

NOTAS SOBRE LOS MEDIOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

Óscar Cruz Barney *

SUMARIO: Introducción. La solución de controversias. I. Los medios alternativos de solución de controversias; I.1. El pequeño juicio; I.2. El juicio privado; I.3. El arbitraje derivado; I.4. El juicio sumario ante jurado; I.5. El oyente neutral; I.6 La determinación por experto neutral; I.7. Adaptación de contratos; I.8. Las consultas; I.9. La investigación; I.10. La conciliación; I.11. La mediación; I.12. La amigable composición; I.13. Los buenos oficios; I.14. La transacción.

INTRODUCCIÓN. LA SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

Las controversias entre las partes pueden solucionarse por las partes en conflicto o bien por un tercero. Cuando se soluciona por las mismas puede tratarse de autocomposición o bien por autodefensa, en el caso de la intervención de un tercero se trata de la heterocomposición, siendo el caso del proceso jurisdiccional del Estado o bien el procedimiento arbitral. Sin embargo, partir del surgimiento del Estado moderno y fundamentalmente a partir del constitucionalismo, el Estado prácticamente vino a ejercer un monopolio sobre la impartición de la justicia, relegando a un segundo plano al proceso arbitral.

* Socio del Bufete Jurídico Rodolfo Cruz Miramontes, S.C. Profesor de Arbitraje y de Derecho del Comercio Internacional, en la Facultad de Derecho de la Universidad Panamericana. Profesor de Historia del Derecho en México, en la Universidad Iberoamericana.

Sin embargo, el arbitraje y los Medios Alternativos de Solución de Controversias se han convertido en el mecanismo idóneo del futuro para privatizar la solución de los conflictos, «dentro de la tendencia universal de reducir el papel del Estado en la vida de los particulares»¹.

Dentro de los medios heterocompositivos el más importante es el jurisdiccional estatal, fundamentalmente a partir del surgimiento del Estado moderno, en donde el Estado monopolizó los mecanismos de solución de controversias.

I. LOS MEDIOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

Frente a los esquemas tradicionales de solución de controversias han surgido otros medios que buscan convertirse en alternativas ante el litigio jurisdiccional y el mismo arbitraje para solucionar los conflictos entre particulares. A estos medios se les conoce como *Medios Alternativos de Solución de Controversias*, por sus siglas MASC².

Por éstos, Brown y Marriot entienden: «[...] a range of procedures that serve as alternatives to litigation through the courts for the resolution of disputes, generally involving the intercession and assistance of a neutral and impartial third party. In some definitions, and more commonly, it excludes not only litigation, but all forms of adjudication»³.

¹ Díaz, Luis Miguel, *Arbitraje, privatización de la justicia*, 2ª edición, México, Editorial Themis, 1998, p. XV. Sobre el tema de la privatización de los conflictos véase su trabajo: «Privatización de conflictos», *El Foro*, Órgano de la Barra Mexicana, Colegio de Abogados, A. C., México, Novena Época, tomo X, núm. I, Primer Semestre, 1997.

² En inglés se les conoce como *Alternative Dispute Resolution*, por sus siglas ADR. Sobre este tema es particularmente recomendable la lectura del trabajo de Estavillo Castro, Fernando, «Medios alternativos de solución de controversias», *Jurídica*, Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana, México, Universidad Iberoamericana, núm. 26, 1996.

³ «[...] la gama de procedimientos que sirven como alternativas al litigio en tribunales para la solución de controversias, involucrando generalmente la asistencia e intervención de un tercero neutral e imparcial. En algunas definiciones y más comúnmente, se excluye no solamente al litigio sino a todas las formas de decisión obligatoria» (la traducción es nuestra). Véase Brown, Henry J. y Marriot, Arthur L., *ADR principles and practice*, 20ª ed., Londres, Sweet & Maxwell, 1999, p. 12.

NOTAS SOBRE LOS MEDIOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

Fernando Estavillo los define como: «[...] una gama de procedimientos que sirven como alternativas a los procedimientos adjudicatorios de litigio y arbitraje para la solución de controversias, que por lo general aunque no necesariamente involucran la intercesión y asistencia de un tercero neutral que ayuda a facilitar dicha solución»⁴.

El término se originó en los Estados Unidos de América en donde han alcanzado un alto grado de aceptación⁵, frente a los mecanismos tradicionales de solución de controversias.

Cabe señalar que la expresión MASC se suele aplicar también al arbitraje⁶. Está claro que el arbitraje es una alternativa frente a los mecanismos jurisdiccionales de solución de conflictos y lleva a una solución obligatoria de una controversia entre partes. Es en este sentido que puede distinguirse de los MASC, ya que éstos llevan a una solución consensuada más que impuesta de un problema, generalmente con la participación de un tercero neutral⁷.

La utilización de los MASC ha venido en aumento, dados los problemas conocidos de la administración de justicia debidos a la enorme carga de trabajo con las consecuentes deficiencias en forma y contenidos⁸.

⁴ Estavillo Castro, Fernando, «Medios alternativos...», *op. cit.*, nota 2, p. 376.

⁵ Elemento que no debemos perder de vista, ya que muchos de los MASC difícilmente serían operantes en México pues fueron concebidos como alternativas a los mecanismos jurisdiccionales estadounidenses.

⁶ Véase, por ejemplo, el trabajo de Suárez Hernández, Daniel, «Medios alternativos de solución de conflictos. Transacción, conciliación, amigable composición y arbitramento», *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal*, Santa Fe de Bogotá vol. II, núm. 25, 1999; también Russomano Bermúdez, Ana V., «Mediación y conciliación. Un camino distinto para resolver los conflictos», *Revista de Derecho y Ciencia Política*, Lima, Perú, órgano de difusión de derecho y ciencia política de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, vol. 56 (núm. 2), segundo semestre, 1998, p. 57. En este sentido, Faris, J.A., «Reconciling alternative dispute resolution (ADR) and judicial dispute resolution», *CODICILLUS*, Sudáfrica. Universidad de Sudáfrica, Facultad de Leyes, vol. XXXIII, núm. 2, octubre, 1992, quien además hace una crítica interesante a la utilización del término «alternativo», ver p. 7.

⁷ Paulsson, Jan *et al.*, *The Freshfields guide to arbitration and ADR clauses in international contracts*, 2ª ed. revisada, The Hague, Londres, Boston, Kluwer Law International, 1999. p. 107.

