litigio.

Desde el derecho romano y hasta nuestro tiempos, se le ha atribuido a la transacción los efectos declarativos, esto se basa en la consideración que se hace en cuanto a la renuncia hecha a pretensiones dudosas sobre el objeto litigioso y se limita a dejar este favor de la otra parte (pasando de un estado incierto de derecho a uno cierto y determinado de derecho) es decir declarando, o sea que la celebración del contrato que analizamos, no da a ninguno de ellos (partes) ningún derecho nuevo sino que solamente le son reconocidos, derivando esto de la celebración del contrato, se establece una certidumbre jurídica respecto a los derechos de los contratantes.

En nuestra legislación el artículo 2961 dice: "Por la transacción no se transmiten sino que se declaran o reconocen los derechos que son el objeto de las diferencias sobre que ella recae."

La declaración o reconocimiento de esos derechos no obliga al que lo hace a garantizarlos, ni le impone responsabilidad

(50).- De Diego Clemente, Instituciones de Derecho Civil España, Madrid, 1930, Tomo II, Pág. 295.

alguna en caso de evicción, ni importa un título propio en que fundar la prescripción". En relación al efecto declarativo de la Transacción se derivan consecuencias importantes, como las señaladas en el párrafo segundo del artículo antes mencionado, pues estas consecuencias son lógicas ya que por el contrato, se transigen los derechos que se declaran o reconocen.

Al hacer el análisis de la definición de transacción que nos ~~es~~ proporcionada por nuestro código, expresamos que hacía alusión al objeto específico de la misma como lo es las concepciones que en forma recíproca las partes se hacen y expresamos que estas recíprocas concesiones podían hacerse en dos formas distintas: reconociéndose las partes sus pretensiones jurídicas o bien renunciando una de las partes a la totalidad de sus pretensiones jurídicas que le asisten, renunciando también a obtener el derecho controvertido y su contraparte, o sea la parte beneficiada con la renuncia, hace a su vez una contraprestación de cualquier especie que no constituya el objeto de la transacción

En apoyo de lo anteriormente manifestado podemos citar lo que perceptúa el artículo 2959.- "En las transacciones sólo hay lugar a la evicción cuando en virtud de ella da una de las partes a la otra alguna cosa que no era objeto de la disputa y que, conforme a derecho, pierde el que la recibió.

En relación a esto me permito transcribir lo que el código civil vigente del estado de Morelos dice: Art. 3321, - "La transacción es un contrato por el cual las partes haciéndose recíprocas concesiones, terminan una controversia presente o previenen una futura, determinando con exactitud el alcance de sus derechos, que debe ser, para que exista este negocio jurídico, dudosos o inciertos en cuanto a su existencia validez exigibilidad o cuantía".

Art. 3322.- "Cuando la transacción ponga término a una controversia judicial tendrá un carácter mixto: como contrato civil y como acto jurisdiccional para sujetarse respectivamente a las normas que regulan los contratos, la transacción en especial y los actos procesales en cuanto a la competencia del juez y la capacidad de las partes para comparecer en juicio".

Difiere de nuestro código civil el precepto 3221, en cuán

to no solo lo define sino que expresa los efectos declarativos- que con motivo de la transacción se alcanza, es decir al manifestar que se determinan con exactitud el alcance de los derechos.

El artículo 3322 del código civil del Estado de Morelos - es obscuro puesto que da el carácter de mixto a la transacción- que se verifica con motivo de una controversia judicial (dándole fin) ya que manifiesta dicho precepto que se regulará como -- contrato civil y como acto jurisdiccional, dando a entender que dicho acto presenta dos faces distintas cuando hay que remitirse a las normas que regula los contratos y la otra de carácter- especial como acto procesal.

Al efecto diremos que una cosa es la transacción civilmente considerada y otra distinta la judicial, no pueden ser ambas naturalezas, cuando es civil, nada más es civil y cuando es judicial, judicial será, puesto que ni sus efectos ni sus normas- reguladoras son afines, valga por ejemplo que una transacción - civil puede ser anulada o rescindida, no así la transacción judicial que no puede ser rescindida o anulada y produce los efectos de la cosa juzgada, efecto que la civil ni con mucho puede- producir.

A más abundamiento, diremos que la transacción judicial - claro está que debe regularse por las normas de procesales en - cuanto a capacidad, de las partes para comparecer en juicio, -- competencia, etc. pero estas regulaciones no son substanciales- sino formales, substancialmente la transacción no se ve alterada por la regulación procesal.

Al efecto, me permito vertir en este trabajo mi criterio- en relación a los efectos que produce la transacción, los cuales sintetizo en la forma siguiente:

1.- Crea, modifica, transfiere o extingue derechos y obligaciones respecto a las partes (ambas) o de una de ellas, -- siempre y cuando guarden alguna relación con los derechos disputados e inciertos, cuando no se trate de los discutidos, que en todo caso;

2.- Se declaran o reconocen los derechos que son objeto - de la controversia;

3.- En tal caso se establece la certidumbre en cuanto a derechos dudosos o inciertos y se determinan en su caso los efectos y alcances de ellos.

