

# REFLEXIONES JURÍDICO-ROMANAS A PROPÓSITO DEL CONTRATO DE MEDIACIÓN FAMILIAR

Ana Alemán Monterreal

## 1. SOBRE EL CONTRATO DE MEDIACIÓN FAMILIAR.

La tendencia actual del derecho de familia es la de reconocer la autonomía de la voluntad de las partes y su capacidad para la resolución de los conflictos familiares mediante el establecimiento del papel subsidiario del Estado y del poder judicial; es decir, un papel prioritario y prevalente de los acuerdos entre los cónyuges respecto de lo que establece la norma y los pronunciamientos judiciales, otorgando a los propios interesados un papel protagonista en la regulación de las relaciones y conflictos que en este ámbito puedan surgir.

La doctrina es pacífica al afirmar que la relación jurídica constituida entre las partes y el mediador es constitutiva de una relación contractual, cuyo fundamento se encuentra en la autonomía privada consagrada por el artículo 1255 del Código Civil “los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas, y condiciones que tengan por conveniente siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público.”

Desde el punto de vista legislativo constituye un contrato atípico que se fundamenta con exclusividad en la autonomía privada, presentando, por consiguiente, una gran dificultad en la determinación de su naturaleza jurídica. Es por ello conveniente su delimitación respecto de otras figuras afines.

Con el arbitraje, presenta similitudes, ya que ambos contratos nacen de un compromiso previo entre las partes, e igualmente, ni en uno ni en otro se hace dejación del derecho fundamental a la tutela jurídica efectiva. Pero, ciertamente diferencias fundamentales impiden su equiparación, entre ellas, y decisoria resulta la eficacia ejecutiva que presenta el laudo arbitral, la que no aparece, en ningún caso, en el acuerdo de mediación, es más, la función del mediador ni es juzgar, ni decidir la solución más adecuada, sino que ésta consiste en aproximar las posiciones de los cónyuges, facilitando la negociación e intentando conseguir un acuerdo satisfactorio para ambos.

Tampoco puede confundirse con el arrendamiento de obra cuya finalidad es la obtención de un resultado, pues en la mediación familiar el mediador aunque deba aplicar sus medios y conocimientos y actuar conforme a la *lex artis ad hoc* en la resolución del conflicto, éste no se obliga a conseguir el acuerdo, y por tanto, el resultado. La diferencia es insalvable: uno, obligación de resultado; otro, obligación de medios.

También, presenta alguna paridad con el arrendamiento de servicios, pero éste es bilateral y el de mediación presenta un marcado carácter plurilateral, ya que existe una relación triangular entre las partes contratantes y el mediador: no sólo el mediador

queda obligado a desarrollar una actividad de acuerdo con las normas de ejercicio de la profesión, sino también, las partes vienen obligadas a iniciar un diálogo y comunicación entre ellas y con el mediador.

Probablemente, sea el contrato de mediación mercantil con el que ha venido señalándose una mayor semejanza. Este contrato mediante el cual una persona se obliga a abonar a otra –mediador– una remuneración por promover o facilitar la celebración de un determinado contrato con un tercero que habrá de buscar al efecto, es considerado como un contrato atípico no contemplado por nuestro Código Civil ni mercantil; contrato especial al amparo del principio de libertad de pactos del artículo 1255 del Código Civil, calificado, por reiteradas sentencias, de contrato innominado, *sui generis*, *facio ut des*, principal, consensual y bilateral<sup>1</sup>.

Pero, las diferencias con la mediación familiar resultan notorias. Por un lado, en el contrato de mediación mercantil observamos cómo el mediador debe poner a las partes en contacto para que realicen un negocio jurídico a cambio de una contraprestación o comisión; sin embargo, en la mediación familiar, el mediador no busca a nadie para la realización de un contrato, sino que, por el contrario, son los mismos implicados quienes buscan al mediador familiar, sin que por otra parte se vean compelidos a alcanzar un acuerdo.

