

EL CONFLICTO COMO EJE DE LA MEDIACIÓN Y UNA LECCIÓN QUE DEBEMOS APRENDER DE LA PANDEMIA

ABEL CHÁVEZ SALINAS*

En recuerdo de Mercedes Salinas Tovar.

RESUMEN: En el artículo se describe el conflicto como eje de los medios de solución de controversias; se analiza la relación entre el conflicto y la mediación, aclarando los conceptos de esta última. Se analiza el alcance del supuesto “prevenir una controversia futura” en la mediación y la pretendida asimilación de los convenios de mediación con la cosa juzgada. Finalmente se hace un análisis de las lecciones que nos deja la Pandemia ocasionada por el virus COVID-19 sobre la interrelación que existe entre los medios de solución de conflictos.

ABSTRACT: The article describes dispute as the central point of resolution methods; the relationship between dispute and mediation is analyzed, clarifying concepts. The scope of using mediation to “prevent future disputes”, and the validity to assimilate mediation agreements with “res judicata” are also analyzed. Finally, we share a lesson that we should learn from the Pandemic caused by the COVID-19 virus regarding the interrelationship that exists between all dispute resolution methods.

PALABRAS CLAVE: Mediación, MASC, Mediación y cosa juzgada, Pandemia y mediación.

KEYWORDS: Mediation, ADR, Mediation and res judicata, Pandemic and mediation.

SUMARIO: 1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA. 2. EL CONFLICTO. 3. DISTINCIÓN DE CONCEPTOS. EL CONTRATO DE MEDIACIÓN, EL PROCEDIMIENTO DE MEDIACIÓN Y EL ACUERDO DE MEDIACIÓN. 3.1. El contrato de mediación. 3.2. Procedimiento de mediación. 3.3. El acuerdo de mediación. 4. EL CONTRATO DE TRANSACCIÓN. 4.1. Antecedentes en Roma. 4.2. Código Napoleón. 4.3. El Código civil italiano. 4.4. El Código civil alemán. 4.5. El Código civil español. 4.6. Derecho mexicano. 4.7. Elementos del contrato de transacción. 4.7.1. Contrato o convenio. 4.7.2. Elementos. 5. LA POSIBILIDAD DE PREVENIR UNA CONTROVERSIA FUTURA. 6. EL CONTRATO DE TRANSACCIÓN Y LA EXCEPCIÓN QUE GENERA. 6.1. El análisis legal. 6.2. Criterios judiciales. 7. LA PANDEMIA OCASIONADA POR EL VIRUS COVID-19, NOS ENSEÑA QUE LOS MEDIOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS SE ENCUENTRAN INTERRELACIONADOS. 8. CONCLUSIONES. 9. BIBLIOGRAFÍA. 9.1. Fuentes bibliográficas. 9.2. Fuentes legislativas.

* Abogado por la Escuela Libre de Derecho, Profesor del Taller de Casos Prácticos de la Universidad Iberoamericana. Socio fundador de Chávez Salinas Abogados, S.C. Especialista en litigio, arbitraje y mediación. achs@chavezsalinas.com.mx

1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

La finalidad del presente trabajo es destacar que el elemento esencial de todo método de solución de controversias es el *conflicto* y que las maneras de solucionarlo, al compartir su esencia, tienen igual rango de importancia. Como se verá más adelante, los métodos heterocompositivos, como el proceso y el arbitraje, así como los autocompositivos, como la mediación, en la que nos centraremos, se encuentran en una misma jerarquía.

También intentaremos aclarar los conceptos de los acuerdos de voluntades que se pueden presentar durante la mediación y que consisten en el *contrato de mediación*, el *procedimiento de mediación* y el *acuerdo de mediación*, que en su caso, puede resultar del mismo.

De la posición que se adopte sobre las premisas anteriores, serán las decisiones que se tomen ante los diferentes casos concretos que se presenten.