4.- La declaración de derechos hecha, no implica un título propio para fundar la prescripción, en perjuicio de tercero, pero sí en contra del que intervenga en la operación.

e).-Semejanzas y diferencias con otras figuras jurídicas

En esta parte del presente trabajo, veremos en forma somera algunas diferencias y semejanzas de la transacción con otras figuras con las que tiene punto de contacto, más no identidad.

La transacción guarda cierta semejanza con otras formas de terminar un litigio, pero, también tiene sus notas características que la diferencian de ellas y de otras figuras que se le pudiéser confundir, a saber:

En virtud de que en el primer capítulo ya tenemos algunas notas diferenciadoras entre la transacción y otras instituciones, a las que hicimos alusión, aquí solamente trataremos de -- distinguirlos y establecer puntos de contacto con: la remisión de deuda, la novación, la donación.

Encontramos que en la remisión de deuda, dada la definición que de ella nos proporciona el código civil, se distingue de la transacción por ser renuncia unilateral, es decir, no es recíproca como la transacción; en efecto el código en el artículo 2209 dice: "Cualquiera puede renunciar su derecho y remitir, en todo o en parte, las prestaciones que le son debidas, excepto en aquellos casos en que la ley lo prohíbe"., como ya expresamos hay renuncia, pero la hace una de las partes, y quien hace esa liberalidad total o en parte, no recibe contraprestación alguna, se puede asemejar algo a la transacción por que a travez de ella se extingue un derecho o una obligación.

De la novación, la transacción se diferencia en que la finalidad de ella es prevenir o terminar una controversia y en la novación la voluntad de las partes es cambiar una obligación -- existente por otra con alteración substancial de ella.

También se ve que para que haya transacción no se requie-

re la existencia previa de un contrato u obligación, solamente se da cuando hay relaciones jurídicas dudosas a causa de una — controversia, y en la novación, precisamente su base es la existencia de una obligación dada y determinada, la cual por la figura que comparamos es modificada substancialmente con consentimiento de las partes y sin la necesidad de que existan contro — versias o se traten de prever, sino solo por la conveniencia y facilidad del cumplimiento es que se nova; surge otra obliga — ción nueva perfectamente determinada.

En la Transacción hay recíprocas concesiones de los con — tratantes, en la novación hay substitución de una obligación — por otra.

La donación es definida por el código civil en el artícu — lo 2332 como: "Donación es un un contrato por el que una perso — na trasfiere a otra, gratuitamente una parte de la totalidad de sus bienes presentes". este contrato tiene semejanza más con remisión, pues hay concesiones, nada más que en ninguna de las — dos es e sea recíprocas como en la transacción que en ésta es — requisito principal.

También como nota distintiva tanto en la remisión como en la donación tenemos que no hay existencia del ánimo de prevenir o concluir con alguna controversia o declarar un derecho incier — to, así como que en la transacción es elemento específico el de prever o terminar un conflicto por medio de la reciprocidad de — concesiones.

f).- Determinación de lo que se puede y no transar válida — mente.

Generalmente hay prohibición de realización el acto que analizamos cuando estén en juego normas de interés social, cuando existan normas de orden público, cuando con la transacción — se vaya contra la moral, las buenas costumbres, al igual que en las normas generales, para la transacción también son valederas en estas circunstancias, se podrá transar válidamente sobre — cualquiera materia siempre y cuando exista la libre disponibili — dad de los derechos en juego, es decir, solamente hay restric — ciones concretas que nos hacen tanto nuestro código de procedi —

miento civiles como la norma de derecho sustantivo, veremos algunas:

1.- Los ascendientes o tutores pueden realizar todo tipo de transacciones, solamente que para ello necesitan, como ya se asentó, de autorización judicial, cuando la transacción sea útil o necesaria para los intereses de los representados. Cuando éstas condiciones los ascendientes pueden transar sobre cualquier asunto no prohibido expresamente.

2.- No se podrá transar según el código de procedimientos civiles, según sus artículos 15 y 53, respecto:

Art.- 15....No puede, sin embargo, transigir ni comprometer en árbitros el negocio, sin consentimiento unánime de los demás condueños".

Este artículo se refiere a los comuneros, que deben tener consentimiento de todos los condueños, si no lo tienen no podrán transar algún negocio respecto a su copropiedad.

Art. 53.- "...El representante común tendrá las mismas facultades que si litigara exclusivamente por su propio derecho excepto las de transigir y comprometer en árbitros, a menos que expresamente le fueren también concedidas por los interesados. Este artículo se refiere a la imposibilidad de transigir de los representantes comunes en los juicios, a menos que tengan también expresamente el consentimiento de todos los interesados de la parte que representa.

3.- No se podrá transar sobre la acción pública que nazca de un delito, ni de un delito futuro, pero si se podrá transar respecto de la acción civil derivada del delito.

4.- Asimismo es válida la transacción que verbe sobre los derechos pecuniarios que se deriven de la declaración de estado civil, pero nunca se podrá transar sobre éste.

5.- No se podrá transar sobre el derecho de percibir alimentos, pero si es válida la operación respecto de las cantidades vencidas y no cubiertas.

6.- No se podrá transar sobre el estado civil de las personas, tampoco sobre la validez del matrimonio.

7.- Hay impedimento para transar sobre dolo y culpa futura, así como también hay prohibición expresa de transar sobre ac

ción civil derivada de un delito o culpa futuros.