⁸ Así, por ejemplo en México, a partir de 1997 nuestro país «reconoció dentro de su normatividad adjetiva fiscal, la posibilidad de que los particulares puedan acudir a un procedimiento de resolución de controversias, contemplado a su vez en los tratados para evitar la doble tributación celebrados por nuestro país». Ver Amézquita Díaz, Daniel, «Medios alternativos de solución de controversias en materia fiscal». *Pauta*, México, Boletín informativo del Capítulo Mexicano de la Cámara Internacional de Comercio, A.C., año 99, núm. 29, 2000.

La opción a los MASC no debe ser vista como una alternativa en el sentido de constituirse en sustitutos de la justicia ordinaria o del arbitraje, así, cuando se acuda a los Medios alternativos, ya sea mediante la inclusión de una cláusula especial en un contrato o una vez surgida la controversia, deberá contemplarse la opción de llevar el problema al arbitraje o al litigio en tribunales para el caso en que los MASC no sean exitosos en cierto tiempo ⁹.

Antes de entrar al estudio de los MASC en particular, y para una mejor comprensión de los mismos, debemos distinguir entre *intereses* y *derechos* de las partes. Los *derechos* provienen de la ley o de los contratos inter-partes, mientras que los *intereses* se definen dentro de la interacción entre las mismas y consisten en aquellas cosas o bienes en los que una parte está interesada (dinero, reconocimiento, bienes materiales, etcétera) . En el litigio, las disputas se resuelven con base en los *derechos* de las partes, en los MASC se toma en cuenta en mayor medida, a los *intereses* de las mismas ¹⁰.

El éxito de los MASC, particularmente en los Estados Unidos, se debe fundamentalmente a que permite llegar a soluciones más efectivas al reflejar en mayor medida los intereses de las partes, permite además evitar los conflictos e inclusive convertirlos en oportunidades reales de mejora en la relación inter-partes y desde luego por su rapidez y economía ¹¹, misma que ha llevado a considerar a los MASC como

⁹ Paulsson, Jan *et al.*, *op. cit.*, nota 7, p. 108. En este sentido Potter, Richard B., «The role of ADR clauses in avoiding foreign litigation entanglements», *The Canadian Business Law Journal Review*. Canadienne du Droit de Commerce, Aurora, Canadá, Canada Law Book Inc., vol. 28, 1997, p. 421.

¹⁰ Hill, Richard, «The theoretical basis of mediation and other forms of ADR: why they work», *Arbitration International*, Londres, Inglaterra, The Journal of LCIA Worldwide Arbitration, Kluwer Law International, vol. 14, núm. 2, 1998, p. 174. En el mismo sentido Faris, J.A., *op. cit.*, nota 7, p. 8.

¹¹ *Ibidem*, p. 175; Potter, Richard B., *op. cit.*, nota 9, p. 421.

una alternativa viable y más popular de acceso a la justicia, frente a la justicia estatal que por sus características puede llegar a excluir a los que menos tienen ¹².

Sin embargo, se señala que los MASC tienen la desventaja frente al proceso judicial consistente en que no protegen a la parte que se encuentre en desventaja social, económica o emocional, situaciones que en ciertos casos sí son tomadas en cuenta en los procedimientos judiciales comunes ¹³.

Los MASC pueden ser de carácter público o privado, voluntarios u obligatorios, gratuitos u onerosos ¹⁴.

Dentro de los principales medios alternativos de solución de controversias se encuentran el pequeño juicio, el juicio privado, el arbitraje derivado, el juicio sumario ante jurado, el oyente neutral, la determinación por experto neutral, la decisión no obligatoria, la adaptación de contratos, las consultas, la investigación, la mediación, la conciliación, la amigable composición, los buenos oficios y la transacción extraprocesal ¹⁵.

Dentro de las ventajas de los MASC destacan ¹⁶:

- a) La flexibilidad: permite optar por el MASC más idóneo para cada caso y posibilita una amplia gama de soluciones que no necesariamente están dentro de las posibilidades de los medios jurisdiccionales o del arbitraje mismo.

¹² En este sentido véase el estudio de Spain, Larry R., «Alternative dispute resolution for the poor: is it an alternative?», *North Dakota Law Review*, EUA, vol. 70, núm. 2, 1994, pp. 269-270.

¹³ Guill, Terenia Urban, «A framework for understanding and using ADR», *Tulane Law Review*, Louisiana, EUA, Tulane University, vol. 71, núm. 4, marzo, 1997, p. 1333. Interesantes críticas a los MASC, en Webb, Rodney S., «Court annexed “ADR-a dissent”», *North Dakota Law Review*, EUA, vol. 70, núm. 2, 1994.

¹⁴ Kerbeshian, Lynn A., «ADR: to be or?», *North Dakota Law Review*, EUA, vol. 70, núm. 2, 1994, p. 382.

¹⁵ Si bien hay quien habla de cerca de veinte diferentes MASC. Véase Arnold, Tom, «Why is ADR the answer?», *The computer Lawyer*, Cliffs, N.J., EUA, vol. 15, núm. 7, 1998, p. 14.

¹⁶ Estavillo Castro, Fernando, op. cit., nota 2, pp. 400-401; Arnold, Tom, *ibidem*, pp. 15-20.

- b) Concentración en los principales problemas a resolver: gracias a la intervención de terceros neutrales, expertos en las diferentes materias; permite concentrarse en los puntos objeto de la controversia y evitar así la distracción en asuntos meramente procesales.
- c) Celeridad: los MASC ofrecen, gracias a su flexibilidad y concentración en los puntos principales en controversia, la posibilidad de resolver los conflictos de manera mucho más expedita que los medios jurisdiccionales y al ser producto de la voluntad de las partes, permiten una ejecución más rápida del acuerdo.
- d) Costos: los MASC resultan ser mucho más económicos que los mecanismos jurisdiccionales y/o arbitrales de solución de controversias, representando una mejor opción de acceso a la solución de conflictos.
- e) Conservación de la relación entre las partes: dadas las características de los MASC, en donde se busca una fórmula ganar-ganar, es posible que las partes enfrentadas logren conservar sus relaciones de negocios.
- f) Confidencialidad: dada la intervención de terceros expertos, profesionales y con un alto sentido del honor, las partes pueden mantener la confidencialidad de su controversia, que en muchos casos puede versar sobre secretos industriales o tecnológicos.
- g) Control: en algunos MASC, las partes pueden mantener el control sobre el procedimiento, lo que no sucede con la intervención de las autoridades jurisdiccionales.