Como una primera repercusión sobre el conflicto como eje de la mediación, trataremos las distintas interpretaciones sobre los alcances del objeto de la mediación, pues hay quienes han considerado que pueden celebrarse “acuerdos de mediación” en los que no existe conflicto, bajo el pretendido argumento de que los “previenen”. Aseguran encontrar fundamento para ello, en el artículo 4º de la Ley de Justicia Alternativa del Tribunal Superior de Justicia para el Distrito Federal (en adelante LJA), que dispone que “*la mediación procederá de la voluntad mutua de los particulares de someterse a ella para solucionar o prevenir una controversia común*”.

Es necesario analizar este aspecto para evitar que, mediante interpretaciones incorrectas, la mediación sea desnaturalizada en perjuicio de su desarrollo como un método eficaz de solución de conflictos.

La segunda consecuencia que abordaremos, ahora sobre el plano de igualdad de los métodos de solución de controversias, será la excepción que deriva del acuerdo de mediación, pues algunas legislaciones¹, e incluso iniciativas de “Ley General de Mecanismos de Solución de Controversias”² la identifican con la de *cosa juzgada*. Pareciera que tuvieron que acudir a una institución procesal, para dotar de efectividad al acuerdo de mediación, en vez de considerar que sus efectos derivan de la autonomía de la voluntad, como base de su obligatoriedad y como el desenvolvimiento natural del principio de voluntariedad en la mediación, puesto que si las partes acordaron solucionar el conflicto mediante este método, la consecuencia lógica es que sea su misma voluntad la que dota de eficacia el acuerdo y obliga a su cumplimiento.

1 La LJA menciona como un supuesto efecto del acuerdo de mediación el de la “cosa juzgada”.

2 La iniciativa Ley General de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias, presentada el 20 de julio de 2020.

Finalmente, destacamos una lección muy valiosa que nos deja la Pandemia originada por el virus COVID-19, que el conflicto es el eje de un círculo conformado por los medios de solución de conflictos y que la afectación que sufre el *proceso judicial*, repercute en todos los otros medios de solución de conflictos, precisamente por su interrelación.

Pasemos al primer aspecto, el conflicto, que es el eje de este trabajo.

2. EL CONFLICTO

CARNELUTTI, recuerda que las palabras concordia y discordia, junto con la de acuerdo, que tanta importancia tienen para el derecho, provienen de *corde* (corazón): “los corazones de los hombres se unen o se separan; la concordia o la discordia son el germen de la paz o de la guerra.”³

Y el mismo autor resalta el concepto de “civilidad”. *Civis*, probablemente deriva de *cum ire*, ir o andar conjuntamente. “La civilidad no es, pues, otra cosa que un andar de acuerdo; pero si los hombres tienen necesidad del proceso, quiere ello decir que falta el acuerdo entre ellos.” El bacilo de la discordia es el conflicto de intereses.⁴ El proceso civil, interviene para evitar la guerra y la situación frente a la que interviene, toma el nombre de litis o litigio, la litis es pues, un desacuerdo y el elemento esencial del desacuerdo es un conflicto de intereses.⁵

El litigio, como fue entendido por CARNELUTTI, significa “el conflicto de intereses cualificado por la pretensión de uno de los interesados y la resistencia del otro”⁶, mientras que para ALCALÁ ZAMORA, por litigio debe entenderse “el conflicto jurídicamente trascendente, que constituya el punto de partida o causa determinante de un proceso, de una autocomposición o de una autodefensa.”⁷

Quisimos hacer referencia a esta exposición de CARNELUTTI, que atiende al origen mismo de los términos, para tener en cuenta que la esencia de la *litis*, la constituye un *conflicto* de intereses y esta base, la del conflicto, lo es también de las otras maneras de solucionarlo, por lo que no consideramos que los términos, *litigio* y *conflicto*, sean incompatibles entre sí.⁸

3 CARNELUTTI, Francesco, *Cómo se hace un proceso*, Editorial Colofón, Tercera reimpresión, México: 2016, p. 12.

4 Ibidem, p. 23.

5 Ibidem, p. 24.

6 Citado por ALCALÁ ZAMORA, Niceto, *Proceso, autocomposición y defensa*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, Primera reimpresión: 2000. p. 17.