8.- También hay prohibición expresa de que un tutor transija sin consentimiento del curador y con autorización judicial otorgada con audiencia del curador, cuando los intereses en juego pasen de mil pesos, sean inmuebles o muebles preciosos o valores mercantiles (Art. 568 del código civil).

9.- El artículo 569 prohíbe a los tutores realizar operaciones ni con licencia judicial, en las que la parte sean sus ascendientes, su mujer, hijos, hermanos por consanguinidad o afinidad, los tutores mismos podrán contratar con los bienes de la parte que él representa. La transacción en tales condiciones será nula y causa de remoción.

g).- Necesidad de reformar nuestro código.

En vista de que la actualidad ha cambiado en circunstancias tanto sociales como económicas y mercantiles en relación a las prevalecientes en la época de promulgación (1932) de nuestro código, así como la observada condición de cambio y avances en la técnica jurídica. Amén también de tomar en cuenta el grado explosivo de nuestra población trayendo como consecuencia natural y lógica el incremento de la actividad económica, y mercantil que originan a su vez un alto índice de litigios pendientes, infructuosos y dañinos, que las partes ven alargarse y alargarse por falta de disposiciones ad-hoc y por preceptos que propician varias interpretaciones por la obscuridad y carencia de sentido de la actual realidad; debe el legislador proporcionar un camino que pueda hacer más ágil el desenvolvimiento de la actividad jurisdiccional, con el consiguiente beneficio de las personas individualmente consideradas y de la colectividad como natural consecuencia, y creemos que la transacción es el camino que se debe buscar, siempre y cuando se le dote de facilidades jurídicas para su fomento, tanto en materia substantiva como adjetiva.

Propongo las siguientes reformas tanto del código civil como del código de procedimientos civiles:

DEL CODIGO CIVIL:
EL ARTICULO DICE: PROPONGO QUE DIGA:

ART.-2944.- La transacción es un contrato por el cual las partes, haciéndose recíprocas concesiones, terminan una controversia presente o previenen una futura.

ART.-2945.- La transacción que previene controversias futuras debe constar por escrito si el interés pasa de doscientos pesos.

ART.- 2953.- La transacción tiene, respecto de las partes, la misma eficacia y autoridad que la cosa juzgada; pero podrá pedirse la nulidad o la rescisión de aquélla en los casos autorizados por la ley.

ART.2944.- La transacción es un convenio por el cual las partes, haciéndose recíprocas concesiones, terminan o previenen una controversia.

ART. 2945.- La transacción que previene controversias, debe constar por escrito si el interés actual se valúa en más de \$1,000.00.

ART.-2953.- La transacción tiene respecto de las partes la misma eficacia y autoridad que la cosa juzgada si así lo solicitan a la autoridad judicial; pero podrá pedirse la nulidad o la rescisión cuando procedan en los casos autorizados por la ley.

Propongo fundamentalmente la reforma del artículo 2953 -- pues es el que resulta más discutido por su confusa redacción; -- más práctica y explícita ésta que propongo, ya que por ella se hace factible que proceda la nulidad aún en contra de sentencias, pero claro solamente en los casos que lo determine la ley, como -- por ejemplo la prohibición a los tutores en lo preceptuado en el artículo 569 de nuestro código, líneas arriba citado; o bien la -- prohibición contenida en el artículo 568 también de nuestro código, para los curadores, y sancionadas con nulidad en ambos casos, para proteger el patrimonio de los incapaces; así como también se sanciona con nulidad la transacción hecha sobre un título que posteriormente resulte nulo, si no se trató en el convenio de esa -- nulidad.

En el Código de Procedimientos Civiles, con el objeto de facilitar la actividad jurisdiccional debe existir un artículo que exprese:

ART.- No. ¿ ?"Las partes en litigio, podrán suspender el proceso, con un solo escrito firmado por ellas, manifestando su voluntad de concluir el litigio por transacción judicial.

El cual el juez acordará teniéndolos por comprometidos a dirimir su litigio por transacción judicial, y citando para audiencia en un término de 10 días para presentar y ratificar el convenio respectivo; y en caso de no hacerlo seguirá adelante - el juicio.

C A P I T U L O T E R C E R O .

LA TRANSACCION JUDICIAL.

- a).- La transacción y su homologación.
- b).- La transacción y la cosa juzgada.
- c).- Consecuencias jurídicas.

CAPITULO TERCERO

LA TRANSACCION JUDICIAL.

La Transacción judicial, ya hemos visto en el transcurso de éste trabajo, que es la llevada a cabo ante autoridad judicial, por su naturaleza es substancial, tomando en cuenta que es un acuerdo de voluntades (convenio); ahora, veremos en el presente capítulo la transacción únicamente en el aspecto judicial, prescindiendo de la que se lleva solamente entre las partes sin intervención de autoridad; la que trataremos de analizar y en la que encontramos como nota característica que pone fin a un proceso y de que puede llevarse a cabo dentro de un juicio o posteriormente a él, pero nunca antes de él, pues en entonces estaríamos en presencia de una transacción extraprocesal. a).- La transacción y su homologación.

