

LA TRANSACCIÓN ¿UN SIMPLE CONTRATO ENTRE PARTICULARES O UN IMPORTANTE MEDIO PARA REDUCIR LA CONFLICTIVIDAD SOCIAL?

Dra. Ana María Estela Ramírez Santibáñez.⁹¹

Sumario: Palabras clave, Resumen, Introducción, 1. Significado gramatical 2. Concepto de transacción 3. Elementos de la Transacción 4. Clasificación de las formas de extinción de las obligaciones 5. Formas de extinción de las obligaciones 6, La Transacción como contrato 7. Materia susceptible de transacción 8. Requisitos esenciales de la transacción 9. Alcance del concepto “concesiones recíprocas” 10. Poder para transigir 11. Efectos de la Transacción 12. La transacción como medio alternativo de solución de conflictos 13. Importancia de la transacción. Conclusión. Bibliografía.

Palabras clave: Concesiones Recíprocas. Contrato. Cosa Juzgada. Forma de Extinción de las Obligaciones. Medio Alterno de Solución de Controversias. Negocio Jurídico Bilateral. Terminación de Controversias Presente o evitar una Futura.

Resumen:

En la actualidad la Transacción está tomando gran relevancia para la solución de controversias en sede no judicial. Esta figura es polifacética, pues tanto puede ser estudiada como contrato, como negocio jurídico, como medio alterno de solución de controversias,

⁹¹ Licenciada en Derecho con Mención honorífica por la Escuela Libre de Derecho de Puebla, Maestra en Derecho Civil y Mercantil por la BUAP, Maestra en Derecho con Mención honorífica y Doctora en Investigación Jurídica con Mención Honorífica ambos programas por la Universidad Iberoamericana Puebla. Académica de tiempo completo en la IBERO Puebla, Abogada Certificada por la Asociación Nacional de Abogados de Empresa (ANADE) y Ex Presidente de ANADE Sección Puebla y actualmente Coordinadora de Comités de Trabajo de ANADE, Puebla y miembro de su Consejo Directivo (Bienio 2023-2024) Abogada afiliada a ABOGADAS.MX y Miembro Honorario de la Sociedad Legal Internacional de Honores *Phi Delta Phi André Hauriou Inn*

Datos de localización: Domicilio particular: 25 sur 3508 Colonia Juárez Puebla, Pue. Código Postal 72410, Tel. fijo: 222 243 19 67; Celular: 2226778881 correo de trabajo: ana.ramirez@iberopuebla.mx Tel. de trabajo Conmutador: 22237230 00 Ext. 12810

como forma anómala de poner fin a un juicio o procedimiento, además de que su estudio también puede abordarse como uno de los modos de extinción de las obligaciones. De ello deriva la relevancia de este análisis y sobre todo queremos promover su empleo como medio alternativo de solución de controversias, contribuyendo así a aligerar la carga de asuntos que llegan día con día a los tribunales del país.

Introducción

La transacción es un mecanismo jurídico de gran relevancia pues permite a los particulares resolver sus controversias en el marco de la autonomía de la voluntad. Y como podemos ver, en esta parte, esta figura también se estudia como modo de extinguir las obligaciones y como un contrato. Cabe mencionar que al hacer la revisión bibliográfica para este artículo nos encontramos con bibliografía colombiana que nos sirvió de base para este estudio. En esta ocasión hemos centrado nuestro análisis en la regulación de la transacción en Colombia, por el novedoso enfoque con que se estudia esta figura. Cabe compartirle al lector que, con la experiencia ganada en las aulas, a través del tiempo como docente de la materia de Derecho de las Obligaciones en la Universidad Iberoamericana Puebla, nunca me había planteado que la transacción pudiese ser considerada como una forma concreta de extinción de las obligaciones.

Al respecto diremos que, con base en las disposiciones del Código Civil colombiano, la doctrina y la jurisprudencia se analizan los requisitos de la transacción y lo que constituye la materia transigible.⁹²

1. Significado gramatical

Para conocer el significado de la palabra transacción es necesario analizar primero el verbo del cual proviene o en el cual tiene su origen, nos referimos al verbo transigir.

⁹² PELÁEZ, Cristina, Informe de investigación dirigida presentado como requisito de grado en la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes dentro de la investigación profesoral y bajo la dirección de la profesora Marcela Castro de Cifuentes, Bogotá, Julio de 2002, p. 157 visible en: <https://repositorio.uniandes.edu.co/bitstream/handle/1992/47398/transaccion-modo-extincion-obligaciones.pdf?sequence=1#:~:text=De%20conformidad%20con%20el%20art%C3%ADculo,relaci%C3%B3n%20a%20las%20partes%20involucradas> (Fecha de consulta: 14 Abril 2023)

El Diccionario de la Real Academia Española nos indica el significado de transigir, indicándonos que proviene del latín. Concretamente señala lo siguiente:

Del lat. *Transigēre* y enseguida nos indica su significado, proporcionando dos acepciones a saber:⁹³

1. intr. Consentir en parte con lo que no se cree justo, razonable o verdadero, a fin de acabar con una diferencia. U. t. c. tr.
2. tr. Ajustar algún punto dudoso o litigioso, conviniendo las partes voluntariamente en algún medio que componga y parta la diferencia de la disputa.

Enseguida damos a conocer el significado gramatical de Transacción contenida en el Diccionario antes señalado. Primeramente nos indica su raíz etimológica, pues viene del lat. tardío *transactio*, *-ōnis* y enseguida nos da a conocer su significado, desdoblado en dos acepciones a saber:⁹⁴

1. f. Acción y efecto de transigir.
2. f. Trato, convenio, negocio.

Consideramos que de la mano con la Transacción va la negociación por ello, creemos necesario proporcionar todas sus acepciones, para indicar después la acepción que nos será de mayor utilidad en este texto.

Las acepciones del término negociar son las siguientes:⁹⁵

Negociar, del lat. *negotiāri*. Conjug. c. anunciar.

1. intr. Tratar y comerciar, comprando y vendiendo o cambiando géneros, mercancías o valores para aumentar el caudal.
2. intr. Tratar asuntos públicos o privados procurando su mejor logro. U. t. c. tr.
3. intr. Tratar por la vía diplomática, de potencia a potencia, un asunto, como un tratado de alianza, de comercio, etc. U. t. c. tr.
4. tr. Ajustar el traspaso, cesión o endoso de un vale, de un efecto o de una letra.
5. tr. Descontar valores.

De estas cinco acepciones, la que consideraremos por ir de la mano con la transacción es la segunda, es decir, la que se refiere a tratar asuntos públicos o privados procurando su

⁹³ <https://dle.rae.es/transigir?m=form> (Fecha de consulta: 31 Mayo 2023)

⁹⁴ <https://dle.rae.es/transacci%C3%B3n?m=form> (Fecha de consulta: 31 Mayo 2023)

⁹⁵ <https://dle.rae.es/negociar?m=form> (Fecha de consulta: 31 Mayo 2023)

mejor logro. Como es lógico pensar, lo que más nos interesa de esta acepción es la segunda parte: “procurando su mejor logro”

Por cuanto hace al término negociación a continuación damos a conocer su significado gramatical:⁹⁶

Negociación. Del lat. *negotiatio*, *-ōnis*.

1. f. Acción y efecto de negociar.
2. f. Der. Tratos dirigidos a la conclusión de un convenio o pacto.

De estas dos acepciones, la que nos es de utilidad para los fines de este artículo es la segunda, pues en una transacción siempre las partes negocian, es decir, dirigen todos sus esfuerzos y propuestas con el fin de concluir un convenio encaminado a terminar una controversia actual o a prevenir una futura.

2. Concepto de transacción

Según Guillermo Cabanellas define a la transacción, en su primer significado, como «concesión que se hace al adversario, a fin de concluir una disputa, causa o conflicto, aun estando cierto de la razón o justicia propia.»⁹⁷

En su significado jurídico estricto, coincidente con su etimología, se designa al acto jurídico cuya finalidad inmediata es la de extinguir obligaciones o relaciones jurídicas litigiosas o dudosas.⁹⁸

El artículo 832° del Código Civil argentino define a la transacción como «Un acto jurídico bilateral, por el cual las partes, haciéndose concesiones recíprocas, extinguen obligaciones litigiosas o dudosas».

Luis de Gásperi, comentando este precepto, el mismo que fue inspirado en la obra de Aubry y Rau y en el artículo 1196° del Proyecto de Freitas, manifiesta que se resiente de la insuficiencia que se ha hecho notar en el artículo 2044° del Código Civil francés, en cuanto

⁹⁶ <https://dle.rae.es/negociaci%C3%B3n%20?m=form> (Fecha de consulta: 31 Mayo 2023)

⁹⁷ CABANELLAS, Guillermo. *Diccionario Enciclopédico de Derecho usual*, Tomo VIII, Editorial Heliasta S.R.L., Buenos Aires, 1982, pp. 163-165.