A continuación veremos brevemente las características principales de estos mecanismos.

I.1. El Pequeño Juicio

También conocido como *mini trial*, término acuñado según unos por el periódico *The New York Times* y otros por el *Wall Street Journal*,

al hacer referencia al primer caso conocido que fue resuelto con este mecanismo en 1977 entre Telecredit Inc. y TRW Inc., en los Estados Unidos ¹⁷.

Exitoso fundamentalmente en los Estados Unidos ¹⁸, consiste en reuniones por lo general organizadas por los abogados de las partes durante las cuales presentan ante un grupo de expertos, consistente generalmente en un alto ejecutivo de cada parte y un presidente neutral que asegure un mecanismo justo para ambas partes, sus posturas para conocer en mayor medida las fortalezas y debilidades de la contraparte y acercar sus posturas ¹⁹.

Este MASC puede tener como resultado una solución no obligatoria para las partes, que sirva como punto de partida para negociaciones futuras de un posible acuerdo sobre mejores bases ²⁰.

En realidad, el pequeño juicio es una forma mas elaborada de lo que se conoce como «previa evaluación neutral», que consiste en la presentación del caso por las partes y sus abogados ante un tercero neutral, generalmente un abogado o un juez retirado que lo evalúa y emite una opinión no vinculante sobre sus posibles consecuencias jurídicas ²¹.

Para que un pequeño juicio tenga éxito, debe ser cuidadosamente planeado. De acuerdo con Brown y Marriot, para el éxito del pequeño juicio se deben establecer previamente y con toda claridad, entre otros temas, los siguientes ²²:

¹⁷ Brown, Henry J. y Marriot, Arthur L., *op. cit.*, nota 3, p. 362.

¹⁸ McLaughlin, Joseph T. y Beever, Vanessa, «Alternative dispute resolution», en *México-Estados Unidos, Conferencia sobre Resolución de Controversias Internacionales*, México, conferencias patrocinadas por Aguilar Álvarez y Asociados, S.C., Basham, Ringe y Correa, S.C., Bufete Jurídico Rodolfo Cruz Miramontes, S.C., Miranda, Estavillo y Hernández, S.C., Shearman & Sterling y Von Wobeser y Sierra, S.C., 1995, p. 11.

¹⁹ Buhring-Uhle, Christian, *Arbitration and mediation in international business. Designing procedures for effective conflict management*, The Hague, Kluwer Law International, 1996, p. 304.

²⁰ Paulsson, Jan *et al.*, nota 7, p. 110. Henon Risso, Jorge, «La negociación, mediación y arbitraje como métodos alternativos de solución de conflictos», *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*, Montevideo, t. 82, núms. 1-12, enero-diciembre, 1996, p. 29.

²¹ Brown, Henry J. y Marriot, Arthur L., *op. cit.*, nota 3, p. 363; Henon Risso, Jorge. *Idem*; Paulsson, Jan *et al.*, nota 7, p. 111.

²² Brown, Henry J. y Marriot, Arthur L., *ibidem*, pp. 364-365.

1. Las fechas de celebración de las reuniones.
2. La duración del procedimiento y los tiempos asignados para la participación oral de las partes.
3. La forma que deberán revestir los documentos que las partes intercambiarán antes de iniciado el procedimiento oral.
4. La posible participación de expertos técnicos, o bien de testigos, su número, y el tiempo máximo de sus intervenciones.
5. La confirmación del carácter no vinculante y confidencial del procedimiento.
6. Costos.
7. Todo aquello que se considere necesario y relevante para el caso en particular.

Como ejemplos de controversias resueltas utilizando este MASC, se cuentan el ya citado de *Telecredit Inc. vs. TRW Inc.*; *Texaco vs. Borden*, *IBM vs. Fujitsu*, y *NASA vs. Spacecom y TRW* ²³.

I.2. El Juicio Privado

Según Fernando Estavillo, este MASC es semejante al «pequeño juicio» y consiste en la selección por las partes de un abogado, generalmente un juez retirado que se encarga de resolver la controversia en forma privada aunque con carácter obligatorio y aplicando la ley estatal ²⁴.

En este mecanismo previsto para el estado de California en los Estados Unidos, el asunto es remitido por el juez tercero privado, que

²³ Estavillo Castro, Fernando, *op. cit.*, nota 2, pp. 381-382.

²⁴ Ver asimismo McLaughlin, Joseph T. y Beever, Vanessa, *op. cit.*, nota 18, pp. 24-25.

cuenta con facultades similares a las del juez ordinario y cuya sentencia, obligatoria, puede ser recurrida ante los tribunales estatales ²⁵.

1.3. El Arbitraje Derivado

Denominado *court-annexed arbitration* o *court-ordered arbitration*, en donde cualquiera de las partes puede acudir ante el juez que esté conociendo de un juicio y solicitar que el asunto sea remitido al arbitraje de un abogado designado por el mismo juez, se le considera como *arbitraje derivado*.

Fue utilizado por vez primera en Pensilvania, Estados Unidos, en 1952 y desde entonces se ha venido incrementando su uso, particularmente a partir de 1980 ²⁶. Dentro de sus ventajas, frente al procedimiento judicial civil común, se destacan su rapidez, economía, informalidad y el respeto de los derechos procesales de las partes. Este MASC suele ser utilizado en casos de menor cuantía ²⁷.

En ciertos casos su resolución puede ser considerada obligatoria y apelable ante los tribunales ordinarios ²⁸.

1.4. El Juicio Sumario ante Jurado

Consiste en un pequeño juicio llevado a cabo ante un jurado ficticio que emite un veredicto no obligatorio para las partes y que tiene la función de ayudar a las partes a tener una mejor idea de lo que un jurado verdadero decidiría. Cabe destacar que estos jurados ficticios no son informados del hecho de que están participando en un MASC.

La utilización de este MASC permite a las partes revisar sus expectativas respecto del asunto y considerar, en su caso, un arreglo.

²⁵ Estavillo Castro, Fernando, *op. cit.*, nota 2, pp. 381-382.

²⁶ Barnett, Edith, «An overview of alternative dispute resolution in the United States and the District of Columbia courts», *Ars Juris*, México, Revista del Instituto de Documentación e Información Jurídicas de la Facultad de Derecho de la Universidad Panamericana, núm. 14, 1995, p. 225.

²⁷ Brown, Henry J. y Marriot, Arthur L., *op. cit.*, nota 3, pp. 376-377.