En el transcurso del desarrollo de éste capítulo trataremos de seguir el siguiente esquema: primero se asentará lo que es la transacción judicial, su naturaleza, efectos y consecuencias, así como sus características; también intentaremos analizar la cosa juzgada, con sus caracteres, su naturaleza, alcances, elementos, límites etc. para por último aclarar y certificar lo expresado por el artículo 2953 de nuestro código civil respecto a la cosa juzgada entre las partes, y al final analizar los efectos y consecuencias.

Así pues, iniciaremos por la transacción judicial, que es ya lo sabemos, aquella que es realizada ante autoridades judiciales competentes, y vemos que requiere de la sanción de ellas para que pueda surtir sus efectos, dando por terminado el juicio sobre que verse, aclarando que cuando se trata de una controversia futura o de una transacción celebrada extraprocesalmente y que por voluntad de las partes es sometida a consideración judicial; también tendrá la necesidad de ser homologada, ahora bien, ¿Qué se entiende por homologar?, el maestro Pallares (51) en su diccionario nos dice que (citando a Escriche) --

"llamase homologación al consentimiento tácito que dan las partes".

(51).- Pallares Eduardo.- Diccionario de Derecho Procesal Civil Editorial Porrúa. pág.377. México, D.F. 5a. edición.

tes a la sentencia arbitral, cuando dejan pasar diez días desde su pronunciamiento, sin contradecirla; y la confirmación que da el juez a ciertos datos o convenciones"., y sigue diciendo el maestro Pallares (52), "Homologar también significa protocolizar por un notario algún contrato o testamento. Los artículos 1543 al 1549 del código civil establecen la manera de homologar un testamento público cerrado. En su acepción más general homologar quiere decir legalizar, esto es, dar firmeza a un contrato o acto jurídico mediante la intervención del juez o del notario".

Así pues entendemos la homologación como la sanción de aprobación que hacen los jueces al convenio o acto jurídico que se les presente, así tenemos que, puede haber homologación aceptando o confirmando los actos, y es así que concretamente para la transacción hay homologación cuando la autoridad ha otorgado su aprobación al convenio, y esta aceptación es la que pone fin al proceso, si es que hay litigio sometido a la actividad jurisdiccional y asimismo le da fuerza y validez al convenio.

La homologación es necesaria en la transacción judicial, para que la intervención de la autoridad, se haga en función de velar que esos convenio no contengan cláusulas o se refieran a derechos a los cuales no haya libre disposición, es decir, derechos respecto de los cuales no es posible transar; obvio es que esto salta a la vista al órgano jurisdiccional cuando analiza los derechos controvertidos, también vemos aquí que el juzgador en estos casos hace aplicable el artículo 8º del código civil -- que dice: "Los actos ejecutados contra el tenor de las leyes -- prohibitivas o de interés público serán nulos, excepto en los casos en que la ley ordene lo contrario"., así también la intervención judicial se justifica por que debe analizar que el contenido de los convenios no vayan impregnados de clausulado contrario a las buenas costumbres, moral o contra derecho, ni ir contra el orden público; y debe además vigilar el juez porque en la convención no hay estipulaciones notoriamente violatorias a las normas imperativas, pues por ejemplo, no sería aceptado a un acto en donde se integrara ~~inmediatamente~~ el consentimiento- (52).- Pallares Eduardo.- Ob. Cit.

o con vicios de éste, como violencia y error de hecho, etc. en cuyos casos el juzgador tiene facultades para no aprobar los -- convenios en estas condiciones.

Entonces vemos que como requisito indispensable para que -- sean aprobados los pactos, no deben llevar ninguna renuncia de derechos, que no esten en el ambito de la libre disposición de ellos.

Convenio judicial equivale a la transacción judicial, y -- su principal nota es que termina como ya lo dijimos como lo dijimos con un litigio, y es ante autoridad judicial, no así la -- transacción únicamente civil que es la que se realiza entre las partes sin intervención de ninguna autoridad.

Cabe hacer notar que la transacción judicial aunque se ha -- ga con intervención judicial, ésta no interviene como componedo -- ra, por ello la transacción no pierde su carácter de ser figura autocompositiva. b).- La transacción y la cosa juzgada.

La transacción vista desde el ángulo del derecho procesal -- civil, es una forma anómala de terminar o concluir un proceso, -- aunque su doctrina en relación a naturaleza, y todos sus elemen -- tos corresponden al derecho privado; encontramos que como fina -- lidad de ella es ponder fin a un proceso, y aquí hay una dife -- rencia con la transacción puramente civil, por que ella tanto -- puede terminar un conflicto como prevenirlo; una segunda dife -- rencia es que mientras la judicial necesita para surtir efectos de aprobación judicial y la que no se lleva a cabo judicialmente, puede surtir todos sus efectos sin ese requisito, no lo necesita ni para su existencia ni para su validez y encontramos -- una tercera diferencia de suma importancia y es que mientras en la civil, podríamos decir se origina una excepción llamada de -- cosa terminada por transacción, para el supuesto de existir una demanda posterior a la operación, interpretada por una de las -- partes contratantes, y esta excepción será y deberá ser analiza -- da y resuelta en sentencia que pronuncie juez en la transacción judicial se origina para el mismo supuesto, la excepción llama -- da de cosa juzgada, la cual contiene una prolija doctrina nacio

nal y extranjera, así como disposiciones tanto substanciales como procesales muy discutidas y confusas. Esta institución de cosa juzgada no solamente se puede utilizar como excepción sino también como acción, cuestión que explicaremos más a detalle en líneas más adelante.