⁹⁸ OSTERLING PARO DI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario, *La Transacción*, p. 396, información visible en: Dialnet-LaTransaccion-5085321 (1).pdf (Fecha de consulta: 31 Mayo 2023)

limita los fines de la transacción a extinguir obligaciones litigiosas ya nacidas o a precaver litigios eventuales.⁹⁹

En su artículo 779°, el BGB o Código Civil Alemán, define a la transacción como un acuerdo por el que se termina por recíprocas concesiones un litigio o la incertidumbre de las partes sobre una relación de derecho.¹⁰⁰

En su artículo 621, el Código Polaco de las Obligaciones establece que las concesiones recíprocas pueden tender a concluir un litigio existente, prevenir un litigio a producirse, suprimir la incertidumbre respecto de las pretensiones derivadas de una relación jurídica o asegurar su realización.¹⁰¹

En su acepción cotidiana, la palabra transacción se emplea para designar toda clase de convenciones.

Como sabemos, se transige diariamente, en muchos ámbitos; por ejemplo, se habla en este sentido de las transacciones de la Bolsa, de transacciones financieras, de la industria o del comercio, etc., pero en su sentido jurídico, si bien en cuanto al fondo hay identidad en la definición, la palabra transacción tiene un alcance bastante más restringido, puesto que lo enfoca a un acto jurídico cuya finalidad es resolver mediante concesiones recíprocas (a las que el argentino Joaquín Llambías denomina «intercambio de sacrificios o renunciamentos»), sobre un asunto dudoso o litigioso, es decir, llegar a un acuerdo en que ambas partes se sientan satisfechas para obtener la certidumbre acerca de un derecho o relación jurídica pendiente. En otras palabras, la transacción, como acto jurídico que es, debe reunir condiciones legales específicas a su caracterización, además de las que son comunes a cualquier acto jurídico. Estas características particulares son la objeción sobre la relación jurídica (como el profesor brasileño Levenhagen llama a los asuntos dudosos o litigiosos) y las concesiones mutuas o recíprocas. Ambas características constituyen el eje sustancial (y no meramente formal) de la figura.¹⁰²

⁹⁹ DE GASPERI, Luis. Tratado de las Obligaciones en el Derecho Civil Paraguayo y Argentino, Tomo III, Editorial De Palma, Buenos Aires, 1945 a 1946, pp. 213-214. Este autor considera que la transacción podría (y debería) tener por objeto no sólo relaciones jurídicas obligatorias, sino también las reales, familiares o sucesorias que estén dentro de las facultades de disposición de las partes, y puede además mirar a su reconocimiento y cumplimiento. De esta forma no podrá, desde luego, transigirse sobre la existencia o validez del matrimonio, materia ajena a las facultades de disposición de los particulares. Vid. OSTERLING PARO DI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario, *op. cit.* pp. 396-397,

¹⁰⁰ OSTERLING PARO DI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario, *op. cit.* p. 397

¹⁰¹ *Ídem.*

¹⁰² *Ibidem.*

3. Elementos de la Transacción

Para iniciar el tema debemos partir de los que se consideran los principales elementos de la Transacción.

Dos elementos son importantes al analizar la transacción a saber:¹⁰³

- A. Los requisitos de la transacción
- B. La idoneidad de lo que se pretende someter a transacción o dicho de otro modo: la materia transigible

Se revisará la Transacción no solamente como modo de extinción de las obligaciones, como contrato de función preponderantemente jurídica, como forma anormal de terminación del proceso en el momento en que exista un litigio, sino que además se pretende analizar la importancia de esta figura dentro de los medios alternativos de solución de conflictos.¹⁰⁴

4. Clasificación de las formas de extinción de las obligaciones

A continuación, se presenta una lista que contiene la clasificación de todos los distintos modos de extinguir las obligaciones.¹⁰⁵

1. La simple convención extintiva
2. La revocación unilateral
3. La muerte del acreedor o del deudor
4. La solución o pago
5. La novación
6. La compensación
7. La remisión
8. La confusión
9. La imposibilidad de ejecución
10. La prescripción liberatoria
11. El plazo extintivo y la condición resolutoria
12. La declaración judicial de nulidad o rescisión

¹⁰³ PELÁEZ, Cristina, *op. cit.* p. 157

¹⁰⁴ *Ídem.* p. 158

¹⁰⁵ OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo, *Régimen general de las obligaciones*, TEMIS, 6ª edición, Santa Fé de Bogotá, Colombia, 1998, pp. 313-485 cit. pos. PELÁEZ, Cristina, *op. cit.* pp. 158-159

13. La resolución judicial y el pacto comisorio
14. La revocación judicial
15. La declaración judicial de simulación
16. La transacción
17. La perención de las acciones procesales

A continuación, presentaremos una clasificación de los modos de extinción de las obligaciones que toma en cuenta el efecto que produce cada método con relación al acreedor.

5. Formas de extinción de las obligaciones.

Enseguida pasamos a exponer las formas de extinción de las obligaciones en relación a la satisfacción o a la falta de satisfacción del acreedor:¹⁰⁶

- a) Extinción por satisfacción directa al acreedor
 - i. Pago
- b) Extinción por satisfacción indirecta del acreedor
 - i. Compensación
 - ii. Confusión
 - iii. Novación
 - iv. Delegación
- c) Extinción sin satisfacción del acreedor
 - i. Remisión de deuda
 - ii. Prescripción extintiva

Como podrá observarse la anterior clasificación no contempla a la transacción.

Revisemos ahora la división propuesta por Ricardo Uribe Olguín

Los modos extintivos de las obligaciones son susceptibles de clasificarse en dos grupos:¹⁰⁷

1. **Modos directos** Son los que actúan inmediatamente sobre la obligación, cualquiera que sea su fuente y pueden consistir:

¹⁰⁶ TERRÉ, Francois, SIMLER, Philippe, LAQUETTE, Yves, *Droit Civil, les obligations*, 6° edition, Ed. Dalloz, 1996, pp. 977-1114

¹⁰⁷ URIBE HOLGUÍN, Ricardo, *De las obligaciones y los contratos en general*, Editorial TEMIS, Bogotá Colombia, 1982 cit. pos. PELÁEZ, Cristina, op. cit. p. 160

- a) En un *acuerdo de voluntades* que la extinga, ora mediante la ejecución del objeto (solución o pago efectivo), ora sin la ejecución del objeto (mutuo disenso, condonación, novación y transacción en algunos casos)
- b) En algún *hecho voluntario unilateral* que implique abandono o renuncia del crédito (prescripción)
- c) En un *hecho no voluntario* (pérdida de la cosa debida, compensación, confusión)

2. Modos indirectos Son aquellos que, suprimiendo el contrato creador de la obligación, la extinguen indirectamente (mutuo disenso, nulidad, rescisión, resolución)

Como vemos, no es unánime la consideración en la doctrina de que la Transacción sea un modo de extinción de las obligaciones, pues para algunos autores no es una figura extintiva de las obligaciones, sino que, al contrario, consideran que lo que ella hace es crear nuevas obligaciones a cargo de cada una de las partes que intervienen en ella, por tratarse de un contrato bilateral

6. La transacción como contrato

La Transacción es un contrato en que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente o precaven un litigio eventual. No es transacción el acto que sólo consiste en la renuncia de un derecho que no se disputa.¹⁰⁸

Si analizamos el anterior artículo podemos extraer las siguientes características:¹⁰⁹

- i. Al decir el artículo que se trata de un contrato, tenemos como consecuencia que se trata de un acto jurídico bilateral, del cual se derivan derechos y obligaciones en cabeza de cada una de las partes contratantes
- ii. Del mismo modo podemos concluir del artículo citado que la causa¹¹⁰ del contrato es la voluntad de las partes de dar por terminado un litigio o evitar uno eventual
- iii. Por su parte, el objeto se encuentra limitado por aquello susceptible de transacción, es decir, no todo es transigible

¹⁰⁸ Ver Art. 2469 Código Civil de Colombia

¹⁰⁹ PELÁEZ, Cristina, *op. cit.* pp. 161-162

¹¹⁰ Es necesario tener presente que el Artículo 1502 del Código Civil de Colombia señala que la causa lícita es un elemento de validez de todo contrato y debemos recordar que en los ordenamientos civiles locales de México, la causa se ha dejado de considerar un elemento del contrato.

- iv. Del último inciso se infiere que la renuncia que se hace debe ser de un objeto de disputa y no de cualquier otro derecho. Es decir, el derecho o los derechos objeto de transacción tienen que estar en disputa, pues de lo contrario, no tendría sentido la transacción, pues no habría causa del contrato y nos encontraríamos con otras figuras como el desistimiento, entre otras.

7. Materia susceptible de transacción

Consideramos importante analizar el punto relativo a la materia transigible o, dicho de otro modo, poder determinar cuál es la materia de la transacción.