7 ALCALÁ ZAMORA, op. cit. p. 18.

8 Considera ALCALÁ ZAMORA que “Es evidente, so pena de encerrarnos en un círculo vicioso, que el proceso no surge del proceso, sino de una situación extra y meta procesal, que él está llamado a canalizar y resolver. Esta situación de conflicto, originadora del proceso, puede ser denominada litigio, entendida la palabra en la misma dirección que CARNELUTTI, pero en términos más amplios –o sea como conflicto jurídicamente trascendente y susceptible de solución, asimismo jurídica”, mediante...”

En cambio, para MARQUES CEBOLA⁹, el término conflicto es más amplio que el de litigio. Considera que el término litigio está asociado al ámbito jurisdiccional, mientras que el de conflicto, es más amplio, siendo “una controversia entre dos o más personas relativa a determinada cuestión, que podrá ser resuelta por los contendientes y por otras vías diferentes al proceso judicial, como, por ejemplo, a través de la mediación.”

Por nuestra parte, la intención de resaltar la identidad en la esencia de los términos *litigio* y *conflicto* consiste en justificar desde ahora, la igualdad en su importancia en la que se encuentran los distintos métodos de solución de controversias, ya sean estos autocompositivos o heterocompositivos y las relaciones entre éstos, porque comparten el mismo objeto, la solución de conflictos.

Entendido el concepto de conflicto o litigio, éste puede ser resuelto por *las partes* o mediante la decisión imperativa de un *tercero*.

La solución por los *litigantes* o *las partes*, es denominada como *parcial* por ALCALÁ ZAMORA, (en oposición a la *imparcial*) puede resultar del sacrificio de su propio interés, caso en el que nos encontraremos en presencia de la autocomposición.

En cambio, si se impone el sacrificio del interés ajeno, estamos en presencia de la *autodefensa*. La diferencia esencial entre una y otra, “radica en la dirección del impulso subjetivo que las determina, lo que nos permitiría caracterizar de *altruista* y de *egoísta*, respectivamente a los dos subtipos en que se divide la solución parcial de litigios.”¹⁰

Por lo que hace a la solución imparcial del conflicto, para el autor en cita, se reduce prácticamente a la que se obtiene mediante el *proceso*, dentro del que cabe el arbitraje.

Por ello, *proceso*, *autocomposición* y *autodefensa*, “se nos presentan, pues, como las tres posibles desembocaduras del litigio; pero ello no quiere decir que se encuentren en el mismo plano, ni que presenten las mismas ventajas, ni que necesariamente se repelan.”¹¹

En este trabajo nos circunscribiremos a la autocomposición, término que se debe a CARNELUTTI¹², quien también denominó equivalentes jurisdiccionales a tres especies de ésta, renuncia, allanamiento y transacción.

ALCALÁ ZAMORA, divide las maneras de poner fin al proceso de conocimiento en cuatro tipos, a saber: por actos de las partes, por inactividad de las mismas, por actos

el *proceso*, la *autocomposición* y la *autodefensa* “...que permitan sin dificultad su extensión a los distintos órdenes del enjuiciamiento (civil, penal, administrativo, etcétera), en todos los cuales hay que arrancar de un estadio que no sea aún procesal.” ALCALÁ ZAMORA, op. cit. p. 12.

9 MARQUES CEBOLA, Cátia, *La Mediación*, Marcial Pons, Madrid: 2013, p. 94.

10 ALCALÁ ZAMORA, op. cit. p. 13.

11 Ídem.