En estas circunstancias vemos: En relación a la naturaleza de la transacción judicial, cabe decir que no por llevarse a efecto ante autoridad, deja y pierda por eso su carácter de substancial, pues no es un acto procesal que impulse el proceso sino por lo contrario lo termina de forma anormal. La transacción judicial no es acto procesal pero sí tiene efectos procesales en él, puesto que le pone fin.

Respecto a los efectos y consecuencias diremos que la misma ley nos perceptúa que tendrá respecto a las partes la misma autoridad que la cosa juzgada.

Produce en primer lugar el efecto de concluir un proceso, así como también tiene el efecto de que no podrá extenderse a otros negocios (juicios similares) sino sólo produce efecto respecto al asunto que se refirió en ella, y otra consecuencia es que produce efectos sólo entre las partes que acuden a la autoridad. También tiene un efecto declarativo en el sentido de declarar los derechos controvertidos. Produce las consecuencias jurídicas de obligar a los comparecientes en los términos que aparece quisieron convenir, pero también se pasa de un estado de derecho confuso a un estado de derecho cierto y determinado.

De las circunstancias diremos que una de las principales es que requiere de homologación de la autoridad, así también como nota característica y diferenciativa de la transacción judicial es que únicamente concluye con un conflicto de derecho sometido a jurisdicción y no puede darse ni se presta para prevenir controversias futuras, como finalidad. Pero las principales características que encontramos es la excepción a que da lugar o sea la cosa juzgada que puede interponer el transigente que es demandado por el mismo motivo o causa y por la misma persona con la que transó y por el mismo objeto o derecho controvertido

Tanto en derecho adjetivo como substantivo, encontramos disposiciones que hacen alusión al término "cosa juzgada", así-

hay por ejemplo, en el artículo 2953 del código civil y en el 426 del Código de Procedimientos Civiles, por tanto intentaré esclarecer las concepciones que dá cada uno de ellos de éste término, al final del inciso siguiente.

La cosa juzgada.

Concepto de cosa juzgada: El maestro Pallares (53) nos dice: "...es la autoridad y la fuerza que la ley atribuye a la sentencia ejecutoria. Entendemos por autoridad la necesidad jurídica de que lo fallado en las sentencias se considere como irrevocable e inmutable, ya en el juicio en que aquéllas se pronuncien, ya en otro diverso. La fuerza consiste en el poder coactivo que dimana de la cosa juzgada o sea en que deba cumplirse lo que ella ordena". (Pallares dice). Así, "El código de 1884 definió la cosa juzgada en los siguientes términos: la cojuzgada es la verdad legal y contra ella no se admite prueba ni recurso alguno en contrario. Claramente se percibe en ésta definición, la manera como contemplaban la naturaleza jurídica de la sentencia los autores del código", sigue diciendo el maestro Pallares, "según el, las sentencias tienen por objeto establecer la verdad sobre los hechos controvertidos, y olvidaron que en todo fallo hay un mandato o sea un acto de voluntad que dimana de la ley, o debe dimanar de ella. En la actividad jurisdiccional sólo encontraban actos de la inteligencia del juez, encaminados a establecer la verdad sobre los puntos cuestionados, pero dejaban en la sombra lo más sustancial de las decisiones de los tribunales o sea los imperativos que contienen".

Veamos algunas características de la cosa juzgada:

Naturaleza jurídica de la cosa juzgada.-

Existen dos corrientes de opinión respecto a la naturaleza de la cosa juzgada, una llamada tradicional que la considera como uno de los efectos de la sentencia o como su específica eficacia y la otra denominada "Moderna", que sostiene la posición de que la autoridad de la cosa juzgada no es un ulterior o distinto efecto de la sentencia o su eficacia específica; sino más bien una cualidad de sus efectos y referible a todos, o sea su inmutabilidad.

(53).- Ibidem. pág.184.

Desde luego que aceptamos la corriente Moderna al considerar la autoridad de cosa juzgada como la inmutabilidad de la sentencia, pues creemos que no admiten la sentencias que han llenado ciertos requisitos, modificaciones de forma o de contenido, y también consideramos que la cosa juzgada no es la declaración de certeza, pues ésta se puede dar antes que la sentencia alcance la autoridad de cosa juzgada.

Nuestro código de procedimientos civiles acepta la tesis de la declaración de certeza, pues considera la autoridad de la cosa juzgada como presunción de verdad, ello se desprende de la simple lectura de sus artículos 422 y 91 que a la letra dicen: - Art. 91 "Toda sentencia tiene a su favor la presunción de haberse pronunciado según la forma prescrita por el derecho, con conocimiento de causa y por juez legítimo con jurisdicción para darla". y el 422 nos preceptua para que la presunción de cosa juzgada surta efecto en otro juicio, es necesario que entre el caso resuelto por la sentencia y aquél en que ésta sea invocada concurren identidad en las cosas, las causas, las personas de los litigantes y la calidad con que lo fueren.

En las cuestiones relativas al estado civil de las personas y a las de validez o nulidad de las disposiciones testamentarias, la presunción de cosa juzgada es eficaz contra terceros aunque no hubiesen litigado...".