De acuerdo con el Artículo 1502 del Código Civil de Colombia: “*Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad, es necesario: 1°) Que sea legalmente capaz; 2°) Que consienta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicio; 3°) Que recaiga sobre un objeto lícito y 4°) Que tenga una causa lícita.*”

En casi todas las leyes y Decretos que desarrollan los métodos alternativos de solución de conflictos, sistemas de solución de conflictos entre particulares o métodos para la descongestión de los despachos judiciales, se prevé como condición esencial de uno u otro arreglo que el objeto del acuerdo sea materia susceptible de transacción, sin embargo en ninguna de las leyes o decretos de Colombia se establece expresamente cuál es la materia efectivamente transigible, con excepción de las prohibiciones que se encuentran consagradas expresamente en el Código Civil en relación con los derechos transigibles.¹¹¹

En principio, es susceptible de transacción, todo aquello de lo cual podemos disponer libremente y según nuestra voluntad. Es decir, todo derecho renunciable es susceptible de transacción, siempre y cuando se tenga la capacidad jurídica para disponer del derecho objeto de la transacción.¹¹²

No obstante, lo anterior, existen varias limitaciones a esta potestad dispositiva. La ley señala algunas materias no susceptibles de transacción, en consecuencias la celebración de un acuerdo de transacción que recaiga sobre alguna de estas materias expresamente prohibidas, se encuentra viciada de nulidad absoluta por objeto ilícito.¹¹³

¹¹¹ PELÁEZ, Cristina, *op. cit.* p. 162

¹¹² *Ídem.* p. 163

¹¹³ *Ibidem.*

En primer lugar, la ley colombiana prohíbe la celebración de contratos de transacción sobre el estado civil de las personas y sobre derechos ajenos o inexistentes.¹¹⁴

Con relación al estado civil es necesario hacer una precisión al respecto en el sentido en que si bien, no es posible transigir sobre el estado civil, sí es posible hacerlo sobre los derechos patrimoniales derivados de dicho estado, pues precisamente por ser derechos patrimoniales, su titular está en la capacidad de disponer de ellos.¹¹⁵

Por otro lado, el Código Civil de Colombia establece en su Art. 2484 que: “*La transacción sobre alimentos futuros de las personas a quienes se deba por ley, no valdrá sin aprobación judicial, ni podrá el juez aprobarla si en ella se contraviene lo dispuesto en los artículos 424 y 425*”

En Colombia, el artículo transcrito no prohíbe, expresamente la transacción en esa materia, pero sí hace una restricción importante en el sentido de exigir previa aprobación por parte de un juez y bajo el cumplimiento de ciertos requisitos específicos, con el fin de proteger en especial a los menores.¹¹⁶

Por otro lado, encontramos que también se encuentran excluidos de la transacción, los derechos de contenido personal, es decir, “*aquellos cuyo ejercicio es enteramente personal, o lo que es lo mismo, se le ha otorgado a una persona en razón o consideración a sus calidades personales o para su uso y disfrute personal*”.¹¹⁷

No obstante lo anterior, en algunos casos, como en el caso de los frutos obtenidos como consecuencia del ejercicio del derecho real de uso, si bien a quien se le concede el derecho no puede transigir sobre el bien otorgado en calidad de uso, pues la nuda propiedad la conserva el dueño de la cosa; el dueño de los frutos puede disponer de éstos.¹¹⁸

Otro caso de intransigibilidad, previsto por la ley tiene que ver con la acción penal, pues la ley prohíbe expresamente que se celebre contrato de transacción sobre ésta, debido a su carácter inminentemente público, es decir, por tratarse de normas de orden público se encuentra prohibida expresamente la transacción sobre éstas, pues como ya se mencionó, sólo se puede transigir sobre aquello sobre lo cual se pueda disponer.

¹¹⁴ *Ibidem.*

¹¹⁵ *Ibidem.*

¹¹⁶ *Ibidem.* pp. 163-164

¹¹⁷ VALDÉS SÁNCHEZ, Roberto, *La Transacción. Solución alternativa de conflictos*, Editorial Legia, 2ª edición, 1998. p. 167 *cit. pos.* PELÁEZ, Cristina, *op. cit.* p. 164)

¹¹⁸ PELÁEZ, Cristina, *op. cit.* p. 164

A pesar de lo anterior, la norma da la posibilidad de celebrar transacciones sobre la acción civil derivada de la acción penal ya que en la medida en que la acción civil deriva de la acción penal busca resarcir los perjuicios causados a la víctima y estos perjuicios son de carácter patrimonial, estos son renunciables y en consecuencia, también transigibles.¹¹⁹

Finalmente, la ley colombiana establece ciertos casos en los cuales se considerará nula la transacción, estos casos son los siguientes:

- i). La transacción obtenida por títulos falsificados y en general por dolo o violencia
- ii). La transacción celebrada en consideración a un título nulo, a menos que las partes hayan tratado expresamente, sobre la nulidad del título.
- iii). La transacción que, al tiempo de celebrarse, estuviere ya terminado el litigio por sentencia pasada en autoridad o cosa juzgada, y de que las partes o alguna de ellas no haya tenido conocimiento al tiempo de transigir.¹²⁰

Así pues, teniendo claro qué materia no es susceptible de transacción de conformidad con la legislación colombiana, pasemos ahora a analizar los elementos esenciales de esta figura y su alcance jurídico.

8. Requisitos esenciales del Contrato de Transacción

En el pasado, la Corte Suprema de Justicia de Colombia, ha establecido en varias ocasiones que los requisitos esenciales o de existencia del contrato de transacción son los siguientes:¹²¹

- A. Existencia de una diferencia litigiosa
- B. Voluntad manifiesta de ponerle fin extrajudicialmente o de prevenir dicha diferencia y
- C. Existir concesiones recíprocas otorgadas por las partes

Ahora pasamos a explicar cada uno de los requisitos para tener una mejor comprensión de todos ellos.

A. Diferencia Litigiosa

Con relación al primer punto, es claro que, para que exista la transacción, es necesario e imprescindible que exista un litigio o que pueda llegar a existir, es decir, que exista un

¹¹⁹ Ver Artículo 2472 Código Civil de Colombia *cit. pos.* PELÁEZ, Cristina, *op. cit.* p. 164

¹²⁰ Ver Artículos 2476, 2477 y 2478 del Código Civil de Colombia *cit. pos.* PELÁEZ, Cristina, *op. cit.* p. 164

¹²¹ PELÁEZ, Cristina, *op. cit.* p. 165

derecho en disputa. Si la transacción se celebra antes de que exista un proceso en curso, evidentemente se trata de una transacción extrajudicial y las normas a las que debe sujetarse, serán aquellas previstas en el Código Civil. Si por el contrario, la transacción se celebra cuando existe un proceso en curso, su celebración y oponibilidad deberá sujetarse a unas normas expresas, establecidas en el Código de Procedimiento Civil.¹²²

Esto nos lleva a dar un vistazo a la **transacción en el ámbito procesal**. Cuando la controversia suscitada entre las partes ya ha dado origen a un litigio, la transacción debe someterse a las reglas previstas en el Código de Procedimiento Civil que la incluye como una de las **formas de terminación anormal del proceso**.

Así, el artículo 340 del mencionado Código establece que: “*En cualquier estado del proceso podrán las partes transigir la litis. También podrán transigir las diferencias que surjan con ocasión del cumplimiento de la sentencia (...)*”.¹²³

Del mismo modo se encuentra contemplado en el ordenamiento colombiano la posibilidad de interponer el contrato de transacción como excepción previa, de conformidad con lo establecido en el artículo 97 del Código de Procedimiento Civil así:

“(...) el demandante en el proceso ordinario y en los demás en que expresamente se autorice, dentro del término de traslado de la demanda podrá proponer las siguientes excepciones previas ¹²⁴

(...) También podrán proponer como previas las excepciones de cosa juzgada, transacción y caducidad de la acción”.¹²⁵

Mediante esta acción “*La parte demandada puede solicitar al juez que se enerve la acción judicial entablada contra ella por encontrarse el objeto de la misma ya definido por las partes con fuerza de cosa juzgada a través de ese contrato*”.¹²⁶

Vemos entonces cómo con la celebración de un contrato de transacción entre las partes, es posible terminar un litigio de forma anormal, pues como el Código Civil de Colombia considera que la forma normal es la sentencia. Por su parte, si se propone la transacción como una excepción previa, es posible poner fin desde la primera etapa procesal

¹²² *Ídem*. p. 165

¹²³ *Ibidem*.

¹²⁴ *Ibidem*.

¹²⁵ *Ibidem*.