12 Ibidem, p. 72.

del juzgador y por hechos que impidan la continuación del proceso. Este autor considera:

“...ascendemos la autocomposición al primer plano, junto a la autodefensa y al proceso, no sólo porque un mismo concepto o institución puede ser considerado bajo diferentes ángulos o aspectos, sino porque ahora la vamos a estudiar más que como modo de concluir el proceso, como medio para la solución de los litigios. La diferencia, que no se reduce a un juego de palabras, se prescribe bien clara si se piensa, por un lado, que puede haber autocomposición al margen del proceso y, por otro, que el proceso puede cesar sin que se haya pronunciado sobre el litigio. El precedente contraste entre modos de concluir el proceso y medios de resolver el litigio, no es obstáculo para que existan figuras comunes a ambos sectores, como la sentencia, que cierra el proceso (de conocimiento) y define el litigio, o como la misma autocomposición, cuando es posterior a la promoción del proceso, ya que entonces clausura éste y decide la cuestión litigiosa.”¹³

Como ejemplo de autocomposición al margen del proceso se encuentra la transacción y como supuesto donde puede cesar, sin que se haya pronunciado sobre el litigio, tenemos el desistimiento de la demanda.

La anterior exposición coloca en plano de igualdad en cuanto a su importancia, al proceso y a las conductas autocompositivas, en una estructura centrada en la solución de conflictos. Estas ideas cobran especial relevancia, más de setenta años después de la primera publicación del libro *Proceso, Autocomposición y Autodefensa*, pues al pretender impulsar la mediación como un medio para la solución de disputas, éste debe colocarse *a la par del proceso*. Este punto de partida sirve también para construir una línea que permita regular las relaciones que entre las distintas maneras de solucionar los conflictos se presentan, incluyendo la igualdad que existe también entre los métodos heterocompositivos entre sí, como el arbitraje y el proceso.

La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación¹⁴, consideró que, después de la enmienda constitucional publicada el 18 de junio de 2008, en el Diario Oficial de la Federación, al cuarto párrafo del artículo 17, no puede seguir negando anclaje constitucional a las libertades que fundamentan el arbitraje, pues ahora existe una provisión que contiene un mandato al legislador para establecer mecanismos alternativos de solución de controversias.

Si bien este criterio está dirigido principalmente al arbitraje, también se determinó que el ejercicio de las libertades de las personas de acudir a mecanismos alternativos de

13 Ibidem, p. 72 y 73.

14 ARBITRAJE. IMPLICACIONES NORMATIVAS DERIVADAS DE SU CONSTITUCIONALIZACIÓN A PARTIR DE LA REFORMA DE JUNIO DE 2008. Décima Época, Registro: 2014010, Instancia: Primera Sala, Tipo de Tesis: Aislada, Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 40, Marzo de 2017, Tomo I, Materia(s): Constitucional, Tesis: 1a. XXXVI/2017 (10a.), Página: 438.

resolución de conflictos, no supone la renuncia o supresión de la función jurisdiccional del Estado; supone simplemente el ejercicio de la libertad para lograr la solución de una controversia, como sucede con cualquier mecanismo de solución de conflictos de manera previa a sede judicial (por ejemplo, una amigable composición o transacción).

A nuestro modo de ver, la igual jerarquía en que se encuentran los diferentes medios de solución de controversias, se centra, como se señaló anteriormente, en que por su naturaleza, es decir, con independencia de cualquier reconocimiento constitucional, constituyen el ejercicio de la autonomía de la voluntad, que siempre ha significado, como lo reconoce la propia Corte, el ejercicio de la libertad para solucionar un conflicto.

Concluimos por lo tanto que las tres maneras de resolver conflictos son, el *proceso*, la *autocomposición* y la *autodefensa*, encontrándose en un plano de igualdad y todos ellos tienen como elemento esencial, precisamente, el conflicto. Nos centraremos a continuación en la figura autocompositiva de la mediación, donde es necesario aclarar los conceptos que se señalan en el próximo apartado.