En apoyo a nuestra postura citaremos a Liebman (54) que dice: "I.- La declaración de certeza derivada de una sentencia, lo mismo que sus otros posibles efectos, puede ser concebida y se produce independientemente de la cosa; en la aptitud de la sentencia para producir sus efectos y en la efectiva producción de éstos (cualesquiera que sean de acuerdo con su contenido) consiste su eficacia; y la misma está subordinada a la validez de la sentencia, esto es, a su conformidad con la ley".

Es pues distinto los efectos de la sentencia y la eficacia de la cualidad de los mismos.

Autoridad de cosa juzgada en sentido formal y material.-

(54).- Liebman Tullio Enrico.- Eficacia y Autoridad de la sentencia, y otros estudios sobre la cosa juzgada. Trad. de S. Sentis Melendo. Ediar, S. A. 1946 pág. 197. Buenos A.

El maestro Eduardo Pallares nos proporciona éstos conceptos (55) "La primera (se refiere a la formal) consiste en la fuerza y en la autoridad que tiene una sentencia ejecutoria en el juicio en que se pronunció pero no en juicio diverso" "La cosa juzgada material es la contraria a la anterior y su eficacia trasciende a toda clase de juicios.- Además la primera puede ser destruída mediante los recursos extraordinarios que la ley otorga".

Límites de la cosa juzgada y trascendencia.

Sus límites temporales no existen en autoridad de cosa juzgada pues ella obliga indefinidamente.

Límites espaciales.- En principio rige en el lugar en que se produce, pero según nuestro sistema federal, se puede hacer valer en todo el país por aplicación del artículo 121 de la Constitución.

Límites subjetivos.- En sentido material y formal es obligatoria a todos los que litigaron y terceros que legalmente llamados fueron a juicio. (Artículo 422 del Código de Procedimientos civiles.

Límites Objetivos.- Para ello hago alusión a la ejecución de la Suprema Corte "Cosa juzgada, el alcance exacto de la cosa juzgada la definen los puntos resolutivos de la sentencia y no las razones en que esa misma sentencia se haya apoyado". - Tomo CIVI, pág. 258, Semanario Judicial de la Federación, del 7 de Mayo de 1953: Amparo No. 6045/50.

Trascendencia.- El maestro Pallares dice (56): "...Trascendencia de la cosa juzgada.- La trascendencia consiste en que la autoridad de cosa juzgada no solo se encuentra en lo resuelto expresamente por ella sino también en lo que implícitamente decide aunque no lo declare". Es decir la cosa juzgada trasciende a otras relaciones jurídicas que son cónexas a las afectadas por la sentencia ejecutoria.

(55).- Pallares Eduardo.- Diccionario de Derecho Procesal Civil. Editorial Porrúa, 5a. edición, pág.pág.185.

(56).- Ibidem.pág.191.

El maestro Eduardo Pallares nos proporciona éstos conceptos (55) "La primera (se refiere a la formal) consiste en la fuerza y en la autoridad que tiene una sentencia ejecutoria en el juicio en que se pronunció pero no en juicio diverso" "La cosa juzgada material es la contraria a la anterior y su eficacia trasciende a toda clase de juicios.- Además la primera puede ser destruída mediante los recursos extraordinarios que la ley otorga".

Límites de la cosa juzgada y trascendencia.

Sus límites temporales no existen en autoridad de cosa juzgada pues ella obliga indefinidamente.

Límites espaciales.- En principio rige en el lugar en que se produce, pero según nuestro sistema federal, se puede hacer valer en todo el país por aplicación del artículo 121 de la Constitución.

Límites subjetivos.- En sentido material y formal es obligatoria a todos los que litigaron y terceros que legalmente llamados fueron a juicio. (Artículo 422 del Código de Procedimientos civiles).

Límites Objetivos.- Para ello hago alusión a la ejecución de la Suprema Corte "Cosa juzgada, el alcance exacto de la cosa juzgada la definen los puntos resolutivos de la sentencia y no las razones en que esa misma sentencia se haya apoyado". - Tomo CIVI, pág. 258, Semanario Judicial de la Federación, del 7 de Mayo de 1953: Amparo No. 6045/50.

Trascendencia.- El maestro Pallares dice (56): "...Trascendencia de la cosa juzgada.- La trascendencia consiste en que la autoridad de cosa juzgada no solo se encuentra en lo resuelto expresamente por ella sino también en lo que implícitamente decide aunque no lo declare". Es decir la cosa juzgada trasciende a otras relaciones jurídicas que son cónexas a las afectadas por la sentencia ejecutoria.

(55).- Pallares Eduardo.- Diccionario de Derecho Procesal Civil. Editorial Porrúa, 5a. edición, pág.pág.185.

(56).- Ibidem.pág.191.

A continuación trataremos de diferencias la cosa juzgada y la Transacción judicial.

1.- La transacción es indivisible, si se anula en parte - se anula toda, no así la sentencia, pues ésta puede ser modificada en parte y subsistir por el resto.

2.- La transacción se da por convenio de las partes; no - así la sentencia que se da por acto de juez.

3.- La transacción su forma es distinta a la de la sentencia.