¹²⁶ VALDÉS SÁNCHEZ, Roberto, citado por PELÁEZ, Cristina, *op. cit.* p. 165

del litigio. Sin embargo, teniendo en cuenta las características de la transacción desde el punto de vista procesal, no se entiende muy bien por qué no se incluyó también la conciliación dentro de las formas anormales de terminación del proceso que, al igual que la transacción, el desistimiento o la perención, ponen fin a un litigio.¹²⁷

B. Voluntad manifiesta de ponerle fin extrajudicialmente o de prevenir dicha diferencia

Como vimos, este elemento es esencial, pues sin esta voluntad el contrato carecería de causa en sí mismo.¹²⁸

C. Concesiones recíprocas otorgadas por las partes

Finalmente, con relación a la condición de que existan concesiones recíprocas otorgadas por las partes, es preciso aclarar que se trata de un desarrollo eminentemente jurisprudencial, pues de la norma en cuestión no se deriva tal condición. Lo que se infiere de la norma es que es necesario que la renuncia que se hace debe recaer sobre un derecho objeto de disputa, pero no menciona por ningún lado que, esta renuncia tenga que ser recíproca o mutua.¹²⁹

A continuación haremos una reflexión de cómo ha sido desarrollado a través de la jurisprudencia colombiana el concepto de “concesiones recíprocas”.¹³⁰

Gaviria Gutiérrez, autor reconocido, ha optado por aplicar en sentido estricto las reglas de interpretación defendiendo la prevalencia de la ley sobre la jurisprudencia y concluyendo entonces que pueda haber transacción incluso en el evento que, en lugar de haber concesiones mutuas, el acuerdo final represente el triunfo total para una parte y signifique la concesión total o parcial de sus derechos para la otra.¹³¹

Por su parte otros autores, igualmente reconocidos, han manifestado con relación a las condiciones recíprocas, como elemento de la esencia de la transacción, que:¹³²

“simplemente se tiene que admitir que es de su esencia porque si las partes no procuran concesiones o sacrificios, sólo beneficios, no se puede sostener que se está frente a una transacción, sino que se gira en el ámbito de un negocio jurídico distinto

¹²⁷ PELÁEZ, Cristina, *op. cit.* p. 166

¹²⁸ *Ídem.* p. 166

¹²⁹ *Ibidem.*

¹³⁰ *Ibidem*

¹³¹ GAVIRIA GUTIÉRREZ, Enrique, “Nuevas normas sobre conciliación y amigable composición” en Derecho Comercial sin fronteras “Procedimientos Mercantiles# Biblioteca Jurídica Diké, 1ª ed., 1991, p. 145 cit. *pos.* PELÁEZ, Cristina, *op. cit.* p. 166

¹³² PELÁEZ, Cristina, *op. cit.* p. 167

como la simple renuncia de un derecho, la remisión, el allanamiento a una demanda o cualquier forma innominada”.¹³³

“(…) la definición del mencionado artículo 2469 es defectuosa por cuanto no incorpora el elemento de las concesiones recíprocas que las partes deben hacer para llegar a ella, con lo cual omite el carácter bilateral que tiene este contrato y propone definirla como un contrato en que las partes mediante concesiones recíprocas, terminan extrajudicialmente un litigio pendiente o **precaven** un litigio eventual”.¹³⁴

9. Alcances del concepto “concesiones recíprocas”

En este punto es pertinente aclarar un tema importante y se trata de establecer el alcance del concepto de “concesiones recíprocas” en el sentido de establecer si estas concesiones deben entenderse como obligaciones recíprocas, como sacrificio de derechos o sacrificio de pretensiones o como cualquiera de las anteriores. A continuación, pasamos a exponer estos puntos:¹³⁵

a) Concesiones como sacrificio de derechos y pretensiones

Por un lado, conviene aclarar la diferencia entre sacrificar un derecho substancial por parte de su titular y sacrificar una pretensión de carácter esencialmente procedimental.

Por una parte, sacrificar un derecho implica una renuncia parcial o total, es decir una RENUNICIA REAL sobre un derecho que se entiende pertenece a una de las partes como titular del mismo.

Por su parte, sacrificar una pretensión tiene, desde nuestro punto de vista, una connotación diferente, ya que puede haber eventos en los cuales la pretensión vaya más allá del derecho substancial y por ende la renuncia de esta pretensión no compromete la renuncia de un derecho en sí mismo, lo cual no equivale a un sacrificio en estricto sentido. Para ilustrar un poco la anterior idea, nos valemos de un ejemplo utilizado por un doctrinante en la materia:¹³⁶

¹³³ BONIVENTO FERNÁNDEZ, José Alejandro, “Los principales contratos civiles y comerciales” Tomo II, Ediciones Librería del profesional, Santafé de Bogotá, Colombia, pp. 102-107 en: VALDÉS SÁNCHEZ, Roberto, *op. cit.* p. 93

¹³⁴ VALENCIA ZEA, Arturo, Derecho Civil Tomo IV Contratos. Librería Editorial Themis Ltda Santafé de Bogotá, Colombia, p. 251. En: VALDÉS SÁNCHEZ, Roberto, *op. cit.* p. 93

¹³⁵ PELÁEZ, Cristina, *op. cit.* p. 166

¹³⁶ *Ídem.*

“Casio y Ticio son dueños en común y pro indiviso de un lote de terreno de 20 hectáreas. Para efectos de la administración, cada uno tomó un lote; aparentemente eran iguales, pero en realidad, el de Casio tenía 11 hectáreas y el de Ticio 9 hectáreas. A los 5 años Ticio inició un proceso divisorio porque advertía la injusta división, Casio se negó a entregar la hectárea en disputa. Iniciando el proceso, acuerdan las partes en que Casio entregué la mencionada hectárea mediante memorial que así lo expresé ante el juez. Aquí hubo una transacción, pero ella fue más aparente que real, porque Ticio cedió en sus pretensiones, pero NO en su derecho, pues esa hectárea no le correspondía. La transacción consistió en que ambos litigantes acordaron que la línea divisoria era una hectárea más allá de donde estaba. Ninguno de los dos cedió derecho alguno, aun cuando se benefició Ticio que recuperó la hectárea de tierra.”¹³⁷

Del anterior ejemplo se observa claramente la diferencia entre derechos y pretensiones. De acuerdo con la jurisprudencia colombiana para que haya transacción es necesario que ambas partes efectúen concesiones, sacrificios de sus derechos, es decir, deben hacer una renuncia total o parcial de sus derechos substanciales.¹³⁸

Desde nuestro punto de vista, para que exista una transacción en estricto sentido debe haber un contrato en el cual las partes, de común acuerdo, decidan dar por terminado o prevenir un posible litigio. Para ello es necesario que exista, por una parte, un derecho que se encuentre en disputa, y por otra, un sacrificio del derecho y no de la pretensión, de por lo menos una de las partes; ya que hay casos en los que sólo una de las partes hace concesiones verdaderas, es decir, sacrifica su derecho. Para nosotros, si bien ambas partes deben estar de acuerdo en prevenir o poner fin al litigio, ello no significa que ambas deban necesariamente de efectuar una CONCESIÓN, entendida esta última como un verdadero sacrificio de su derecho.¹³⁹

En consecuencia estamos de acuerdo en que la transacción debe versar sobre un derecho en litigio y que debe hacer el sacrificio de un derecho, pero esto no significa, desde nuestro punto de vista, que este sacrificio deba ser mutuo; por el contrario lo más probable es que siempre una de las partes sacrifique su derecho y en consecuencia la otra parte simplemente ceda en su pretensión.¹⁴⁰

¹³⁷ ORTEGA R. J., José Ramón, “De las excepciones previas y de mérito” Editorial Themis, Bogotá, 1985, p. 103) (Cfr. PELÁEZ, Cristina, *op. cit.* p. 168

¹³⁸ *Ídem.*

¹³⁹ *Ibidem.*

¹⁴⁰ *Ibidem.* p. 169

Entonces cabe ahora preguntarnos, cómo debe ser entendida la transacción, como sacrificios mutuos o simplemente como obligaciones conmutativas en cabeza de ambas partes.

Es común afirmar que la transacción no puede versar sobre derechos que no se encuentren en disputa. Si se renuncia a un derecho y nadie más tiene interés en esto, evidentemente no puede haber transacción por falta de voluntades encontradas para formar el acto jurídico bilateral del que se habló en un comienzo.¹⁴¹

Desde nuestra óptica lo verdaderamente importante es que el objeto de la transacción sea un derecho en disputa y susceptible de transacción y que, por otro lado, haya voluntad de las partes para dar fin o prevenir un posible litigio.¹⁴²

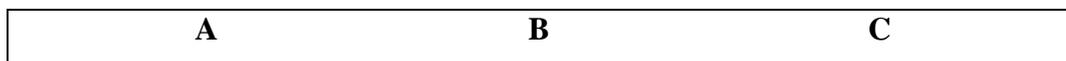
Finalmente se considera que si las concesiones mutuas fueran elemento esencial del contrato de transacción, la redacción de la norma hubiera previsto tal condición y la redacción hubiere sido distinta, por ejemplo: “No es transacción el acto que sólo consiste en la renuncia de un derecho en disputa por una sola de las partes”.¹⁴³

b). Concesiones como obligaciones conmutativas

Ya analizamos que el concepto de “concesiones recíprocas” podría ser interpretado como Sacrificio de un derecho substancial y en otros casos como sacrificio de una pretensión.¹⁴⁴

No obstante, lo anterior, consideramos que también es posible interpretar las “concesiones recíprocas” como las obligaciones nuevas que surgen en cabeza de ambas partes con ocasión de la celebración del contrato de Transacción. Es decir, una vez las partes toman en común acuerdo la decisión de dar por terminado o evitar un posible litigio, y en consecuencia extinguir las obligaciones existentes, celebran el contrato de transacción, del cual derivan obligaciones de dar, hacer o no hacer para cada una de las partes.¹⁴⁵

Entonces lo anterior nos lleva a elaborar el siguiente esquema propio para conocer el contenido de la transacción:



¹⁴¹ *Ibidem.*

¹⁴² *Ibidem.* p. 170

¹⁴³ *Ibidem.*

¹⁴⁴ *Ibidem.*

¹⁴⁵ *Ibidem.*

Sacrificio de un derecho substancial	Sacrificio de una pretensión	Obligaciones derivadas del contrato de transacción
---	---	---