²⁸ Estavillo Castro, Fernando, *op. cit.*, nota 2, p. 382.

Este MASC se utilizó por vez primera en la corte del juez federal de distrito Thomas D. Lambros, en 1980²⁹ y se ha convertido, según Lynn A. Kerbeshian, en el MASC de mayor utilización en las cortes a nivel federal³⁰.

I.5. El Oyente Neutral

En este mecanismo, las partes eligen a un tercero neutral, con base en su experiencia, méritos y la confianza que les inspire. Cada parte le presenta a este oyente neutral su propuesta de solución para que éste determine si están lo suficientemente cercanas como para iniciar un proceso de negociación³¹. En tal caso, el oyente neutral podrá, con el acuerdo de las partes, ayudarles a negociar³².

I.6. La Determinación por Experto Neutral

Conocido también como *neutral fact-finding expert*, consiste en un procedimiento informal por el que las partes o el juez seleccionan a un tercero neutral para investigar los hechos en aquellos casos que versan sobre temas técnicos, económicos, contables o cualquier otro tópico y que requieren de la intervención de tales expertos³³. Su resolución no es obligatoria y solamente podrá analizar los hechos desde un punto de vista estrictamente técnico.

Es recomendable la selección de un solo experto para evitar la posibilidad de tener que recurrir a un tercer experto si cada parte selecciona al propio. La utilización de un especialista puede ayudar, con la mejor comprensión del caso, a un arreglo inter-partes.

Cabe destacar que la Cámara Internacional de Comercio (CCI) cuenta para estos casos con un Centro Internacional de Peritaje Técnico

²⁹ Brown, Henry J. y Marriot, Arthur L., *op. cit.*, nota 3, p. 371.

³⁰ Kerbeshian, Lynn A., *op. cit.*, nota 14, p. 413.

³¹ Estavillo Castro, Fernando, *op. cit.*, nota 2, p. 383.

³² Redfern, Alan, Hunter, Martin y Smith, Murray, *Law and practice of international commercial arbitration*, 2ª ed., Londres, Sweet & Maxwell, 1991, p. 29.

³³ Henon Risso, Jorge, *op. cit.*, nota 20, p. 29. También Brown, Henry J. y Marriot, Arthur L., *op. cit.*, nota 3, p. 374.

(ICC, *International Centre for Expertise*), aplicándose las respectivas reglas (ICC, *Rules for Expertise*)³⁴.

Dentro de este MASC se puede incluir lo que se conoce como «Decisión no obligatoria», que consiste en la intervención de un tercero experto para la solución de una controversia en materia de patentes o secretos industriales.

I.7. Adaptación de Contratos

En ciertos casos de conflicto y ante las circunstancias cambiantes del entorno económico, político, etcétera, las partes pueden requerir la modificación o adaptación de su contrato a la nueva situación, sobre todo cuando estamos en presencia de contratos de largo plazo. Existen dos tipos o categorías de adaptación de contrato, que son: el llenado de lagunas y/o la modificación de sus términos³⁵.

La propia CCI estableció en 1978 unas Reglas para regular las relaciones contractuales que establecen un procedimiento por medio del cual los contratos pueden ser modificados o adaptados a las nuevas circunstancias³⁶.

«El acuerdo para implantar este mecanismo, puede existir en el contrato mismo, o puede ser celebrado con posterioridad»³⁷. Cabe recordar que en derecho mexicano la cláusula *rebus sic stantibus* no se aplica automáticamente, por lo que este MASC puede resultar particularmente útil³⁸.

³⁴ Véase Craig, W. Laurence, Park, William W., y Paulsson, Jan, *International Chamber of Commerce Arbitration*, 3ª ed., EUA. Oceana Publications, International Chamber of Commerce Publishing, 2000, pp. 701-705.

³⁵ *Ibidem*, p. 114.

³⁶ *Ibidem*, p. 710.

³⁷ Estavillo Castro, Fernando, *op. cit.*, nota 2, p. 384.

³⁸ Véase Borja Soriano, Manuel, *Teoría general de las obligaciones*, 12ª ed., México, Porrúa, 1991, pp. 280-287.

I.8. Las Consultas

Las consultas son un MASC que puede enmarcarse dentro del derecho internacional público. Estas consultas se pueden llevar a cabo al momento de surgir la controversia o bien cuando se prevé el surgimiento de la misma. Se pueden establecer mecanismos de consulta periódicos entre las partes para prever y evitar posibles controversias. Así, el TLCAN establece mecanismos de consulta en el capítulo XX³⁹.

I.9. La Investigación

La investigación se utiliza para aclarar un hecho, encomendando la tarea a un tercero neutral que bien puede ser una persona física o bien una comisión o una institución, a efectos de lograr una valoración objetiva del hecho controvertido. Se puede acudir a ella en los casos en que las negociaciones directas han sido infructuosas, a efecto de lograr que las partes arriben a un acuerdo respecto de la naturaleza del hecho en cuestión⁴⁰.

El resultado de la investigación si bien no es obligatorio ni ejecutable para las partes, es de utilidad para poner fin a los desacuerdos existentes sobre un hecho determinado y su autenticidad⁴¹.

I.10. La Conciliación

La conciliación es un «intento para llegar a un entendimiento mutuo entre las partes y un acuerdo razonable. Puede ser convocada por el juez quien colabora como un tercero, dirigiendo la discusión e identificando los problemas...»⁴². Es una institución procesal mixta, con-

³⁹ Sobre solución pacífica de conflictos entre sujetos de derecho internacional público, véase Verdross, Alfred, *Derecho internacional público*, 6ª. ed., trad. de Antonio Truyol y Serra, España, Aguilar, 1982, pp. 390-399.

⁴⁰ Estavillo Castro, Fernando y Hoyos-Walther, Carlos de, «Otros medios alternativos para la solución de controversias», en *México-Estados Unidos, Conferencia sobre resolución de controversias internacionales*, México, conferencias patrocinadas por Aguilar Álvarez y Asociados, S.C., Basham, Ringe y Correa, S.C., Bufete Jurídico Rodolfo Cruz Miramontes, S.C., Miranda, Estavillo y Hernández, S.C., Shearman & Sterling y Von Wobeser y Sierra, S.C., 1995, pp. 10-11.

⁴¹ Estavillo Castro, Fernando, *op. cit.*, nota 2, p. 385.

⁴² Henon Risso, Jorge, *op. cit.*, nota 20, p. 28.