4.- La transacción judicial se da para terminar un con -- flicto llevado a autoridad, y (excepcionalmente) cuando se hace una transacción civil y se homologa por juez para prever un litigio; en cambio la sentencia siempre y únicamente termina un - juicio.

Aclaración respecto al artículo 2953.-

Esta mal redactado, lo que quiso decir el legislador, es- que en la transacción judicial se produce la consecuencia de au- toridad de cosa juzgada y puede anularse en los casos permitidos por la ley; y que la transacción puede ser anulada o rescindida pues ésta última figura es inadmisibile para la sentencia o para la transacción judicial; ello lo manifestamos de acuerdo a lo - asentado por nosotros en líneas anteriores

Consecuencias Jurídicas de la Transacción judicial y de la cosa juzgada.-

De la transacción Judicial.-

1.- Termina una controversia, o la previene, cuando se ha ga civilmente y se lleva a homologar por autoridad judicial.

2.- Efecto de autoridad de cosa juzgada.

3.- No se puede llevar a otros negocios, sólo es válida - para el asunto a que se refiere.

4.- Solo entre las partes que acuden ante las autoridades produce efectos, no tiene efectos a extraños.

5.- Efecto declarativo, pues esclarece los ~~derachos~~ con - trovertidos.-

6.- Produce la consecuencia de obligar a los contratantes en los términos estipulados.

7.- El efecto de pasar a las partes de un estado confuso-

de derecho a otro determinado y cierto.

COSA JUZGADA.-

Antes de tratar los efectos, creo conveniente decir cuales sentencias causan ejecutoria, remitiéndome al artículo 426- y 427 del Código de Procedimientos civiles que dicen: ART. 426. "Hay cosa juzgada cuando la sentencia causa ejecutoria.

Causan ejecutoria por ministerio de ley:

- 1.- Las sentencias pronunciadas en juicio cuyo interés no pase de cinco mil pesos;
- 2.- Las sentencias de segunda instancia;
- 3.- Las que resuelvan una queja;
- 4.- Las que dirimen o resuelven una competencia, y
- 5.- Las demás que se declaran irrevocables por prevención expresa de la ley, así como aquéllas de las que se dispone que no haya más recurso que el de responsabilidad".

Y el artículo 427 del mismo ordenamiento dispone: "Causan ejecutoria por declaración judicial:

- 1.- Las sentencias consentidas expresamente por las partes o por sus mandatarios con poder o cláusula especial;
- 2.- Las sentencias de que hecha notificación en forma no se interpone recurso en el término señalado por la ley, y
- 3.- Las sentencias de que se interpuso recurso, pero no se continuó en forma y término legales o se desistió de él la parte o su mandatario con poder o cláusula especial.

Efectos:

- 1.- Termina una controversia judicial.
- 2.- Pone fin lícito y normal a un juicio y establece un nuevo estado de derecho al que necesariamente se deben ajustar las partes.
- 3.- Su ejecución es o puede ser forzada, aún en contra de la voluntad de las partes.
- 4.- Origina una acción o excepción llamada "De cosa juzgada", para las partes.

En consideración a lo expuesto en el presente trabajo y en relación a las cuestiones jurídicas que he tocado, llego a las siguientes conclusiones.

CONCLUSIONES

I

LA TRANSACCION ES UN CAMINO (FORMA) AUTOCOMPOSITIVA, COMPLEJA, BILATERAL, DE TERMINAR LOS CONFLICTOS INTERSUBJETIVOS DE INTERESES.

II

A NUESTRO JUICIO ES LA FORMA MAS BENEFICA PUESTO QUE EN ELLA, LAS PARTES COMPONEN POR SI MISMAS SUS PROBLEMAS JURIDICOS-QUE ES EN ULTIMA INSTANCIA LO QUE SE PRETENDE SI SE ACUDE A LOS-TRIBUNALES.

III

LA TRANSACCION TIENE COMO ELEMENTOS Y CARACTERISTICA PROPIAS QUE LA HACEN DISTINGUIRSE DE OTRAS FIGURAS QUE PODIERAN ASIMILARSE: LAS SIGUIENTES: RECIPROCIDAD DE CONCESIONES, EXISTENCIA DE UNA CONTROVERSIA O POSIBILIDAD DE QUE NAZCA.

IV

LA FORMALIDAD EXIGIDA POR EL CODIGO CIVIL EN EL ARTICULO 2945, NO ES ELEMENTO ESENCIAL DEL CONVENIO, SINO SOLAMENTE UN MEDIO DE PRUEBA.

V

LA TRANSACCION EN CONSECUENCIA, ES UN CONVENIO BILATERAL - ONEROSO, CONMUTATIVO, CONSENSUAL, PRINCIPAL, INSTANTANEO O DE TRACTO SUCESIVO.

VI

PARA PODER TRANSIGIR VALIDAMENTE ES NECESARIO QUE CONCUERRA LA CAPACIDAD DE ENAJENAR EN LAS PARTES QUE TRANSAN Y EXPRESAR SU VOLUNTAD, EN EL SENTIDO DE QUERER TERMINAR CON LA INCERTIDUMBRE-JURIDICA QUE POSEEN.