Las obligaciones que surgen en cabeza de cada una de las partes, varían en cada transacción a diferencia verbigracia del contrato de compraventa en el que las obligaciones son siempre las mismas para cada una de las partes; donde el vendedor se obliga principalmente a entregar la cosa y el comprador queda obligado al pago del precio; en el contrato de transacción las obligaciones no son siempre las mismas y dependen de las circunstancias particulares de cada transacción. En este sentido la transacción es un contrato sui generis, que si bien crea obligaciones en cabeza de cada una de las partes, estas obligaciones no son siempre las mismas, sino que varían de acuerdo con las particularidades de cada transacción.¹⁴⁶

Este contrato puede generar en algunos casos, sacrificios sobre un derecho exclusivamente a una de las partes involucradas, pero siempre crea obligaciones de dar, hacer o no hacer en cabeza de ambas partes por tratarse de un contrato conmutativo. Ello no significa que las concesiones recíprocas deben ser del mismo valor o tener un valor equivalente, como si de una permuta se tratara. Razón por la cual, no creemos que pueda atacarse una transacción por desequilibrio financiero, si las prestaciones a cargo de una de las partes resultan de mayor valor que las asumidas por su contraparte.¹⁴⁷

10. Poder para transigir

Por lo general el Mandatario requiere poder especial para transigir ya que es evidente que, en la medida en que el contrato de transacción es un contrato sui generis en el cual, las partes acuerdan poner fin a un litigio o precaver uno eventual disponiendo de sus derechos, es decir, es un acto de disposición, es claro que para que este contrato pueda ser válidamente celebrado por un representante, es necesario que el titular del derecho, quien tiene la capacidad de disponer sobre el mismo, otorgue un poder especial que limite y detalle las actividades y objeto sobre el cual podrá recaer la transacción.¹⁴⁸

¹⁴⁶ *Ibidem.*

¹⁴⁷ *Ibidem.* pp. 170-171

¹⁴⁸ *Ibidem.*

Como es lógico pensar, el mandato no confiere naturalmente la facultad de transigir, para ello se requiere un poder especial, es decir, la autorización expresa del mandante para que el mandatario celebre una transacción.¹⁴⁹

Por su parte, con relación a la necesidad de especificar en el respectivo poder los bienes, derechos y acciones que se quiere transigir, se ha dicho que, tal especificación no ha de consistir precisamente en determinar uno a uno los bienes que han de ser materia de la transacción. Es bastante una especificación en términos generales.¹⁵⁰

“De acuerdo con esta orientación, el poder especial para un pleito no confiere naturalmente la facultad de transigir, pero si en él se otorga esa facultad en forma expresa, no se requiere que se la acompañe de una especificación de los bienes, derechos y acciones sobre sobre los que puede recaer la transacción, sino que habrá de entenderse que, ésta sólo podrá versar sobre los bienes, derechos y acciones que en la litis aparezcan singularizados. En la procuración judicial la exigencia de la especificación de bienes que debe acompañar a la facultad de transigir, queda, pues satisfecha con la individualización de los bienes sobre que versa el litigio”.¹⁵¹

11. Efectos de la Transacción

Los principales efectos de la transacción son a saber:¹⁵²

- i. El efecto de cosa juzgada en última instancia y
- ii. La relatividad del contrato, es decir que el efecto de la transacción se produce solamente con relación a las partes involucradas

I. Cosa juzgada

El concepto de cosa juzgada tiene relevancia jurídica principalmente en el TERRITORIO DEL DERECHO PROCESAL, en el cual la cosa juzgada consiste en el fin último de un

¹⁴⁹ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Bogotá Sentencia de Mayo 6 de 1966 M.P. Dr. Enrique López de la Pava *Vid.* PELÁEZ, Cristina, *op. cit.* p. 171

¹⁵⁰ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Bogotá Sentencia de 28 Febrero 1896 citado en: Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Bogotá Sentencia de Mayo 6 de 1966 M.P. Dr. Enrique López de la Pava (*Cfr.* PELÁEZ, Cristina, *op. cit.* p. 171

¹⁵¹ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación civil. Bogotá Sentencia de 6 de Mayo de 1966. *Op. cit.*

¹⁵² PELÁEZ, Cristina, *op. cit.* p. 172

proceso, es decir, la sentencia de última instancia que, una vez firme, no puede ser impugnada.¹⁵³ Sin embargo,

“no puede predicarse del contrato de transacción, todas las mismas consecuencias o efectos de una sentencia, así por ejemplo: no puede aplicarse a la transacción -dado su carácter de pacto contractual- las leyes que determinen la prórroga en el tiempo del cumplimiento de lo dispuesto en ella, como si puede suceder con una **SENTENCIA**, como cuando una norma en especial autorizare prorrogar en el tiempo el cumplimiento de una sentencia que ordene el desalojo de un predio de poseedores invasores hasta el momento en el cual, por consideraciones de tipo social, se les encuentre otro lugar para albergarlos”.¹⁵⁴

II. Relatividad

Otro de los efectos derivados de la celebración de un contrato de transacción es el hecho de que la transacción, en estricto sentido, sólo produce efectos entre los contratantes. No obstante lo anterior, la transacción puede afectar a terceros interesados en la misma.¹⁵⁵

Así en el evento en que dentro de un litigio se celebre un acuerdo de transacción, sólo entre algunas de las partes involucradas en el mismo y que no cobija a todas las partes del litigio, es necesario resaltar que el litigio se da por terminado sólo con respecto de quienes transigen, pero continua frente a las partes restantes.

Por su parte, con relación a los causahabientes, los efectos de la transacción se extienden a estos últimos, a título singular o a título universal, como consecuencia normal del principio de adquisición derivativa.¹⁵⁶

Del mismo modo, la transacción tiene otros efectos obvios, como por ejemplo la terminación del proceso, en caso de existir pues “ese es el efecto normal de este contrato, su razón de existir y el mismo denota su importancia como alternativa no judicial para la solución de los conflictos, importancia con un contenido particular como instrumento del cual pueden servirse las partes afectadas por las diferencias para aliviar la tensión que las

¹⁵³ *Ídem*.

¹⁵⁴ VODONOVIC H. Antonio. “Contrato de Transacción. Editorial Jurídica Ediar-Cono Sur Ltda. Santiago de Chile, 1993, p. 147. En: VALDÉS SÁNCHEZ, Roberto, *Op. Cit.* p. 241 Cfr. PELÁEZ, Cristina, *op. cit.* p. 172

¹⁵⁵ PELÁEZ, Cristina, *op. cit.* p. 173

¹⁵⁶ VALDÉS SÁNCHEZ, Roberto, *Op. Cit.* p. 251 Cfr. PELÁEZ, Cristina, *op. cit.* p. 174

mismas generan y con una implicación social muy profunda, dado que representa la herramienta por excelencia para que las partes enfrentadas por sus diferencias puedan, ellas mismas, solucionarlas sin necesidad de acudir a los mecanismos de la justicia ordinaria con lo cual, evidentemente, contribuye a la descongestión de su funcionamiento.¹⁵⁷

En el mismo sentido se ha pronunciado la Corte Suprema de Justicia de Colombia sobre el contrato de transacción al establecer que:

“este contrato tiene una finalidad obvia, esencial y necesaria: la de poner término a las disputas patrimoniales entre los hombres, antes de que haya juicio o durante un juicio. Celebrado de acuerdo con las prescripciones generales de los contratos, su efecto no podrá ser otro que el de cerrar, ineludiblemente, absolutamente y para siempre el litigio en los términos de la transacción. La controversia de allí en adelante, carece de objeto, porque ya no hay materia para un fallo, y de fin, por lo que se persigue en el juicio y la sentencia ya está conseguido”.¹⁵⁸

12. La Transacción como método alternativo de solución de conflictos

Se entiende “como alternativas para la solución de conflictos todos aquellos procedimientos, distintos a los procedimientos propios de la justicia ordinaria, contemplados por la ley para lograr la solución de conflictos sin la participación de los jueces y magistrados que integran la rama judicial del Poder público de un estado (...)”¹⁵⁹

De acuerdo con la ley colombiana, los actuales mecanismos para solucionar controversias son los siguientes:¹⁶⁰

- a) La transacción
- b) La conciliación
- c) La amigable composición y
- d) El arbitraje

¹⁵⁷ *Ídem.*

¹⁵⁸ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Bogotá, Sentencia de diciembre 14 de 1954, M.P. Dr. José J. Gómez R. Cfr. PELÁEZ, Cristina, *op. cit.* p. 174

¹⁵⁹ VALDÉS SÁNCHEZ, Roberto, “*op. cit.* p. 53

¹⁶⁰ *Ídem.* p. 59

Podemos entonces provisionalmente concluir que la transacción puede ser considerada como forma de extinción de las obligaciones y como forma anticipada de terminación de procesos, pero puede ser considerada al mismo tiempo, como método alternativo de solución de conflictos, pues la transacción busca fundamentalmente dar por terminado un litigio o precaver uno eventual

Cabe aquí explicar el significado gramatical del verbo precaver, mismo que se ha utilizado en algunos párrafos de este texto, referido concretamente a precaver un litigio eventual. El Diccionario de la Real Academia indica del siguiente modo el significado del término que nos ocupa: Información visible en:¹⁶¹

Precaver. Del lat. *praecavēre*.