Pero, además, y sobre todo, el mediador familiar presenta una funciones y características *sui generis*, que difieren ampliamente del mediador o corredor. En efecto, su función es ayudar a las partes a identificar y clarificar los temas objeto de la controversia, a canalizar los sentimientos y emociones de forma positiva, y a generar opciones que faciliten la resolución del conflicto con la finalidad de evitar el enfrentamiento en los Tribunales. No es ni juez ni árbitro, es un auxiliar para atemperar la situación de enfrentamiento y favorecer la interrelación que posibilite el acuerdo, conduciendo a las partes por sí mismas a encontrar las bases para conseguirlo. Aproxima, pues, las relaciones entre los cónyuges, facilita la negociación entre ellos e intenta alcanzar un acuerdo satisfactorio para ambos, limitando su función a la búsqueda de un acuerdo que ordene sus relaciones personales y patrimoniales tras la ruptura.

Ciertamente, si el contrato de mediación familiar contiene características de determinados contratos, no es menos cierto, que existen diferencias esenciales que impiden subsumirlo en aquellas categorías contractuales con las que presenta un mayor acercamiento.

En definitiva, pues, el contrato de mediación familiar se nos presenta como un contrato atípico con autonomía y sustantividad propia, cuyo fundamento jurídico se encuentra en el artículo 1255 del Código Civil.

## **2. LA MEDIACIÓN FAMILIAR COMO PROCEDIMIENTO DE RESOLUCIÓN EXTRAJUDICIAL DE CONFLICTOS**

La mediación familiar es un procedimiento de resolución extrajudicial de los conflictos familiares, un método alternativo, o mejor, complementario al sistema judicial, en virtud del cual un tercero imparcial y neutral ayuda a los miembros de la pareja en la búsqueda de un acuerdo que reglamente su situación personal y patrimonial posterior a la ruptura.

---

<sup>1</sup> Entre otras: sentencia 3 de junio de 1950, sentencia de 27 de diciembre de 1962, sentencia de 3 de marzo de 1967, sentencia de 5 de febrero de 1996.

Un repaso al panorama jurídico español nos pone de manifiesto que se avecina un cambio favorable a la solución extrajudicial de los conflictos, como constatamos, en concreto, en el ámbito de la mediación familiar.

Los motivos de este cambio son múltiples. En este sentido, a nivel general, resulta prioritario el alarmante estado de colapso por el que atraviesan nuestros tribunales, pero, en concreto, en el ámbito de la mediación familiar poderosos y profundos argumentos justifican, sin duda, la resolución extrajudicial de estos conflictos.

Como dice el documento fundacional de la mediación familiar en Europa<sup>2</sup>, estos conflictos se presentan peculiares por tres razones básicas, que a su vez, y aun jurisdiccionadas, les dota de perfiles propios, a saber: que implican a personas que tienen relaciones de interdependencia que continuarán tras la ruptura, que nacen en un contexto emocional difícil que los agrava, y, que tienen impacto sobre todos los miembros de la familia, y en especial, los niños<sup>3</sup>.

En este sentido, dicen Pérez Martí y Ortuño Muñoz, que la judicialización como medio para la solución de conflictos propia de nuestra tradición ha sobrecargado cuantitativa y cualitativamente la función jurisdiccional, asumiendo materias que no le son propias<sup>4</sup>.

Pero, ciertamente, como ya ha sido puesto de manifiesto por un amplio sector doctrinal, es, sin duda, más idóneo hablar de complementariedad, pues la mediación ni puede, ni pretende sustituir al sistema tradicional de los Tribunales de justicia, sino que, por el contrario, le sirve de complemento. Y es que, mediación y justicia no son intercambiables, ni la una puede sustituir a la otra, sino que ambas deben cooperar conjuntamente para conseguir una mayor utilidad y eficacia en el ámbito de estos conflictos familiares.

### **3. ANTECEDENTES JURÍDICOS ROMANOS DE ESTA DOBLE VERTIENTE DE LA MEDIACIÓN FAMILIAR: RELACIÓN CONTRACTUAL-PROCEDIMIENTO DE RESOLUCIÓN EXTRAJUDICIAL DE CONFLICTOS.**

En el ámbito de la mediación familiar hemos manifestado esta doble vertiente, por un lado, un contrato atípico con autonomía y sustantividad propia sustentado en la libertad de pactos reconocida por nuestro Código Civil, por otro, su consideración como procedimiento extrajudicial en la resolución de los conflictos matrimoniales.