VII

EL CONVENIO ABERGA UNICAMENTE EL PROBLEMA QUE SE RESUELVE O SE PREVEE, Y NO SE PUEDE HACER EXTENSIVO A OTROS ACTOS SIMILARES O CONFLICTOS DISTINTOS, DADO LO ESTABLECIDO POR EL ARTICULO-2962 DEL CODIGO CIVIL.

VIII

LA TRANSACCION TIENE EFECTOS EXTINTIVOS PERO EMINENTEMENTE DECLARATIVOS Y EN OCASIONES TRASLATIVOS A CAUSA DE TRANSFERENCIAS DE DERECHOS Y OBLIGACIONES.

IX

EL ARTICULO 2953 DEBE SER MODIFICADO, PORQUE ES OMISO Y - CONFUSO, PUES DEBE DETERMINARSE CON CLARIDAD QUE SOLO LA TRANSACCION JUDICIAL TIENE EFECTOS Y CONSECUENCIAS DE AUTORIDAD DECOSA JUZGADA; QUE EN LA TRANSACCION CONVENCIONAL SE PODRA PEDIR LA RESCISION O NULIDAD DE LA MISMA: Y LA PRIMERA PUEDE SER TAMBIEN AFECTA A NULIDAD.

X

EN LA TRANSACCION PURAMENTE CIVIL SE ORIGINA EN FAVOR DE LAS PARTES, LA ACCION DE CUMPLIMIENTO, LA DE RESCISION Y LA POSIBILIDAD DE PEDIR LA NULIDAD.

XI

EN LA TRANSACCION JUDICIAL SE ORIGINA PARA LAS PARTES LA ACCION DE CUMPLIMIENTO Y ADEMAS LA VIA DE APREMIO O EJECUCION FORZADA PARA CASO DE INCUMPLIMIENTO, Y LA NULIDAD EN LOS CASOS QUE LA LEY EXPRESAMENTE LO ADMITA.

B I B L I O G R A F I A .

- ALCALA ZAMORA NICETO. PROCESO, AUTOCOMPOSICION Y AUTO DEFENSA.
- ALSINA HUGO: TRATADO TEORICO PRACTICO DE DERECHO PROCESAL CIVIL Y COMERCIAL.
- BAUDRY LACANTINERIE Y WAHL. LOS CONTRATOS ALEATORIOS, DE MANDATO, DE LA TRANSACCION.
- BECCERRA BAUTISTA. EL PROCESO CIVIL EN MEXICO.
- BORJA SORIANO MANUEL. TEORIA GENERAL DE LAS OBLIGACIONES.
- BRISEÑO SIERRA HUMBERTO. BOLETIN DEL INSTITUTO DE DERECHO COMPARADO.
- CASTAN TOREÑAS JOSE. DERECHO ESPAÑOL, COMUN Y FORAL.
- CARNELUTTI FRANCESCO. SISTEMA DE DERECHO PROCESAL CIVIL.
- CHIOVENDA GIUSSEPPE. INSTITUCIONES DEL PROCESO CIVIL.
- COLIN Y CAPITANT. INSTITUCIONES DE DERECHO PROCESAL CIVIL.
- COUTURE EDUARDO. CURSO ELEMENTAL DE DERECHO CIVIL
- DE DIEGO CLEMENTE. FUNDAMENTOS DE DERECHO PROCESAL CIVIL.
- DE GASPARI LUIS. INSTITUCIONES DE DERECHO CIVIL ESPAÑOL.
- DE PINA RAFAEL, JOSE CASTILLO LARRAÑAGA. TRATADO DE DERECHO CIVIL.
- GUTIERREZ Y GONZALEZ ERNESTO. INSTITUCIONES DE DERECHO PROCESAL CIVIL.
- KISH W. DERECHO DE LAS OBLIGACIONES.
- LIEBMAN ENRICO TULLIO. ELEMENTOS DE DERECHO PROCESAL CIVIL.
- MALDONADO ADOLFO. EFICACIA Y AUTORIDAD DE LA SENTENCIA.
- DERECHO PROCESAL CIVIL TEORIA Y LEGISLACION FEDERAL DEL DISTRITO Y MERCANTIL.

MARGADANT S. GUILLERMO F.
MATEOS ALARCON MANUEL.

MAYNZ CARLOS.

MESSINEO FRANCESCO.

OTTOLENGHI.

PALLARES EDUARDO.

PLANIOL MARCEL.

REDENTI ENRICO.

ROJINA VILLEGAS RAFAEL.

ZAYAS PABLO.

DERECHO ROMANO.

ESTUDIOS SOBRE EL CODIGO CI-
VIL DEL DISTRITO FEDERAL.

CURSO DE DERECHO ROMANO.

MANUAL DE DERECHO CIVIL Y
COMERCIAL.

REVISTA DE DERECHO PROCESAL.
COMPANIA ARGENTINA.

DICCIONARIO DE DERECHO PROCE-
SAL CIVIL.

TRATADO ELEMENTAL DE DERECHO
CIVIL (OBLIGACIONES)

DERECHO PROCESAL CIVIL.

DERECHO CIVIL MEXICANO.

REVISTA DE LA ESCUELA NACIONAL
DE JURISPRUDENCIA.

TRATADO ELEMENTAL DE PROCEDI-
MIENTOS EN EL RAMO CIVIL.