1. tr. Prevenir un riesgo, daño o peligro, para guardarse de él y evitarlo. U. t. c. prnl.

Ahora bien, volviendo al tema que nos ocupa, el empleo de alguno de los MASC presupone lo siguiente:¹⁶²

- i. Que el conflicto recaiga en materia transigible
- ii. Que las partes puedan prever los efectos que producirá el contrato de transacción, ya sea para terminar una controversia presente o bien, para evitar una futura.

De acuerdo con lo expuesto, es que no resulta del todo claro si la transacción es una especie más dentro de los múltiples MASC o se trata más bien de un género del cual se derivan otros MASC, como la conciliación o la amigable composición, entre otros, debido a que en todos estos métodos encontramos como PRESUPUESTO que la controversia debe versar sobre DERECHOS TRANSIGIBLES.¹⁶³

A continuación, pasaremos a explicar, con un poco de mayor amplitud, cada uno de los MASC antes descritos

ARBITRAMIENTO Podrán someterse a arbitramento las controversias susceptibles de transacción.¹⁶⁴

¹⁶¹ <https://dle.rae.es/precaver?m=form> (fecha de consulta 30 Mayo 2023)

¹⁶² PELÁEZ, Cristina, *op. cit.* p. 175

¹⁶³ *Ídem.*

¹⁶⁴ Decreto 2279 de 1989 Art. 1 Cfr. PELÁEZ, Cristina, *op. cit.* p. 175

CONCILIACIÓN La conciliación es un mecanismo de resolución de conflictos a través del cual dos o más personas gestionan por sí mismas, la solución de sus diferencias, con la ayuda de un tercero neutral y calificado, denominado conciliador.¹⁶⁵

Del mismo modo, el Decreto 2279 de 1989 al hacer referencia a la conciliación, establece que: “El documento que contenga la correspondiente transacción, cuando éste sea resultado de conciliación, deberá ser reconocido ante Notario.”¹⁶⁶

Finalmente, Gaviria Gutiérrez establece que: “La conciliación es un contrato de transacción celebrado con la colaboración de uno o más terceros, a cuyos consejos se debe, total o parcialmente, el acuerdo de las partes (...)”¹⁶⁷

AMIGABLE COMPOSICIÓN La amigable composición es un mecanismo de solución de conflictos, por medio del cual dos o más particulares delegan en un tercero, denominado amigable componedor, la facultad de precisar con fuerza vinculante para ellas, el estado, las partes y la forma de cumplimiento de un negocio jurídico particular. El amigable componedor podrá ser singular o plural.¹⁶⁸

De igual modo, Gaviria Gutiérrez establece que: (...) la amigable composición también resulta ser, a su turno, una simple modalidad de la transacción, es decir, una transacción en la que el acuerdo final, no es celebrado por las partes mismas, sino por otra u otras personas, que actúan como mandatarios con representación de aquellas (...)¹⁶⁹ GAVIRIA GUTIÉRREZ, Enrique, Ob. Cit. p. 141

Finalmente, con relación a los efectos tenemos que “La decisión del amigable componedor producirá los efectos legales relativos a la transacción” es decir RELATIVIDAD Y COSA JUZGADA.¹⁷⁰

SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS A TRAVÉS DE LA SUERTE. APLICACIÓN A ESTE SUPUESTO DE LAS NORMAS DE LA TRANSACCIÓN. El legislador de 1984, con el propósito de estimular la transacción de asuntos dudosos o litigiosos, ha previsto que cuando las partes se sirven de la suerte para dirimir cuestiones, ello produzca los efectos de una transacción (artículo 1311° del Código Civil). Si las partes se someten a la ventura para dirimir sus diferencias, en realidad pueden estar celebrando el denominado "contrato de

¹⁶⁵ Decreto 1818 de 1998, art. 1 y Ley 446 de 1998, art. 64 Cfr. PELÁEZ, Cristina, *op. cit.* p. 176

¹⁶⁶ Decreto 2279 de 1989, Art. 53 Cfr. PELÁEZ, Cristina, *op. cit.* p. 176

¹⁶⁷ GAVIRIA, GUTIÉRREZ, Enrique, *Nuevas normas sobre conciliación y amigable composición* en: Derecho Comercial sin fronteras. “Procedimientos mercantiles” Biblioteca Jurídica Dike. 1ª edición, 1991, p. 140

¹⁶⁸ Ley 448 de 1998, Art. 130

¹⁶⁹ GAVIRIA GUTIÉRREZ, Enrique, Ob. Cit. p. 141

¹⁷⁰ PELÁEZ, Cristina, *op. cit.* p. 176

decisión" por medio de la suerte, acto que, en algunos casos, puede ser adecuadamente una transacción. Consideramos que el supuesto previsto por el artículo 1311 o del Código Civil constituye propiamente una transacción, ya que se presentan, aunque a primera vista no lo parezca (por la posible confusión con el contrato de decisión), todos los supuestos establecidos para que se configure una transacción. Si cabe algún cuestionamiento relativo a la existencia de concesiones recíprocas, éstas se dan desde el momento en que las partes aceptan solucionar su controversia recurriendo al acaso, vale decir, que admiten -al dejar la solución del problema librado a la suerte- que prevalezca salir beneficiadas o perjudicadas por efectos del azar, lo que constituye una verdadera transacción. Podemos imaginar muchas maneras a través de las cuales se recurra a solucionar un problema utilizando esta vía. Una de ellas, por citar un ejemplo, sería la de que por medio de la suerte se haga prevalecer finalmente la opinión o parecer de una parte o de la otra, pero por completo. Sería algo así como: "si tú ganas te pago todo lo que tú dices que te debo, pero si pierdes no pago nada, pues sostengo no deber". Una vez que se determinan los derechos de las partes, las cuestiones sometidas a la suerte producen los efectos de una transacción y su cumplimiento se ejecuta conforme a lo dispuesto en el artículo 1312° del Código Civil: en la vía ejecutiva, si se trata de derechos dudosos, todavía no litigiosos, y como si fuera una sentencia, para el caso en que haya sido llevada a cabo dentro de un proceso. Podría ser frecuente, por otro lado, que las partes decidan dejar al azar alguna combinación de concesiones recíprocas sobre cuya elección no se han puesto aún de acuerdo. Por ejemplo, Cristina propone a Eduardo varias alternativas (ofrecimientos), y éste, por su parte, tiene una propuesta para cada una de tales alternativas. Finalmente, existen varias "combinaciones", cada una de las cuales incluye concesiones recíprocas y, por tanto, una potencial transacción. Ante la indecisión, podrían optar porque sea la suerte la que determine cuál constituirá la transacción que ponga fin a su controversia. Sin embargo, la transacción dejada a la suerte puede revestir características un tanto más complejas. Uno de los coautores del trabajo que consultamos, tuvo ocasión de participar hace más de tres décadas en la solución de una controversia suscitada entre seis herederos (todos ellos hijos, en igualdad de porcentajes) de un ciudadano que al fallecer dejó una cuantiosa fortuna. Era el caso de que prácticamente todos los herederos deseaban, como cuota parte, los mismos bienes, lo que determinaba la imposibilidad de efectuar una división y partición armoniosa. Para solucionar una situación que se tornaba conflictiva, y que a todas luces ya resultaba dudosa, se les sugirió efectuar una división y partición derivada de la suerte. Así, luego de una escrupulosa tasación de los bienes materia de la herencia, el albacea y asesor legal de los herederos procedió a agrupar la transacción los bienes de la sucesión en seis lotes, cada uno de valor similar. Luego, en acto que contó con la asistencia de los seis herederos y de notario público, se asignó un número a cada conjunto de bienes, y por sorteo, esto es, por azar, se adjudicó un lote a cada heredero. En este caso, si bien ninguno logró máximas aspiraciones ideales respecto de los bienes que constituían la masa hereditaria, todos quedaron satisfechos con el resultado del sorteo, el mismo que puso fin a sus controversias y les ahorró considerable tiempo, molestias y dinero. El caso expuesto demuestra cuán útil puede resultar recurrir al mecanismo de la transacción por medio de la

suerte y cuántos problemas se podrían solucionar si ese sistema se utilizara con mayor frecuencia.¹⁷¹

TRANSACCIÓN Y MEDIACIÓN O BUENOS OFICIOS. Antes de concluir con nuestras apreciaciones acerca de la transacción, debemos expresar que la mediación o buenos oficios es un tema no previsto por la ley, pero nada se opone a que opere como tal. Es frecuente, en efecto, que partes que tienen un asunto dudoso o litigioso designen de común acuerdo a un mediador o a una persona que interponga sus buenos oficios para solucionar el conflicto. Si ante esta interposición ambas partes se hacen concesiones recíprocas, evidentemente se estaría produciendo una transacción. Si, por el contrario, a través de la mediación o buenos oficios, una de las partes acepta íntegramente las peticiones de la otra parte, entonces estaremos frente a un reconocimiento de obligación que se extinguirá por cualquiera de las otras formas previstas por la ley, principalmente mediante el pago.¹⁷²

Entonces estando de acuerdo con lo expuesto, cómo determinar si la transacción es el género o es sólo, una especie dentro del listado de los medios alternativos de solución de controversias.¹⁷³

Consideramos que mientras no se encuentre consignada específicamente como un medio alternativo de solución de conflictos, la transacción es el género

No podría considerarse como una especie de MASC ya que lejos de contemplarse en las leyes relativas a los MASC sólo se hace mención a ella en los Códigos Civiles y en los Códigos de procedimientos civiles como una solución anómala del litigio.