Para abordar el estudio de esta dualidad caracterizadora de la mediación familiar, creemos, cuando menos, conveniente conocer determinadas figuras jurídicas romanas, las que, sin duda, constituyen una aportación importante al tema que nos trae causa. Entre ellos destacamos, de una parte, los pactos, en donde no casualmente se incluyen figuras como el arbitraje y el compromiso; figuras que, por lo demás, están en íntima conexión con la resolución extrajudicial de los conflictos, de otra, el contrato de transacción, en el que se funden ambos aspectos: su contenido obligacional y la resolución extrajudicial del conflicto.

---

2 Recomendación Número R (98)1,5.

3 Quiénes padecen de modo más directo, y en la mayoría de ocasiones traumático, las consecuencias de la ruptura.

4 Pérez Martí, “la carrera hacia la mediación familiar”, *Lex Nova*, nº8, julio 2000. Ortuño Muñoz, “La mediación familiar intrajudicial”, *Derecho de Familia* num.7, abril 2000, p. 45.

### 3.1. El *Pactum*

El término *pactum* no presenta en derecho romano un significado constante, sino que aparece sometido a una profunda evolución.

Esta evolución tiene su origen en las antiguas normas de la ley de las XII Tablas, en donde encontramos el primer reconocimiento de la eficacia jurídica de los *pacta*. Así, la tabla I, 6-7, nos dicen:

I,6 “*Rem ubi pacunt, orato*”; I,7 “*Ni pacunt in comitio aut in foro ante meridiem caussam coincuntio. Cum peroranto ambo praesente*”. “Si hacen la paz, pronúnciese el acuerdo; si no la hacen en el comicio o en el foro<sup>5</sup>, expongan la causa antes del medio día”<sup>6</sup>.

La doctrina unánimemente ha manifestado que el fragmento expresa la consecución de paz a través del *pactum*, sin embargo, difiere en lo referente al objeto del acuerdo. Así, parte de la doctrina considera que se establece un acuerdo entre las partes sobre el objeto del litigio<sup>7</sup>; mientras que otro sector afirma que el acuerdo entre las partes versa sobre el lugar para el desarrollo de la causa, de este modo, si hubo acuerdo se llevaría a cabo en el lugar elegido, mientras que si no lo hubo se desarrollaría en el comicio o en el foro<sup>8</sup>.

En puridad, entendemos que el fragmento recoge un acuerdo de pacificación entre las partes sobre el objeto del litigio; acuerdo que, por lo demás, evita el proceso. Por lo que, destacamos, por un lado, un claro aspecto pacificador del pacto, y por otro, un importante efecto procesal, ya que pone fin a un litigio judicial.

En la Tabla III,5: *Erat autem ius interea paciscendi ac nisi pacti forent, habebantur in vinculis dies sexaginta. Inter eos dies trinis nundinis continuus ad praetorem in comitium producebantur, quanteque pecuniae iudicati essent, praedicabatur. Tertius autem nundinis capite poenas dabant, aut trans Tiberim peregre venum ibant*<sup>9</sup>.

Apreciamos cómo el deudor condenado y el demandante victorioso podían evitar el procedimiento ejecutivo mediante un pacto, al concederse la posibilidad de un acuerdo que evitaba los 60 días de encadenamiento y los trámites sucesivos. El *pacere* supone, nuevamente, un acuerdo pacificador que evita la ejecución de la sentencia.

Igualmente, las consecuencias afflictivas para el autor de determinados delitos podían evitarse en virtud de un pacto, como observamos en la tabla VIII, 2:

“*Si membrum rupsit, ni cum eo pacit, talio esto*”

el *pactum* evita, en este caso, la drástica pena del talión, ya que la sustituye, como ha sostenido la doctrina mayoritaria, por una composición pecuniaria<sup>10</sup>.

---

5 Es decir, ante el magistrado o ante el juez.

6 Burillo, “Los pactos en el derecho romano” *Annales Universidad de Murcia* 23 (1963-64), pp. 152 ss..

7 Entre otros: Giofredi, “Diritto e processo. Rem ubi pacunt orato XII, Tab. I, 6-9”, *SDHI* 12, pp. 271 ss.; Archi, “Ait praetor: Pacta conventa servabo. Studi sulla genesis e sulla funzione della clausola nell’*edictum perpetuum*” *Iustitia et Iure. Festgabe für U.V. Lübtow zum 80* (Berlín 1981) p. 382.