3. DISTINCIÓN DE CONCEPTOS. EL CONTRATO DE MEDIACIÓN, EL PROCEDIMIENTO DE MEDIACIÓN Y EL ACUERDO DE MEDIACIÓN

Distinguiremos en este apartado los conceptos de *contrato de mediación*, *procedimiento de mediación* y el contrato que puede resultar del referido procedimiento, es decir, el *acuerdo de mediación*.

Lo anterior no porque consideremos las definiciones como útiles en sí mismas, debiendo tener cuidado de ellas¹⁵, sino con la finalidad de distinguir los distintos momentos en que se presentan los acuerdos de voluntades relacionados con la mediación, en los que siempre está presente la idea del conflicto.

3.1. El contrato de mediación

Se refiere a “la declaración de voluntad emitida por ambas partes en conflicto en orden a manifestar su consentimiento a la resolución de la controversia por este método”¹⁶. “Fundamental para que se dé inicio a este método es el acuerdo de las partes, teniendo en cuenta que uno de los principios básicos de la mediación es la voluntariedad que vincula y protege a los mediados.”¹⁷

Al igual que “en el arbitraje se distingue el compromiso arbitral, para conflictos ya existentes, de la cláusula compromisoria, para conflictos futuros y eventuales resultan-

15 Recordando que toda definición es peligrosa. *Omnis definitio in iure civile periculosa est.* D. 50. 17. 202.

16 MARQUES CEBOLA, op cit., p. 121.

17 Ibidem, p. 122.

tes de una concreta relación jurídica, no se ven razones para no permitir también en el ámbito de la mediación las dos situaciones.”¹⁸

El contrato de mediación “constituirá la manifestación de voluntad de las partes consintiendo la resolución de su conflicto a través de la mediación. Esta declaración puede ser enunciada en el acta inicial de una mediación, o en un contrato autónomo, o en una cláusula contractual incluida en otro convenio obligacional, desde que conste la voluntad libre e indudable de las partes en tal sentido.”¹⁹ Para MARQUES CEBOLA, el contrato tiene una naturaleza privada, siendo la autonomía privada, la luz que ilumina todo el camino de la resolución de un conflicto por mediación²⁰, naturaleza que no se exceptúa si este mecanismo estuviere integrado en un sistema público. En esta situación, la mediación es desarrollada en el ámbito de un servicio institucional y administrativo, que es responsable de la incorporación de mediadores disponibles para las partes cuando sean solicitados, así como de la gestión hacia el ciudadano de la disponibilidad de esta vía de la Administración de la justicia. Sin embargo, la existencia de un servicio público no elimina la necesidad de un contrato de mediación a través del cual las partes dan su consentimiento expreso a la aplicación de este mecanismo. En consecuencia, el propio resultado del método mantiene su índole contractual y privada. De este modo, la mediación tiene naturaleza privada aunque esté integrada en un servicio o sistema público.²¹

3.2. Procedimiento de mediación

Para poder diferenciar el procedimiento de mediación, del acuerdo de mediación, es necesario primero tener claro qué entendemos por mediación y cuándo consideramos que es exitosa. Para SUARES, si vemos a la mediación como una institución para solucionar conflictos, “la tarea puede resultar inmensa y al mismo tiempo frustrante”. En cambio, puede resultar más conveniente una definición que limite la tarea de la mediación y la considere como “*la institución que ayuda a las partes a encontrar otra forma de encarar y conducir sus disputas, que les permita llegar a un acuerdo*”, sin que el hecho de que éste no se obtenga altere a la institución de la mediación. El mediador es un tercero que “trabaja activamente, a veces para derribar un dique, otras para abrir “otro canal”, pero el abrirlo o no es responsabilidad de las otras dos. De no ser así, sería una imposición del mediador, y la mediación perdería su carácter esencial de “voluntaria.”²²

18 Ibidem, p. 123.

19 Ibidem, p. 123.

20 Ibidem, p. 139.

21 MARQUES CEBOLA, op cit., p. 139 y 140.

22 SUARES Marinés, *Mediación. Conducción de disputas, comunicación y técnicas*. Novena reimpresión, Argentina: 2016, p. 79 y 80.