De este modo, estamos de acuerdo en considerar a la transacción como el género del cual se derivan los múltiples MASC.¹⁷⁴

Cabe mencionar que esta forma de considerar a la transacción que reconoce la doctrina colombiana se considera muy novedosa de nuestra parte

Un supuesto común de los MASC es la TRANSIGIBILIDAD DE LA MATERIA

Es de señalar también que todos estos medios, es decir, los MASC, involucran de una u otra forma, la voluntad de las partes de llegar a un acuerdo sobre un conflicto, fin último de la transacción y que de alguna u otra forma, se rehúsan a llevar o presentar ante la justicia ordinaria.¹⁷⁵

¹⁷¹ OSTERLING PARO DI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario, *op. cit.* p. 451-453

¹⁷² OSTERLING PARO DI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario, *op. cit.* p. 456-457

¹⁷³ PELÁEZ, Cristina, *op. cit.* p. 174-176

¹⁷⁴ *Ídem.* p. 177

¹⁷⁵ *Ibidem.*

Además, cada uno de los MASC mencionados tiene como punto de referencia la transacción, bien para determinar cuáles asuntos son materia de conciliación, arbitramento o amigable composición, entre otros, o bien, para establecer sus EFECTOS y PARTICULARIDADES.

Todos los MASC tienen su área de aplicación en el ámbito de la autonomía de la voluntad de quienes son parte en el conflicto, ámbito que, por ello, les permite transigir sobre sus derechos.¹⁷⁶

13. Importancia de la transacción

La transacción, como mencionamos al inicio de este trabajo, es una figura bastante compleja, tal vez la más compleja dentro de los modos de extinción de obligaciones. Comentaremos acerca de su importancia en la vida práctica, además de las doctrinas que la han delimitado, su tratamiento en el Código Civil y sus relaciones y regulación en el Código Procesal Civil. No dudamos en afirmar que la importancia práctica de la transacción es enorme, puesto que no sólo se trata de un medio extintivo de obligaciones, sino que comprende aspectos particulares que la delimitan como una de las figuras más ricas y complejas de nuestro ordenamiento jurídico. Su utilidad, por otra parte, ha venido siendo asumida por la sociedad en general, ya que las personas suelen recurrir a la transacción para solucionar sus controversias. Todos conocemos la antigua y siempre vigente frase «*Más vale un mal arreglo que un buen juicio*». Ignoramos sus orígenes; es más, tal vez resulte imposible determinarlos. Pero de lo que sí estamos seguros es que quien la pronunció por primera vez debe haber conocido lo complejo, costoso e incierto de un proceso judicial. Y aunque el verdadero Derecho, el Derecho vivo, se halla en el sistema judicial, ya que es ahí donde se administra justicia, lamentablemente en sociedades tan grandes, dinámicas, pluriculturales y heterodoxas, este importantísimo órgano se encuentra singularmente recargado y con frecuencia no responde a los requerimientos y demandas privadas.

Es por ello que cobra utilidad e importancia, cada vez con mayor ímpetu, la transacción. No obstante que hasta en este mismo siglo se ha considerado como poseedora de un toque de distinción a aquella persona de clase socio económica alta (segmento «A»), como hoy en día se le denomina) que se mantenía como litigante (lo cual elevaba su status),

¹⁷⁶ VALDÉS SÁNCHEZ, Roberto, *op. cit.* p. 78

en términos La transacción 391 generales todos saben -y sabían- que un proceso judicial implica sacrificios económicos muchas veces no recuperables, y particularmente el gasto más oneroso: el tiempo.

Por otro lado, es vocación de la gran mayoría de seres humanos convivir de manera pacífica, lo que se perturba con la proliferación de litigios. Dentro de esta situación de conflicto y disputa, no sólo se ve afectado el patrimonio de los litigantes, sino en ocasiones hasta su salud física y mental. Finalmente, cabe la posibilidad de que una de las partes (o incluso ambas) queden insatisfechas con los resultados del proceso.¹⁷⁷

El Código Civil chileno, en el artículo 246°, define a la transacción como un contrato en que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente, o previenen un litigio eventual. Sobre la trascendencia de la transacción en ámbitos mayores a éste, Alvaro Ortúzar Santa María señala que la transacción no se distingue sólo por ser un contrato de carácter privado, como tantos otros que reglamenta el código civil, ni tampoco su único objeto es terminar extrajudicialmente un litigio pendiente o precaver un litigio eventual. En realidad, la transacción es en el fondo un significativo gesto de paz, cuya esencia consiste en aceptar, recíprocamente, parte de una pretensión contraria que en principio se rechazaba por injusta, irracional o falsa, obteniendo, a cambio, certeza jurídica y estabilidad permanentes. El citado profesor pone énfasis en el ambiente psicológico especial en el que se forma el consentimiento necesario para dar vida a la transacción, el cual por cierto es muy distinto al ambiente que se respira al demandar judicialmente. Las partes habían evolucionado interiormente a un estado de anormalidad en las relaciones humanas como es el de beligerancia, lo cual exige, desde luego, realizar una calificación jurídica de los hechos que motivan la controversia y, en seguida, una calificación moral o ética de la conducta de la otra parte. Sólo después de ello se demanda o se está decidido a demandar. Y ocurre que la Transacción detiene ese proceso y lo transforma en un gesto de paz, donde la voluntad avanza en forma inversa a su dirección original, hasta terminar por aceptar parte de lo que antes se repudiaba por injusto, irracional o falso.¹⁷⁸

¹⁷⁷ OSTERLING PARO DI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario, *op. cit.* pp. 390-391

¹⁷⁸ ORTUZAR SANTA MARÍA, Álvaro, "Nulidad del Contrato de Transacción en Materia Civil": En: Enrique Barros Bourie. Contratos. Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1991, pp. 23 y 24 cit. pos. OSTERLING PARO DI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario, *op. cit.* pp. 393-394

A modo de resumen, diremos que la transacción es un contrato cuya finalidad es resolver un conflicto por las propias partes mediante concesiones recíprocas. Entonces, su incidencia se encuentra en dos niveles: en la forma y en el fondo. A nivel formal, la transacción, siendo un contrato, apunta mucho más a zanjar cuestiones ya existentes entre las partes, es decir, a extinguir relaciones jurídicas existentes que se encuentran en controversia. Por ello su ubicación es más clara dentro de los medios extintivos de las obligaciones. En cuanto al nivel de fondo, lo que subyace en el corazón de esta figura se centra en la búsqueda de paz y armonía.

Etimológicamente, la palabra «resolver» proviene del latín *resolvere*, que significa aclarar, solucionar, solventar. Y es ésta la finalidad primordial de la transacción: resolver uno o varios problemas que se han suscitado entre las partes. Y tal búsqueda de soluciones al conflicto implica un ánimo que da pie a las concesiones recíprocas, ya que, de lo contrario, existiendo conflicto y ninguna intención de ceder, no hay cabida a transacción alguna; las partes en ese caso preferirían iniciar o continuar con la disputa judicial. Recordemos que un factor importante que inclina la balanza hacia la decisión de intentar transar, lo constituye la dosis de incertidumbre en el futuro.¹⁷⁹

Cada una de las partes, por su propia cuenta, realiza su personal análisis costo-beneficio respecto de lo que implica conservar el problema, llevarlo a los tribunales, continuar el proceso ya iniciado, o procurar arribar a una transacción (lo que implica ceder en algunos aspectos), etc. Dentro de las variables que manejan las partes en este análisis se encuentran las leyes, los informes de los respectivos abogados, los informes de peritos (especialistas), el seguimiento estricto de los requisitos procesales de forma, la jurisprudencia, la doctrina, así como afrontar gastos, demoras, malos ratos, temores y, muy especialmente, la terrible incertidumbre acerca del fallo de los tribunales. A menos que una de las partes tenga la «absoluta certeza» de ganar el juicio", es decir, que

Estamos colocando el supuesto en sentido figurado, ya que nunca se puede tener, en estricto, la «absoluta certeza» de que se va a ganar un juicio, pues numerosos factores están La transacción 395 carezca del elemento de incertidumbre, o que el problema tenga un trasfondo de índole personal, lo más probable es que ambas prefieran, por considerarlo más eficiente, llegar a un acuerdo. Es entonces cuando las partes deciden

¹⁷⁹ OSTERLING PARO DI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario, *op. cit.* p. 394

buscar entre ellas mismas la solución a su controversia. En el manejo y desarrollo de sus conversaciones conducentes a encontrar una salida pacífica al conflicto conjugarán los elementos antes mencionados, además de sus intereses concretos, sopesando la ubicación y trascendencia de cada uno hasta que se arribe a la fórmula de satisfacción mutua en que la controversia se acabará definitivamente.¹⁸⁰

Para concluir este tema señalaremos que, en síntesis, la esencia de la transacción reside en una relación jurídica incierta y controvertida, susceptible de derivar en litigio o ya latente judicialmente, la misma que las partes deciden llevar a término en forma definitiva. De esta manera, encausan su voluntad a esa finalidad a través de concesiones recíprocas. Esta última característica, a saber la voluntad de prevenir o terminar un litigio judicial, traducida en concesiones recíprocas, es lo que distingue a la transacción, no solamente de los demás modos de extinción de obligaciones, sino de los otros contratos, aparte de todas las otras formas de conclusión de una controversia, como son, por ejemplo, la sentencia judicial, el allanamiento, el desistimiento de la demanda, el reconocimiento de títulos y hasta el advenimiento o conciliación.¹⁸¹

Conclusiones

A lo largo de este análisis crítico, se ha podido dilucidar la naturaleza jurídica, las características y los efectos de la transacción

Por su carácter contractual, la transacción constituye la figura propicia para llegar a acuerdos al margen de la jurisdicción ordinaria o tradicional

La transacción tiene 5 calidades a las que no se les ha puesto la suficiente atención de forma integral.