NOTAS SOBRE LOS MEDIOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

sistente en la actividad del juez que convoca al acto, «mediante la proposición de fórmulas adecuadas que éste debe concebir, y que en ningún caso deben dejar translucir su idea sobre el progreso o rechazo de la acción, obtiene la autocomposición del litigio, a la que las partes arriban celebrando una transacción»⁴³.

En la legislación colombiana, en la mayoría de los procesos jurisdiccionales las partes involucradas en un proceso tienen la oportunidad de solucionar sus diferencias sometidas al conocimiento de un juez, bajo la dirección de éste, en una diligencia diseñada para tal efecto⁴⁴.

Se le define como «el acuerdo a que llegan las partes en un proceso, cuando existe controversia sobre la aplicación o interpretación de sus derechos, que permite resultar innecesario dicho proceso. Es, asimismo, el acto por el cual las partes encuentran una solución a sus diferencias y la actividad que sirve para ayudar a los contendientes a encontrar el derecho que deba regular sus relaciones jurídicas»⁴⁵.

Siendo la conciliación una institución de tradición en México, Manuel de la Peña y Peña, en 1835, la definía como «el acto en que concurren las partes ante el alcalde, para que éste, con presencia de los fundamentos que lo motivaron, y oído el parecer de los hombres buenos, dicte la providencia que le parezca conducente a fin de componerlas y terminar su desavenencia sin más progreso»⁴⁶.

Flores García la define como «un acuerdo celebrado entre quienes se encuentran ante un conflicto de intereses, con objeto de evitar un juicio

⁴³ Wilde, Zulema, «Mediación y conciliación», *Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires*, Buenos Aires, Argentina, tomo 55, núm. 1, julio, 1995, pp. 9-10.

⁴⁴ Suárez Hernández, Daniel, «Medios alternativos de solución de conflictos. Transacción-conciliación, amigable composición y arbitramento», *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal*, Santa Fe de Bogotá, vol. II, núm. 25, 1999, p. 70.

⁴⁵ Barajas Montes de Oca, Santiago y Méndez Silva, Ricardo. Voz «Conciliación», en *Nuevo diccionario jurídico mexicano*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 1998, tomo A-C.

⁴⁶ Peña y Peña, Manuel de la, *Lecciones de práctica forense mejicana, escritas a beneficio de la Academia Nacional de Derecho Público y Privado de Méjico*, México. Imprenta a cargo de Juan Ojeda, 1835, tomo I. pp. 75-76.

o poner rápido fin a uno ya incoado (sin correr todos los trámites que, en otro caso, serían precisos para concluirlo)»⁴⁷. Según el mismo autor, en México podemos distinguir entre dos variantes de conciliación:

1. La conciliación en donde la propuesta de arreglo proviene de un tercero imparcial ajeno a las partes, que en el caso del juicio ordinario contenido en el CPCDF es un conciliador adscrito al juzgado⁴⁸.

Este conciliador deberá preparar y proponer a las partes alternativas de solución al litigio y si las partes llegan a un convenio, el juez debe aprobarlo de plano si procede legalmente. El pacto alcanzado a través de la conciliación tiene fuerza de cosa juzgada.

2. La conciliación parcial, es decir, aquélla en donde la propuesta de solución proviene de las propias partes en conflicto, supuesto del artículo 941 del CPCDF en materia de controversias del orden familiar⁴⁹.

Eduardo Pallares llama la atención sobre la importancia de distinguir a la conciliación respecto de la transacción. Sostiene que para que haya transacción es indispensable que haya sacrificios recíprocos de las dos partes en lo concerniente a los derechos o pretensiones sobre los que disputan y por los cuales es posible un juicio futuro o tiene su causa el que ya existe. En cambio, señala, la conciliación no exige dicho sacrificio, ya que tiene lugar también cuando una de las partes reconoce plenamente las pretensiones de su contraria. «Lo propio de la conciliación es que se evita un pleito futuro o se termina uno presente por avenencia de las partes, por su mutuo acuerdo y sin necesitar la intervención jurisdiccional del conciliador»⁵⁰.

Existen diversos ejemplos en donde aparece la conciliación en México, a los que Estavillo Castro califica como bilaterales, pre-procesales

⁴⁷ Flores García, Fernando, «Arbitraje, conciliación, amigable composición». *Revista de la Facultad de Derecho de México*. México, UNAM, tomo XLV, núms. 201-202, mayo-agosto, 1995, p. 79.

⁴⁸ Artículo 272-A.

⁴⁹ Flores García, Fernando, *op. cit.*, nota 47, pp. 80-83.

⁵⁰ Pallares, Eduardo, *Diccionario de derecho procesal civil*, México, Porrúa, 1960, Voz: «Conciliación».

o endo-procesales, onerosos, con intervención de tercero, públicos e institucionales. Éstos son, de acuerdo con dicho autor: los juicios laborales⁵¹, los conflictos colectivos laborales de naturaleza económica⁵², los procedimientos de huelga⁵³, el juicio ordinario civil⁵⁴, el divorcio por mutuo consentimiento⁵⁵, las controversias entre proveedores y consumidores⁵⁶, los conflictos entre casas de bolsa y corredores y clientes⁵⁷, los derechos de autor⁵⁸ y los conflictos relacionados con operaciones de comercio exterior y su financiamiento⁵⁹.

I.11. La Mediación

La mediación puede definirse desde dos puntos de vista: como medio pacífico de solución de controversias entre sujetos de derecho internacional público y como medio privado de solución de conflictos. Conforme al primero, la mediación «es uno de los medios tradicionales de solución pacífica de las controversias que se caracteriza por la participación de un tercer Estado en un conflicto que involucra a otros Estados a fin de encontrar una fórmula de arreglo»⁶⁰.

Se le define también como «las acciones no violentas de una tercera parte en un conflicto político que es, o está en peligro de ser militarizado, y cuyo propósito es el de reducir/eliminar la conducta conflictiva, o las alternativas de solución conflictivas (incompatibles), en el marco de un control negociado del conflicto y/o de un proceso de resolución»⁶¹.

⁵¹ Arts. 873 a 876 de la Ley Federal del Trabajo. Véase Ojeda Paullada, Pedro, «Vías efectivas de acceso a la justicia: mediación, conciliación y arbitraje», *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, México, núm. 2, junio, 1998, pp. 245-250.

⁵² Art. 901 de la Ley Federal del Trabajo.

⁵³ Arts. 926 y 927 de la Ley Federal del Trabajo.