8 En este sentido, Luzzato, *Proc. Civ. Rom. II. Le leg act*, Bolonia 1948, p. 331; Levy Bruhl, *Recherches sur les actes de la loi*, París 1960, p. 206 ; Pugliese, *Proc. Civ. Rom. I. Le leg act*, Milano 1963, pp. 402 ss.; Kaser, *Das römische Zivilprozessrecht*, 1966, pp. 83 ss..

9 Gellius, N.A. (20,1,46-47) Sobre esta Tabla, *vid.*: Giofredi, “Sull’origine della condemnatio pecuniaria e la struttura del processo romano”, *SDHI* 12 (1946) pp. 136 ss., y, Sturm, “Il pactum e le sue molteplici applicazioni”, *Convegno contractus e pactum. Tipicità e libertà negòciale nell’esperienza Tardo Republicanica. Atti Convegno di diritto romano a cura di Milazzo* (Napoli 1990) pp. 152 ss..

10 Manenti, “Pacta conventa”, *Studi Senesi* 31 (1915) p.116; Ferrini, “sulla teoria generale dei pacti”, *Opere di contardo Ferrini III* (Milano 1929) p.255.

Otra norma de las XII tablas transmitida por Ulpiano en D.2,14,7,14 “...*De furtu pacisci lex permitti*”, permite evitar la pena establecida por la ley para el *furtum* mediante un *pactum* entre el autor y la víctima del delito.

En definitiva, los fragmentos señalados nos llevan a considerar el *pactum* como un acuerdo pacífico entre partes que iban a iniciar un litigio judicial o a ejecutar la sentencia, así como entre la víctima de un delito y el culpable, evitando en un caso el inicio del proceso o su ejecución, y en el otro, las penas previstas por la ley para la comisión de mencionados delitos. Lo que evidencia, a nuestro entender, dos aspectos decisivos del *pactum*: acto de paz - acuerdo *inter partes*, y a su vez, nos pone de manifiesto que en su génesis e inicios viene vinculado a la consensualidad y a la libertad de formas.

Esta apreciación inicial del *pactum* se confirma desde una perspectiva etimológica. En efecto, según Ernout-Meillet, de la raíz *pak*, alternando con *pag*, deriva la palabra *pax*, y a esta misma raíz pertenecen las formas antiguas *pacit*, *pacunt*, del verbo *pacere*, usadas en las XII Tablas, en consecuencia, parece probable afirmar que el sustantivo *pax* vendría a indicar, en su origen, el cese de un estado de hostilidad, una actividad a través de la cual, por vía convencional, se determinaría la no beligerancia, es decir, un acuerdo privado entre dos personas para establecer la paz entre ellas.

Con posterioridad, el pretor en su edicto promete garantizar los pactos convenidos que se hayan hecho sin dolo, sin infringir las leyes, los *plebiscitos*, los *senadosconsultos*, decretos o edictos de los emperadores, y que no sean en fraude de cualquiera de los mismos:

“*Pacta conventa, quae neque dolo malo, neque adversus leges, plebiscita, senatusconsulta, decreta edicta principum, neque quo fraus cui eorum fiat, facta erunt, servabo.*”

Observamos que el significado del pacto se amplía, acogiendo a todo acuerdo que las partes puedan acordar entre sí. Lógicamente estos pactos *obligationem non parit*, sino que protegen al deudor mediante la *exceptio* y la *denegatio actionis*.

Esta protección pretoria de los pactos supone, sin duda, un reforzamiento de la autonomía privada y de la *voluntas* negocial.

Y así, paulatinamente, los pactos añadidos a los contratos consensuales se harán exigibles mediante la acción del contrato, adquiriendo el significado de acuerdos dirigidos a modificar el contenido de la relación contractual. E igualmente, algunos pactos generarán por sí mismos acción, ya que el pretor en uso de su poder jurisdiccional de *dare et denegare actionem*, concedió una *actio in factum* para pedir lo convenido y acordado.

Entre estos tipo de pactos encontramos el *receptum arbitrii* –arbitraje-, ese pacto pretorio por el que una persona acepta ser arbitro, asumiendo la obligación de dirimir una controversia entre dos o más personas<sup>11</sup>.