Lo anterior además nos permite distinguir entre el *procedimiento de mediación* del resultado que puede tener, esto es, *el contrato derivado del mismo*, puesto que por el hecho de que derivado de la mediación no se alcance un acuerdo, no significa que la mediación haya quedado frustrada. MARQUES CEBOLA²³, concibe a la mediación como “un método que pretende alcanzar un fin a través de la intervención de un tercero y de la participación activa de las partes. Ese fin o resultado se concreta en el acuerdo final que pone el desenlace al conflicto.” Cabe señalar que ese fin “es solamente potencial, toda vez que la mediación puede terminar sin acuerdo.”²⁴ Este resultado puede designarse como “acuerdo de mediación” o “negocio jurídico mediado.”²⁵

Para BLANCO CARRASCO, la finalidad de la mediación familiar no es exclusivamente llegar a un acuerdo, sino “facilitar a los mediados un espacio neutral que permita la comunicación entre ellos. Se considera que la mediación no ha fracasado si, a pesar de no conseguir el acuerdo se ha permitido que cada miembro de la pareja (en mediación familiar) o de la comunidad (mediación comunitaria), o de la comunidad de vecinos (mediación vecinal), etc., haya podido escuchar a la otra parte y conocer sus posiciones.”²⁶

La LJA considera a la mediación como un procedimiento²⁷, por lo que es necesario establecer la diferencia entre procedimiento y proceso. “El proceso se caracteriza por su finalidad jurisdiccional compositiva del litigio”, mientras que el procedimiento (que puede manifestarse fuera del campo procesal, como en el orden administrativo o en el legislativo) se reduce a ser una “coordinación de actos en marcha, relacionados o ligados entre sí por la unidad del efecto jurídico final, que puede ser el de un proceso o el de una fase o fragmento suyo (v.gr. procedimiento incidental o impugnativo). Ambos conceptos coinciden en su carácter dinámico, reflejado en su común etimología, de *procedere*, avanzar; pero el proceso, además de un procedimiento como forma de exteriorizarse, comprende los nexos (constituyan o no relación jurídica) que entre sus sujetos, es decir, las partes y el juez, se establecen durante la substanciación del juicio.”²⁸

Así, la mediación debería ser referida como un procedimiento, esto es, como una secuencia de actos, lógicamente articulados entre sí, con vista a determinado fin. Sin em-

23 MARQUES CEBOLA, op cit, p. 110.

24 Los supuestos de terminación de la mediación se encuentran previstos en los artículos 34 y 49 de la LJA, donde se señalan como tales, además del convenio, el comportamiento irrespetuoso de una de las partes, la decisión conjunta o separada de las partes, su inasistencia y la decisión del mediador cuando considere que no hay suficiente voluntad para llegar a un acuerdo.

25 MARQUES CEBOLA, op cit., p. 110.

26 La autora considera a la mediación familiar como un sistema de *gestión* del conflicto más que de *solución* del conflicto. BLANCO CARRASCO, Marta. *Mediación y sistemas alternativos de resolución de conflictos. Una visión jurídica*, Editorial Reus, Madrid: 2009, p. 154.

27 La fracción X del artículo 2º de la Ley de Justicia Alternativa define a la mediación como un “procedimiento voluntario por el cual dos o más personas involucradas en una controversia, a las cuales se les denomina mediados, buscan y construyen una solución satisfactoria a la misma, con la asistencia de un tercero imparcial denominado mediador”.

28 ALCALÁ ZAMORA, op. cit, p. 116.

bargo, para MARQUES CEBOLA, “esta concepción se confronta con la informalidad de la mediación”, es decir, es un mecanismo informal y flexible que excluye *ab initio*, cualquier definición de un procedimiento previo y determinado, por lo que considera mejor considerar a la mediación como un método, palabra que significa “camino para llegar a un fin.”²⁹

A nuestro modo de ver, es válido considerar a la mediación como un procedimiento, porque su carácter flexible, no implica que los actos necesarios para la consecución de un fin, se encuentren establecidos con un orden riguroso.