⁵⁴ El ya citado art. 272-A del CPCDF.

⁵⁵ Arts. 675 y 676 del CPCDF.

⁵⁶ Art. 111 de la Ley Federal de Protección al Consumidor.

⁵⁷ Art. 87 de la Ley del Mercado de Valores.

⁵⁸ Art. 133 de la Ley Federal de Derecho de Autor.

⁵⁹ Art. 34 del Reglamento Orgánico del Banco Nacional de Comercio Exterior.

⁶⁰ Méndez Silva, Ricardo, voz «Mediación Internacional», en *Diccionario Jurídico Mexicano*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 1994, tomo I-O.

⁶¹ Nordquist, Kjell-Ake, «Tres formas de mediación y cuándo usarlas», *Estudios Internacionales*, Guatemala, IRIPAZ, año 6, núm. 12, julio-diciembre, 1995, p. 77.

La Mediación en derecho internacional público puede ser solicitada por los Estados afectados o bien ofrecida por el tercero y es recomendada por el artículo 33 de la Carta de las Naciones Unidas, que prevé la intervención del Consejo de Seguridad recomendando el recurso de la Mediación.

Nordquist habla de tres formas de mediación, que son ⁶²:

- a) La mediación con poder: en donde los instrumentos principales con que cuenta el mediador es su poder político, diplomático, económico y militar para lograr que las partes lleguen a un acuerdo. Parte de la base del interés nacional del mediador para intervenir en el conflicto y existe una relación de asimetría entre el mediador y las partes en conflicto.
- b) La mediación de confianza: aquí la base normativa es la ética profesional del mediador, así como sus habilidades profesionales y un alto nivel moral. En esta forma de mediación las relaciones entre las partes son simétricas y se da en un contexto de diálogo, no de confrontación. El objetivo fundamental del mediador será apoyar el desarrollo e intercambio de ideas.
- c) La mediación de consulta: surge como resultado del fin de la guerra fría, en donde las Naciones Unidas y otros organismos internacionales de carácter regional han impulsado sus actividades en el campo de la resolución de conflictos y la diplomacia preventiva. Las iniciativas para este tipo de mediación tienen lugar en una fase temprana del conflicto y su objetivo fundamental es disminuir las tensiones e indicar a las partes la existencia de formas alternativas para solucionar los conflictos.

Como medio privado, el maestro, don Raúl Medina Mora, la define como «un proceso por el cual las partes que se encuentran en

⁶² *Ibidem*, pp. 78-84.

NOTAS SOBRE LOS MEDIOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

conflicto designan a un tercero neutral para que las ayude a llegar a un arreglo o a una transacción satisfactoria para ellas. El objetivo de la mediación es lograr una transacción voluntariamente negociada por las partes»⁶³.

También se define a la mediación como «un proceso mediante el cual las partes en conflicto, asistidas por un tercero neutral, buscan identificar opciones reales y alternativas viables para dirimir su controversia y llegar a un acuerdo que ofrezca soluciones de mutua satisfacción»⁶⁴.

Jorge Henon la define como «un procedimiento no adversarial en el que un tercero neutral ayuda a las partes a negociar para llegar a un resultado mutuamente aceptable»⁶⁵. También como «un proceso en el cual una tercera parte neutral asiste a dos o más partes en conflicto para lograr resolver sus diferencias mediante un acuerdo voluntario y negociado»⁶⁶.

Por su parte, Ana V. Russomano Bermúdez señala que la mediación está prevista para todos aquellos conflictos de naturaleza civil o comercial en los cuales se mantienen los principios de igualdad y de que el contrato es ley para las partes⁶⁷.

Obarrio la define como «un proceso en el que las partes en conflicto deciden intentar la búsqueda de una solución a sus intereses en pugna de una manera cooperativa, con la ayuda de un tercero llamado mediador»⁶⁸.

⁶³ Medina Mora, Raúl, «Mediación y conciliación de controversias mercantiles», *Pauta*, México, Boletín informativo del Capítulo Mexicano de la Cámara Internacional de Comercio, A.C., año 99, núm. 2S, s/f, p. 50.

⁶⁴ Urquidí, J. Enrique, *Mediación. Solución a conflictos sin litigio*, México, Centro de Resolución de Conflictos, 1999, p. 19.

⁶⁵ Henon Riso, Jorge, *op. cit.*, nota 20, p. 28.

⁶⁶ Henon Riso, Jorge, «Teoría de la mediación», *Revista del Colegio de Abogados de La Plata*, La Plata, Argentina, año XXXVI, núm. 57, enero-diciembre, 1996, p. 231.

⁶⁷ Russomano Bermúdez, Ana V., *op. cit.*, nota 6, p. 62.

⁶⁸ Obarrio, Franklin M., «Algunos aspectos institucionales de la mediación». *Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires*, Buenos Aires, Argentina, tomo 55, núm. 1, julio, 1995, p. 15.

Wilde la define como «un procedimiento pacífico y cooperativo de resolución de conflictos. Se trata de una instancia eminentemente voluntaria: esto es, que las partes deciden participar o no en el mismo, ponerle fin en cualquier momento si así lo desearan o consideraren conveniente a sus intereses y no están obligados a llegar a un acuerdo»⁶⁹.

Cabe señalar que algunos autores⁷⁰ consideran a la mediación y a la conciliación como sinónimos, si bien apuntan que la mediación indica la actividad del tercero que actúa como mediador y la conciliación el contenido y propósito de su actividad. Cabe destacar que en la mediación están presentes dos elementos:

1. La intervención de un tercero como facilitador para solucionar una controversia, y
2. La ausencia de poder o facultad de ese tercero para solucionar el conflicto, al no poder imponer a las partes sus percepciones, valores o juicios.

Es decir, son las partes en conflicto y no el mediador los que conservan la facultad exclusiva de resolver su controversia, contrario al arbitraje, en donde la resolución está en manos del tercero⁷¹.

El mediador debe ayudar a las partes a reconocer sus verdaderos intereses, a establecer una comunicación efectiva entre ellas y a diseñar las soluciones adecuadas a sus necesidades⁷².

Como características de la mediación destacan⁷³:

⁶⁹ Wilde, Zulema, *op. cit.*, nota 43, p. 12.

⁷⁰ Es el caso de Medina Mora Raúl, *op. cit.*, nota 63, p. 50; y González Calvillo, Enrique, «La mediación y la creación del Instituto Mexicano de la Mediación, A.C.», *El Foro*, Órgano de la Barra Mexicana, Colegio de Abogados, A.C., México, Undécima Época, tomo XII, núm. 2, segundo semestre, 1999, p. 217.