Idéntico criterio siguieron algunas constituciones imperiales al dotar de *actio* a determinados pactos –*pacta legitima*-, entre los que encontramos el *pactum ex compromisso*; pacto legítimo por el que las partes contendientes acuerdan someter sus diferencias a la decisión de un árbitro y aceptar su decisión.

Fruto de esta larga evolución, en el derecho justiniano, el *pactum* es sinónimo de *conventio*, apreciándose, por lo demás, una clara tendencia a considerar los contratos como pactos.

11 Obsérvese como de este pacto no nace *actio* para obligar al arbitro a cumplir su laudo.

### 3.2. El contrato de transacción.

La figura jurídica de la transacción –*transactio*- viene definiéndose como un contrato en virtud del cual cada una de las partes, dando, prometiendo o reteniendo alguna cosa ponen fin a un litigio o evitan el que pueda surgir<sup>12</sup>. Es, pues, como bien dice Freixas, un acuerdo entre dos o más personas en virtud del cual y mediante concesiones recíprocas entre ellas –atribuciones y renunciaciones- se pone fin a una situación de incertidumbre jurídica sobre un derecho discutible a fin de evitar un litigio futuro o bien para dar por terminado uno ya planteado entre los sujetos que transigen. Definición que, por lo demás, puede deducirse, como añade este mismo autor, no sin cierto esfuerzo, de los textos clásicos y postclásicos<sup>13</sup>.

Su presupuesto es, pues, una relación jurídica incierta o litigiosa, su finalidad sería la sustitución de esta relación por otra cierta e incontestable, y el medio establecido para ello consiste en las recíprocas concesiones de las partes.

Esta figura alcanzó su definitiva configuración jurídica en el derecho clásico y postclásico, pero su origen se vincula a los tiempos más antiguos de Roma, probablemente, a los acuerdos internacionales de paz que Roma concluía con otros pueblos itálicos. Y es que las frecuentes situaciones de enemistad y conflictos podían evitarse mediante un acuerdo transaccional, en virtud del cual el pueblo ofendido se obligaba a renunciar al estado de guerra a cambio de un precio que el grupo ofensor se comprometía a pagar; de este modo, el derecho a la guerra del grupo ofendido se extinguía, sustituyéndose por un nuevo derecho que consistía en el pago de una composición.

En el código decemviral la transacción encuentra explícito reconocimiento, y ello, claro está, si admitimos su identidad con los términos *pacere* y *pacisci* de las XII Tablas.

La doctrina no es del todo pacífica sobre la cuestión. Así, un sector doctrinal identifica estos términos con el acuerdo transaccional, mientras que otro, atribuyen una noción más amplia que el de transacción cuando lo identifican con la noción positiva de convenio.

En cualquier caso, ambos posicionamientos no tienen porqué plantearse en términos de disparidad, al menos en los casos que han sido objeto de nuestro estudio. Y es que, los términos en cuestión, ciertamente, reflejan un acuerdo o convenio, pero, no es menos cierto, que estos acuerdos consisten, precisamente, en concesiones recíprocas de las partes, las que, por lo demás, evitan o ponen fin a un litigio.

En efecto, en la Tabla I,6-7 el *pacere*, sin duda, refleja un acuerdo que supone concesiones recíprocas entre los futuros litigantes, viniendo, en cierto modo, a sustituir el originario derecho de reclamación del demandante por el contenido del acuerdo establecido, y que tiene la virtualidad de evitar el procedimiento, lo que refleja una cierta paridad, o probablemente, una identidad con el acuerdo transaccional. Añadiendo, además, pese a las diversas interpretaciones del término *orare*<sup>14</sup>, que indica de forma un tanto vago e imprecisa como el acuerdo surte efecto, lo que se desprende de la confrontación textual entre la Tabla I,6 y I,7, pues si hay acuerdo se evita la iniciación del

---

12 Cf. esta definición con el artículo 1809 del CC..

13 Freixas, “Una nota sobre la transactio”, *AHDE* 49 (1979) pp. 643 ss..

14 *Vid.*, por todos, Albuquerque, *La protección jurídica de la palabra dada en Derecho Romano: Contribución al estudio de la evolución y vigencia del principio general romano pacta sunt servanda en el derecho europeo actual*, Córdoba 1998, pp. 20 ss., con amplia referencia bibliográfica sobre los distintos posicionamientos doctrinales.

procedimiento, mientras que si no lo hay, el proceso sigue su curso, lo que a nuestro entender denota una cierta eficacia del acuerdo.