3.3. El acuerdo de mediación³⁰

La mediación posee el contenido de la autocomposición³¹, más concretamente, el convenio que puede resultar de la mediación tiene el contenido de una transacción.

Para un sector de la doctrina, el acuerdo de mediación y la transacción son diferentes. MARQUES CEBOLA considera que en la transacción hay un sacrificio recíproco de las partes que abandonan parte de su derecho, presuponiendo concesiones mutuas, en cambio considera que “en la mediación, el objetivo primero es obtener un acuerdo en que las partes sientan sus necesidades satisfechas y que responda a sus ambiciones sin que tengan que sacrificar obligatoriamente sus derechos o intereses³² y el factor distintivo fundamental con otras figuras (como el allanamiento y la renuncia), lo hace consistir en que “todos los actos referidos son formas de terminación (o de evitar, también para el caso de la transacción) del proceso y, al revés, la mediación puede ocurrir antes, después e independientemente de un proceso judicial.”³³

Por nuestra parte consideramos que si en el contrato que resulte de la mediación, existen concesiones recíprocas, se tratará de uno de transacción y si no es el caso, de cualquier manera el régimen que le es aplicable en nuestro derecho también lo es el de la transacción, en términos de lo dispuesto por el artículo 1858 del Código Civil para el Distrito Federal, que determina que los contratos que no estén expresamente reglamentados por el mismo, “se regirán por las reglas generales de los contratos; por las estipulaciones de las partes, y en lo que fueron omisas, por las disposiciones del contrato con el que tengan más analogía, de los reglamentados en este ordenamiento”. Y a su vez, el artículo 1859 ordena que “las disposiciones legales sobre contratos serán aplicables a todos los convenios y a otros actos jurídicos, en lo que no se opongan a la naturaleza de éstos o a disposiciones especiales de la ley sobre los mismos.”

29 MARQUES CEBOLA, op cit. p. 94.

30 GARCÍA VILLALUENGA, lo denomina *negocio jurídico mediado*, citado por BLANCO CARRASCO, Marta, op. cit. p. 157.

31 ALCALÁ ZAMORA, op cit, p. 75.

32 MARQUES CEBOLA, op cit., p. 167 y 168.

33 Ibidem, p. 169.

Además, debemos tomar en cuenta que la reciprocidad de prestaciones no es una cuestión en ocasiones tan clara de definir y menos para establecer una diferencia entre la transacción y el acuerdo mediado. Como ejemplo tenemos el señalado por la jurisprudencia francesa que, si bien “afirma como necesaria esa reciprocidad, no exige en modo alguno que los sacrificios sean de igual valor. Así, el simple deseo de evitar un pleito largo y costoso puede legitimar, a título de transacción el abandono de derechos relativamente importantes.”³⁴

Para BLANCO CARRASCO, el acuerdo de mediación, que denomina también negocio jurídico mediado, “puede ser calificado como un contrato de transacción, al cual se otorga una especial fuerza en nuestro ordenamiento jurídico.” Considera que para calificar un contrato como transacción se requiere que el objeto del contrato sea evitar un pleito a través de recíprocas concesiones de las partes y, dado que este es el objeto del negocio jurídico mediado, nada impide que podamos considerarlo como tal.³⁵

ALCALÁ ZAMORA considera que la autocomposición, puede ser unilateral o bilateral, con la particularidad de que la mejor estudiada es la transacción, que tiene este último carácter.³⁶

La transacción puede tener lugar lo mismo antes de un proceso (para evitarlo, como sucede con la transacción extrajudicial) como después de iniciado el proceso (a fin de apartarse de la vía jurisdiccional y ponerle término por otros medios), por lo que la autocomposición tiene un desarrollo plena y conscientemente jurídico, con independencia de los móviles internos que a ella conduzcan.³⁷