⁷¹ Weckstein, Donald T., «In praise of party empowerment-and of mediator activism», *Willamette Law Review*, Oregon, EUA, College of Law, Willamette University, vol. 33, núm. 3, verano, 1997, p. 508.

⁷² Medina Mora, Raúl, *op. cit.*, nota 63, p. 50.

⁷³ Véase Blumkin, Silvia Beatriz, «La mediación: del derecho internacional al derecho interno», *Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires*, Buenos Aires, Argentina, tomo 54, núm. 1, agosto, 1994, pp. 35-37; también Giavarino, Magdalena Beatriz, «La mediación: hacia un nuevo perfil profesional», *Foro económico*, Buenos Aires, Argentina, Universidad del Museo Social Argentino, año II, núm. 3, noviembre, 1996, pp. 128-129.

NOTAS SOBRE LOS MEDIOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

1. Su carácter voluntario.
2. La informalidad ⁷⁴.
3. La flexibilidad.
4. La confidencialidad.
5. La participación directa de las partes.
6. La utilización de diversas técnicas, tanto psicológicas como de negociación, para lograr el acercamiento de las partes.
7. La imposibilidad del mediador de imponer una solución al conflicto ⁷⁵.

Como etapas de la mediación podemos señalar, con Bisso y González ⁷⁶:

1. Creación de confianza.
2. Aislamiento de hechos y descontaminación de problemas.
3. Focalización de intereses.
4. Búsqueda de opciones y alternativas.
5. Elaboración del acuerdo.

Como objetivos del mediador encontramos ⁷⁷:

1. Dirigir los procedimientos.
2. Desarrollar una atmósfera propicia a la negociación y al encuentro de soluciones.
3. Reunir toda la información posible sobre los intereses y posiciones de las partes.
4. Auxiliar a las partes a encontrar opciones de solución y precisarlas.

⁷⁴ En este sentido véase lo dicho por Gozaíni, Oswaldo Alfredo, «La mediación. Una nueva metodología para la resolución de controversias», *Ars Iuris*, México, Revista del Instituto de Documentación e Información Jurídicas de la Facultad de Derecho de la Universidad Panamericana, núm. 14, 1995, p. 99; también González Calvillo, Enrique, «La mediación en México», *Jurídica*, Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana, México, UIA, núm. 29, 1999, pp. 181-183.

⁷⁵ Véase Hill, Richard, *op. cit.*, nota 10, p. 174.

⁷⁶ Bisso, Carlos Enrique y González, Manuela Graciela, «Mediación. Una visión sociológica-jurídica de la institución y su implantación positiva», *Revista del Colegio de Abogados de La Plata*, La Plata, Argentina, año XXXVI, núm. 57, enero-diciembre, 1996, p. 206.

⁷⁷ Henon Risso, Jorge, *op. cit.*, nota 66, pp. 232-233.

5. Auxiliar a las partes a tomar decisiones correctas para un acuerdo que satisfaga ambas posturas.

La mediación es uno de los MASC con mayor difusión a nivel internacional y por sus características se le ha considerado como el medio idóneo para resolver conflictos en materia ambiental y propiedad intelectual ⁷⁸.

I.12. La Amigable Composición

Es una forma de solucionar los conflictos de intereses entre las partes por obra de terceros, amigos de ambas, sin sujetar sus procedimientos a normas de derecho preestablecidas y sin apegarse en la decisión más que a la equidad y a la buena fe ⁷⁹.

Como característica particular de la amigable composición está el deferir a individuos «que no necesariamente han de ostentar calidades profesionales o técnicas especiales», pero de conducta intachable y honestidad y honorabilidad probada, la decisión de un conflicto. En la decisión del conflicto podrá actuar el amigable componedor con la libertad más amplia, en el marco de la equidad y la justicia.

Se exige desde luego la clara expresión de la voluntad de las partes en el sentido de estar dispuestas a someterse a la decisión del amigable componedor. Deberán hacerlo por escrito, en donde asienten sus nombres, la cuestión o cuestiones en conflicto, el nombre del amigable componedor y el término para cumplir con el encargo ⁸⁰.

⁷⁸ Véase Martínez García, Elena, «El arbitraje y la mediación como fórmulas de resolución de los conflictos derivados del uso de la propiedad intelectual a través de Internet», *Revista de Derecho Mercantil*, Madrid, España, núm. 231, enero-marzo, 1999; también Rodríguez Brizuela, Martín, «Los conflictos ambientales y la mediación como modo de dirimirlos», *Cuaderno de Federalismo*, Córdoba, Argentina, Instituto de Federalismo, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, núm. XI, 1997. En México se creó recientemente el Instituto Mexicano de la Mediación. Sobre éste, véase González Calvillo, Enrique, «La mediación y la creación del Instituto Mexicano de la Mediación, A.C.», *El Foro*, Órgano de la Barra Mexicana, Colegio de Abogados, A.C., México, Undécima Época, tomo XII, núm. 2, segundo semestre, 1999.

⁷⁹ Medina Lima, Ignacio, voz «amigable composición», en *Nuevo diccionario jurídico mexicano*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 1998, tomo A-C. Véase asimismo *Diccionario de derecho procesal*, México, Colegio de Profesores de Derecho Procesal, Facultad de Derecho de la UNAM, Harla, 1997, vol. 4, Biblioteca Diccionarios Jurídicos Temáticos, *sub voce* «amigable composición».

⁸⁰ Suárez Hernández, Daniel, *op. cit.*, notas 6 y 44, pp. 74-75.

I.13. Los Buenos Oficios

Los buenos oficios se encuentran considerados dentro de los mecanismos de solución de controversias y forman parte del derecho internacional público. Como tal, consisten en «la acción de un tercer Estado que, espontáneamente o a solicitud, procura aproximar, por medios diplomáticos, a los dos Estados entre los cuales existe una diferencia o si se ha desencadenado un conflicto, exhortándolos a que inicien o reinicien negociaciones o a recurrir a cualquier otro método pacífico para resolver su controversia»⁸¹.

Junto con la mediación, se incluyeron la encuesta y la jurisdicción arbitral en la primera Conferencia de La Haya, en 1899. Este acuerdo se renovó en la segunda Conferencia de La Haya en 1907. En este sentido, Verdross señala que cuando los esfuerzos se encaminan a decidir a las partes a reanudar las negociaciones se habla de buenos oficios⁸².