Igualmente, en la Tabla III,5 se establece la posibilidad de llegar a un acuerdo; el que supone concesiones recíprocas entre las partes, ya que se renuncia a la ejecución de la sentencia a cambio de una prestación. Por este motivo, entendemos, nuevamente, que los términos *paciscendi* y *pacti* reflejan un acuerdo transaccional.

También, en la Tabla VIII,2, el acuerdo consiste en el pago de una composición pecuniaria que el autor del acto delictivo ofrecía voluntariamente para que el ofendido renunciara a la venganza privada; concesiones recíprocas que evitan el derecho del talión. Y, en D.2,14,7,14 el autor del delito satisface el interés del actor para salvarse de la pena establecida por la ley, renunciando éste al ejercicio de la *actio furti* o de la *actio iniuriarum*.

En consecuencia, afirmamos la identidad de los pactos señalados con el acuerdo transaccional.

Esta afirmación viene corroborada por el empleo de los términos utilizados para designar la transacción: *pacisci*, *pactum*, *pactio*, *decidere*, *decisio*, *componere*, *compositio*, *transigere* y *transactio*. E igualmente, por el significado del *transigere* y *transactio* que encontramos en las fuentes jurídicas y literarias<sup>15</sup>, que vienen usadas indistintamente con el significado de “resolver”, “acabar”, “decidir” o “concluir”, así como, con aquél de “acuerdo”, “convenio” o “pacto”<sup>16</sup>; por ello, no es extraño que Ulpiano en D.2,15,1 *de transactionibus* use indistintamente como sinónimos el *pactum* y la *transactio*.

Numerosos ejemplos encontramos con el significado de acuerdo, convenio o pacto. Por lo que a las fuentes jurídicas se refiere se puede apreciar en el texto de Paulo recogido en D. 50,16,230 cuando habla de “*transatione composita*”, que puede interpretarse en el sentido de acuerdo, o cuando menos, sólo posible mediante un acuerdo previo.

Con mayor claridad encontramos este significado en dos textos de Ulpiano. En uno, la transacción se identifica con el acuerdo modificativo de los términos en que han de percibirse los alimentos; en otro, con el acuerdo de venta de un fundo<sup>17</sup>. Y el mismo jurista, definiendo lo que ha de entenderse por convención, nos dice: *conventionis verbum generale est ad omnia pertinens, de quibus negotii contrahendi transigendique causa consentium*<sup>18</sup>.

Todo ello nos conduce a reiterar la identidad del pacto con la transacción en los textos de las XII Tablas. Ahora bien, nos preguntamos si los efectos de estos acuerdos son meramente extintivos, o si por el contrario, denotan una cierta eficacia constitutiva. La doctrina no parece conciliar sus opiniones sobre los efectos de este acuerdo; no obstante se ha podido observar que impera una función extintiva, aunque, no faltan autores como Melillo, que afirman un significado más amplio, ya que el pacto transaccional, no sólo determinaba la extinción de un derecho o del procedimiento, sino que también contemplaba acuerdos con efectos constitutivos<sup>19</sup>; y, ciertamente, aunque no podía recono-

---

15 Con ambos significados se encuentra en Pacuvio y en Cicerón, véase, Schiavione, *Studi sulle logiche dei giuristi romani. Nova negotia e Transactio da Labeone a Ulpiano*, Napoli 1971, pp. 7 ss..

16 Bertolini, *Della transazione cit.*, p. 331.

17 Respectivamente: D.2,15,8,6 y D.2,15,8,15.

18 D.2,14,1,3.

19 A favor de un efecto extintivo, véase, Manenti, “Contributo critico alla teoria generale dei pacta secundo il diritto romano”, *Studi Senesi* 7 (1890) pp. 85 ss.; *Studi Senesi* 8 (1891) pp. 3 ss.; Burillo, “Los pactos” cit., p. 153. Por su parte, Melillo, “Patti” (storia), *ED* 32 (1982) pp. 481 ss., en apoyo de esta eficacia constitutiva señala el comentario de Gayo a las XII Tablas recogido en D.2,14,48, del que se deduce que el pacto vincula plenamente a las partes cuando se trata de una *res nec mancipi* –un pacto plenamente constitutivo de derechos-, y Gayo 3,94 que califica la *spensio* de *pactio*.

cérsele una eficacia constitutiva capaz de hacer que surgiera *ex novo* una relación obligatoria, ya que se trata de un simple acuerdo no de un acto vinculante, no es menos cierto, que la partes se obligaban entre sí en la medida de lo convenido o acordado, y esta vinculación que no era jurídica, sino lo era desde un punto de vista ético y social con toda la fuerza de la *fides* y la *amicitia*<sup>20</sup>.