- I. Forma de extinción de las obligaciones
- II. Método alternativo de solución de conflictos MASC
- III. Forma anormal de terminación de los procesos
- IV. Contrato conmutativo
- V. Negocio jurídico bilateral

¹⁸⁰ OSTERLING PARO DI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario, *op. cit.* pp. 394-395

¹⁸¹ *Ídem.* p. 395

Se trata, sin duda alguna, de una figura jurídica compleja, cuya naturaleza es polifacética, sin embargo su estudio ha sido parcial, pues se le ha relegado en la teoría general de las obligaciones como forma de extinción del lazo obligatorio, ya que casi no se toma en cuenta como modo extintivo de las obligaciones y por lo general, sólo se ha enfatizado su carácter contractual, descuidándose sus otras calidades que resultan ser de lo más interesante y de gran utilidad jurídica para que los profesionales del Derecho las tengan presentes.

Esta visión holística de la transacción, estamos seguros de que generará nuevos espacios no sólo de estudio, sino de discusión entre juristas.

Al presentarse un conflicto si las partes, o al menos una de ellas no conciben la intención de ceder, entonces ningún espacio hay para la transacción

Para transigir las partes deben hacer un análisis costo-beneficio y colocar en una balanza los pros y los contras, de resolver el conflicto mediante una forma autocompositiva o preferir un medio heterocompositivo, como serían un procedimiento jurisdiccional o bien, un arbitraje

Entonces, podemos concluir que la extinción de obligaciones de la Transacción es apenas una de sus funciones, pero debido a su carácter contractual, la transacción constituye la figura idónea para diseñar acuerdos a la medida y zanjar las diferencias.

El estudio de esta figura jurídica de la Transacción no ha sido considerando todas sus facetas, sino que su tratamiento ha sido sesgado y aislado, perdiéndose con ellos algunas de sus más valiosas funciones, nos referimos desde luego a ser un medio alternativo para la solución de conflictos, pues casi nunca se le ve aparecer en el listado de estos medios alternativos

Después de haber hecho un análisis cuidadoso y panorámico de la Transacción, partiendo de la materia transigible y pasando por sus elementos esenciales, efectos y características particulares, hasta su carácter de medio autónomo de solución de controversias

Por ello es necesario abordar el estudio de la transacción desde una perspectiva global que considere todas sus calidades, pues difícilmente encontraremos una figura con tantas aplicaciones en el ámbito jurídico, como lo es la Transacción.

La proliferación de problemas y diferencias que se convierten en litigios que, en su mayoría, se ventilan ante los tribunales, perturban a la sociedad y alteran la natural vocación de los seres humanos hacia la convivencia pacífica

Creemos necesario indicar que la transacción generalmente recae sobre derechos patrimoniales

Es evidente que pueden ser materia de transacción los asuntos que involucren solamente intereses privados y en ningún caso podrán someterse a ella los asuntos que involucren el interés público

Se considera que las diversas calidades o caras de la Transacción, no deben ser consideradas como casillas aisladas, sino que debemos tener presente que se encuentran entrelazadas creando una figura relevante, no sólo para el ámbito de las obligaciones sino en general para todo el Derecho

De este modo creemos haber contribuido a tener una perspectiva más amplia de la figura en cuestión, pues se han querido evidenciar sus valiosas facetas en el ejercicio del Derecho y resaltar su carácter instrumental para la solución de conflictos, sumándose a los medios para reducir la conflictividad social y de este modo, poder abonar a la pacificación del país.

De este modo, queremos recordar al lector, los aspectos de la transacción que no han sido estudiados con profundidad o que se han pasado por alto por dar mayor realce a medios alternativos de mayor fama y tradición como la Conciliación, la Mediación, la Amigable composición, entre otros.

Para poder transigir recomendamos conocer y manejar las distintas técnicas de negociación, pues ello brindará variedad y pertinencia a los acuerdos a que puedan llegar las partes y que, muchas veces, tendrán que ser ofrecidos por el **Abogado** al que últimamente algunos despachos, sobre todo de la Ciudad de México, le han añadido el adjetivo de “*transaccional*”

Cabe señalar aquí el significado gramatical del término “transaccional” indicándonos el Diccionario de la Real Academia que Transaccional significa: perteneciente o relativo a la transacción.¹⁸²

No dejamos de reconocer que la doctrina dominante en México y la legislación vigente de nuestra tradición jurídica considera de forma preponderante a la transacción, como un contrato, sujeto a las disposiciones de carácter general que rigen a éstos (elementos

¹⁸² <https://dle.rae.es/transaccional?m=form> (Fecha de consulta: 31 Marzo 2023)

personales, reales y formales, elementos de existencia y elementos de validez, formas de extinción, obligaciones que emanan del mismo, etc.)

Cabe resaltar, que tener presentes las distintas caras de la Transacción enriquece no sólo la práctica del Derecho, sino también la docencia y la investigación jurídicas.

Bibliografía:

- Cabanellas, Guillermo. *Diccionario Enciclopédico de Derecho usual*, Tomo VIII, Editorial Heliasta S.R.L., Buenos Aires, 1982
- Diccionario de la Real Academia Española visible en: <https://dle.rae.es/>
- Arellano García, Carlos, *Teoría General del Proceso*, México, Porrúa, 2015
- Floris Margadant, Guillermo, *Derecho Romano*, 26ª ed., México, Esfinge, 2001
- Gaviria Gutiérrez, Enrique, “Nuevas normas sobre conciliación y amigable composición” en: *Derecho Comercial sin fronteras. Procedimientos mercantiles*. Biblioteca jurídica Diké, 1ª ed., 1991
- Hinestroza, Fernando, “Tratado de las obligaciones. Concepto, estructura, vicisitudes. Tomo I. 2002, Universidad Externado de Colombia
- Moto Salazar, Efraín, *Elementos de Derecho*, 55ª ed., México, Porrúa, 2022
- Ortega, R. J. Ramón, *De las excepciones previas y de mérito*. Segunda edición. Editorial Temis, Bogotá, 1985
- Ospina Fernández, Guillermo, “Régimen general de las obligaciones” Temis, Sexta edición. Santa fe de Bogotá, Colombia, 1998
- Osterling Paro Di, Felipe y Castillo Freyre, Mario, *La Transacción*, información visible en: [Dialnet-LaTransaccion-5085321 \(1\).pdf](#)
- Peláez, Cristina, Informe de investigación dirigida presentado como requisito de grado en la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes dentro de la investigación profesoral y bajo la dirección de la profesora Marcela Castro de Cifuentes, Bogotá, Julio de 2002, p. 157 visible en: <https://repositorio.uniandes.edu.co/bitstream/handle/1992/47398/transaccion-modo-extincion-obligaciones.pdf?sequence=1#:~:text=De%20conformidad%20con%20el%20art%C3%ADculo,relaci%C3%B3n%20a%20las%20partes%20involucradas>.

- Rico Álvarez, Fausto y Garza Bandala, Patricio, De los Contratos Civiles, México, Porrúa
- Rojina Villegas, Rafael, Compendio de Derecho Civil, Contratos, México, Porrúa, 2014
- Rojina Villegas, Rafael, Compendio de Derecho Civil, Teoría General de las Obligaciones, México, Porrúa, 2011
- Salamanca, Hernán, “Derecho Civil, Curso IV Contratos”, Universidad Externado Colombia, 1979
- Sánchez Medal, Ramón, De los Contratos Civiles, México, Porrúa
- Terré, Francois, SIMLER, Philippe, Laquete, Yves, “Droit Civil, les obligations” 6° ed. Ed. Dalloz, 1996
- Treviño García. Ricardo, Los Contratos y sus generalidades, 7ª ed., México, Mc Graw Hill, 2008
- Uribe Holguín, Ricardo, “De las obligaciones y contratos en general”, Editorial Temis, Bogotá Colombia, 1982
- Valdés Sánchez, Roberto, La Transacción. Solución alternativa de conflictos. Editorial Legis. Segunda edición, 1998
- Villoro Toranzo, Miguel, Introducción al estudio del Derecho, 21ª Ed., México, Porrúa, 2020.