Los buenos oficios se incluyeron en la Carta de la ONU de 26 de junio de 1945, en el Tratado de Arbitraje Obligatorio de 29 de enero de 1902, en el Tratado Interamericano sobre Buenos Oficios y Mediación de 23 de diciembre de 1936 y en el Tratado Americano de Soluciones Pacíficas, Pacto de Bogotá, de 30 de abril de 1948⁸³.

I.14. La Transacción

La transacción consiste, según el artículo 2944 del *Código Civil Federal*, en un contrato por el cual las partes, haciéndose recíprocas concesiones, terminan una controversia presente o previenen una futura⁸⁴. Se le define como aquel contrato por medio del cual las partes

⁸¹ García Moreno, Víctor Carlos, voz «buenos oficios», en *Nuevo diccionario jurídicos mexicano*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 1998, tomo A-C.

⁸² Verdross, Alfred, *op. cit.*, nota 39, p. 392.

⁸³ Estavillo Castro, Fernando, *op. cit.*, nota 2, p. 385.

⁸⁴ Art. 2944 del *Código Civil del Distrito Federal*. Esta disposición tiene su origen en el Código Civil Francés. Sobre este punto, véase Lozano Noriega, Francisco, *Cuarto curso de derecho civil, contratos*, 6ª ed., México, Asociación Nacional del Notariado Mexicano, A.C., 1994, p. 439.

terminan extrajudicialmente un litigio pendiente o precaven un litigio eventual ⁸⁵.

Las concesiones recíprocas objeto de la transacción pueden consistir, ya sea el reconocimiento o la renuncia de derechos reales o personales comprendidos dentro de la relación jurídica controvertida, o bien, adicionalmente a lo anterior, en la transmisión de derechos o cosas no comprendidas en la relación jurídica controvertida ⁸⁶.

La transacción representa la culminación y formalización de lo acordado por las partes como resultado de la conciliación, la mediación y cualquier otro MASC con el que hubiesen logrado dirimir sus controversias de manera satisfactoria ⁸⁷.

Los códigos civiles Federal y del Distrito Federal establecen, respecto de la transacción, lo siguiente ⁸⁸:

- a) Cuando verse sobre controversias futuras deberá constar por escrito, si el interés pasa de doscientos pesos.
- b) Los ascendientes y los tutores no pueden transigir en nombre de las personas que tienen bajo su potestad o guarda, salvo que sea necesaria o útil a los intereses de los incapacitados, y previa autorización judicial.
- c) Es posible transigir sobre la acción civil resultante de un delito, mas no por eso se extingue la acción pública, ni se da por probado el delito.
- d) No se puede transigir sobre el estado civil de las personas ni sobre la validez del matrimonio, si bien, es válida la transacción sobre los derechos pecuniarios que de la declaración de estado civil

⁸⁵ Suárez Hernández, Daniel, *op. cit.*, notas 6 y 44, p. 56.

⁸⁶ Sánchez Medel, Ramón, *De los contratos civiles*, 11ª ed., México, Porrúa, 1991, p. 497.

⁸⁷ Estavillo Castro, Fernando, *op. cit.*, nota 2, p. 397.

⁸⁸ Arts. 2945 a 2963, respectivamente.

NOTAS SOBRE LOS MEDIOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

- podrían deducirse a favor de una persona, pero en tal caso la transacción no importa la adquisición del estado.
- e) Puede haber transacción sobre las cantidades ya debidas de alimentos.
 - f) El fiador sólo queda obligado por la transacción cuando consiente en ella ⁸⁹.
 - g) La transacción tiene respecto de las partes, la misma autoridad y eficacia que la cosa juzgada, pero es susceptible de anulación en los casos previstos por la ley.
 - h) En las transacciones sólo hay lugar a la evicción cuando en virtud de ella da una de las partes a la otra alguna cosa que no era objeto de la disputa y que, conforme a derecho, pierde el que la recibió.
 - i) Cuando la cosa dada tiene vicios o gravámenes ignorados del que la recibió, ha lugar a pedir la diferencia que resulte del vicio o gravamen, en los mismos términos que respecto de la cosa vendida.
 - j) Por la transacción no se transmiten, sino que se declaran o reconocen los derechos objeto de las diferencias que sobre ella recae.
 - k) La interpretación de las transacciones debe ser estricta y sus cláusulas son indivisibles, salvo pacto en contrario.
 - l) No puede intentarse demanda contra el valor o subsistencia de una transacción, sin que previamente se haya asegurado la devolución de todo lo recibido, en virtud del convenio que se quiera impugnar.

⁸⁹ Cabe transcribir aquí el comentario del maestro Lozano Noriega, quien señala: «La transacción implica la renuncia a un derecho; hay una concesión recíproca, cada uno cede algo en sus pretensiones; esto implica una modificación en una obligación, esta modificación no puede perjudicar al fiador si no consiente en ella». Lozano Noriega, Francisco, *op. cit.*, nota 84, p. 445.

m) Puede anularse la transacción cuando se hace en razón de un título nulo, a no ser que las partes hayan tratado expresamente de la nulidad. Cuando las partes están instruidas de la nulidad del título, o la disputa es sobre esa misma nulidad, pueden transigir válidamente, siempre que los derechos a que se refiere el título sean renunciables.

Es nula la transacción:

1. Que verse sobre delito, dolo y culpa futuros.
2. Sobre la acción civil que nazca de un delito o culpa futuros.
3. Sobre sucesión futura.
4. Sobre una herencia.
5. Sobre el derecho de recibir alimentos.
6. Celebrada teniéndose en cuenta documentos que después han resultado falsos por sentencia judicial.
7. Que verse sobre cualquier negocio que esté decidido judicialmente por sentencia irrevocable ignorada por los interesados.

La transacción produce título ejecutivo y tiene naturaleza judicial cuando se celebra dentro de juicio y extrajudicial cuando se celebra fuera de él, caso en el que debe elevarse a escritura pública, con excepción del caso en que se celebra dentro de juicio arbitral, debiendo elevarse a laudo transaccional ⁹⁰.

Finalmente, la transacción se clasifica como contrato bilateral, oneroso, conmutativo y por lo general formal ⁹¹.

⁹⁰ Estavillo Castro, Fernando, *op. cit.*, nota 2, p. 400.

⁹¹ Sánchez Medal, Ramón, *op. cit.*, nota 86, p. 498.