En la transacción se hace del todo necesario distinguir una doble vertiente, por un lado, el aspecto obligacional, y por otro, el procesal<sup>21</sup>.

En cuanto al aspecto obligacional. En principio, la transacción no es considerado como un contrato que genera obligación entre las partes<sup>22</sup>, sino que es un mero acuerdo, un pacto, cuyo incumplimiento genera una *exceptio*, por este motivo, se utilizaba, a veces, el contrato verbal stipulatorio, ya que de este modo se reforzaba civilmente, al asegurarse el cumplimiento de la obligación.

Posteriormente, a finales de la época clásica y en el derecho postclásico va adquiriendo una calificación contractual, incluyéndose en la categoría de los contratos innominados; esta categoría contractual incluye relaciones que pueden tener como objeto prestaciones bilaterales o unilaterales, y cuyos elementos básicos son el acuerdo entre las partes y la realización de una prestación para obtener a cambio otra de diversa índole, bajo los que se incluyen acuerdos clasificados en cuatro figuras distintas: *Do ut des, do ut facias, facias ut des, facio ut facias*.

Conforme a esta nueva configuración jurídica, el incumplimiento de una de las partes no se hará exigible por un medio procesal indirecto como es la *exceptio*, o por aquella *actio* incidental fruto de su revestimiento civil, sino que, ahora, dispone de la sanción propia de los contratos innominados, la que consiste, bien, en demandar mediante una *condictio* la restitución de lo que ya ha sido entregado –*condictio causa data causa non secuta*–, bien en obligar a la prestación convenida –*actio praescriptis verbis*–.

No obstante estas afirmaciones, en el ámbito obligacional merece que puntualicemos algunos aspectos de interés al tema que nos trae causa.

Por un lado, la transacción es un acuerdo concluido entre dos o más personas frente a una situación jurídicamente incierta que, adoptándose mediante una manifestación libre de la voluntad afecta de manera general a las partes que lo concluyen, extendiéndose a su vez sobre el objeto que convienen.

Es más, como ha sostenido Freixas, este acuerdo produce una doble efectividad; por un lado, un efecto general y negativo, que consiste en poner fin a un estado jurídi-

---

20 Fuenteseca, “Visión procesal de la historia del contrato en derecho romano clásico”, *Estudios Alvaro D’ors* I (Pamplona 1987) pp. 487 ss.; De Visscher, “Pactes et Religio”, *Archeion idiotikon dikaion. Archives de droit privé* 16 (1983) p. 416; Albuquerque, *La protección jurídica cit.*, p. 29. Las connotaciones morales y sociales, así como la íntima armonía con la *amicitia* ha sido puesta de manifiesto por Freixas, “Una contribución al estudio de Ulpiano 50 ad edictum D.2, 15, 1 de transactionibus”, *Estudios en homenaje al profesor Juan Iglesias*, Madrid 1986, p. 239 n.24; véase, además, la bibliografía que allí se cita.

21 La doctrina romanística ha venido estudiando la transacción bajo ambos aspectos. Desde el punto de vista obligacional, véase, entre otros: Girard, *Manuel élémentaire de droit romain*, Paris 1929, pp. 632 ss.; Arangio-Ruiz, *Istituzioni diritto romano*, Napoli 1968, pp. 400 ss.; Guarino, *Diritto privato romano*, Napoli 1976, pp. 847 ss.. En el ámbito del proceso civil romano: Alvarez Suarez, *Curso de derecho romano*, Madrid 1955, pp. 232 ss.; Kaser, *Das römische Privatrecht* I, München 1955, pp. 536 ss.; *Das römischen Zivilprozessrecht*, München 1966, *passim*; D’ors, *Derecho Privado Romano*, Pamplona 1977, pp. 135 ss., 222, 442 ss.; Fuenteseca, *Derecho Privado Romano*, Madrid 1978, p. 294; Murga, *Derecho romano clásico II. El proceso*, Zaragoza 1983, pp. 266 ss.

22 De ahí que nunca se utilice la palabra *contractus*, sino, antes bien, *pacisci, pactum, transigere y transactio*.

co incierto, el que en definitiva había dado lugar a la controversia; y por otro, un efecto concreto y positivo, cual es, la búsqueda de la solución extrajudicial del conflicto<sup>23</sup>.

En este acuerdo transaccional se producen auténticas y recíprocas prestaciones que suponen una relación de equivalencia aceptada por ambas partes. Produciendo este convenio la extinción de un derecho subjetivo actual en estado prelitigioso y su sustitución por otro derecho ausente de los caracteres de *res dubia*.

Y es que, la transacción debe recaer sobre una situación jurídica dudosa, pues este *transigere rem dubiam* es una de las notas decisorias de la *transactio*, pudiendo ésta recaer no sólo sobre la validez del derecho discutido, sino también, sobre su extensión y su contenido; supone, en definitiva, que la relación jurídica sobre la que se transige es una relación en sí misma incierta<sup>24</sup>.

Por lo que respecta al ámbito procesal, veíamos como la transacción tiene una clara finalidad: evitar un litigio o poner fin al ya comenzado. No es difícil intuir que en aquella antigua Roma, cuando la tutela jurídica iniciaba sus primeras manifestaciones, se recurriera a los arreglos familiares y amistosos como solución para prevenir o evitar un posible litigio; acuerdos éstos que, con posterioridad, se irían configurando como transacciones al ser recogidos en el Edicto.

La transacción puede tener lugar bien, antes del proceso, bien, en el mismo proceso, e incluso, una vez finalizado el proceso.

No obstante, como la finalidad prioritaria de la transacción es la evitación del litigio, la transacción más típica, y probablemente, la originaria fue la realizada antes de iniciarse el litigio, o sea, fuera del proceso y antes de la citación para comparecer *in iure*. Afirmación ésta que viene corroborada por la finalidad insita al acuerdo transaccional, por los factores históricos - sociales en los que nace, así como, por su inclusión extemporánea en el orden edictal, cuando se ocupa de las posibles incidencias que pueden acontecer al inicio del litigio<sup>25</sup>.

En sentido contrario se expresa un amplio sector doctrinal al considerar la transacción más típica y genuina la acordada en la tramitación *in iure* de un litigio después de la citación y antes de la *litis contestatio*, en donde las partes llegaban a un acuerdo transaccional, provocando, inevitable, la extinción del procedimiento en curso, al desaparecer el elemento contradictorio indispensable en cualquier relación procesal<sup>26</sup>. Obsérvese que como no se ha llegado a la *litis*, no se ha consumido la acción, por lo que, persiste el derecho del demandante.

En cualquier caso, antes o durante el litigio, el mecanismo procesal es el mismo: la *exceptio*.

Finalmente señalar, como nos dice Juliano, que la transacción era un acto que el mismo magistrado facilitaba a fin de evitar el litigio y en la búsqueda de una solución más flexible y acorde a la voluntad de las partes: *cum ad officium eius pertinet lites deminuere*<sup>27</sup>.

23 Freixas, "Una nota" cit., p. 644.

24 La doctrina es unánime al respecto, Bertolini, *Della transazione cit.*, pp. 33 ss.; Peterlongo, *La Transazione cit.*, pp.9 ss.; Perozzi, *Istituzioni di diritto romano*, Roma 1928, v.2.p. 359 ss.; Voci, *Istituzioni didiritto romano*, Milano 1954, Freixas, "Una nota" cit., pp. 650 ss..

25 En este sentido son significativos los siguientes fragmentos: D.2,11,2pr.; D.12,6,23,3; D.2,14,10,2. Sobre el tema, con sólida argumentación, Freixas, "Consideraciones procesales sobre la Transacción", *RIDA* 1980, pp.162 ss.

26 Girard, *Manuel cit.*, p.634; D'ors, *Derecho Romano cit.*, pp.135 ss.; Kaser, *Das römische Zivilprozessrecht cit.*, pp.179 ss.; D.12,1,21.

27 D. 12,1,21.