De todas las figuras autocompositivas, la transacción ha sido la mejor estudiada, “ello se debe probablemente a su inclusión como contrato en los códigos civiles –los procesales en cambio, se suelen contentar con episódicas referencias a la misma–, pero como el contrato no es una institución exclusiva del derecho privado, ya que entre otros campos jurídicos se manifiesta precisamente en el procesal (v.gr. contratos de patrocinio, de compromiso, etcétera), podría discutirse la pertinencia de situarla en aquellos, dado que su finalidad en cuanto a la solución de los litigios es idéntica a la del proceso y a las formas lícitas de autodefensa... En todo caso, así como se diferencian el proceso y el litigio, o bien compromiso y el laudo, así también deben contraponerse la transacción en sí y su resultado jurídico-material, de la misma manera que el vehículo y la meta. Y esta distinción debiera bastar para que los códigos procesales prestasen al primer aspecto mayor atención de la que suelen”³⁸.

Concluimos que el *contrato de mediación* constituye la manifestación de voluntad de las partes en la que aceptan que su conflicto sea resuelto a través de la mediación,

34 PLANIOL, Marcelo, *Tratado práctico de derecho civil francés*, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, v. II. p. 923.

35 BLANCO CARRASCO, op cit., p. 211 y 212.

36 ALCALÁ ZAMORA, op. cit., p 77.

37 Ibidem, p. 31.

38 ALCALÁ ZAMORA, op cit, p. 92.

mientras que el *procedimiento de mediación*, constituye una secuencia de actos, lógicamente articulados entre sí, para la solución del conflicto, mismo que puede o no, sin afectarla, concluir con un *acuerdo de mediación*, en el que si existen prestaciones recíprocas, constituye un contrato de transacción.

Por lo anterior, en el siguiente apartado estudiamos brevemente el contrato de transacción, haciendo énfasis en la existencia del conflicto como uno de sus elementos esenciales.

4. EL CONTRATO DE TRANSACCIÓN

4.1. Antecedentes en Roma

La *transactio* consistía en un acuerdo entre las partes en conflicto, por la que el actor renunciaba al ejercicio de la acción a cambio de una atribución patrimonial, o su promesa, por parte del demandado.

“En esencia, la transacción no era más que un pacto, si bien con especiales características que, con el paso del tiempo, terminaron por conceder sustantividad propia al acuerdo transaccional. Entre esos rasgos especiales, destaca Ulpiano (D. 2,15,1 [Ulp. 50 ad ed.] el tratar sobre una cuestión dudosa (*res dubia*) y la existencia de un litigio sin concluir (*lis incerta neque finita*). El pacto, en cambio, versaba sobre una cosa cierta e indubitable (*res certa et indubitata*), no requería que se tratara de una cuestión litigiosa y su causa era una donación o liberalidad; D. 2,15,1 (Ulp. 50 ad ed):

*Qui transigit, quasi de re dubia et lite incerta neque finita transigit, qui vero paciscitur, donationis causa rem certam et indubitatam liberalitate remittit*³⁹.

Considera CASTRO-CAMERO que la transacción nunca era lucrativa, las partes se hacían concesiones recíprocas que, si bien no debían ser estrictamente equiparables, sí tenían que mantener una cierta proporción entre ellas. De otro lado, la transacción requería que se tratase de una cuestión litigiosa, que se estuviera viendo en juicio o que hubiera ánimo de tratarla en él. Por último, el asunto objeto de acuerdo transaccional debía ser una cuestión dudosa.⁴⁰

En Roma, por tanto era necesario que existiera una cuestión litigiosa, *res dubia*, siendo la base esencial de este pacto.

En el Código de Justiniano, se definía como “una convención no gratuita por la que se decide una cosa dudosa, dando, reteniendo o prometiendo algo.”⁴¹

39 DE CASTRO-CAMERO, Rosario, *Soluciones “in iure” a una controversia patrimonial: transacción, juramento y confesión*. Universidad de Sevilla, 2006, p.19.

40 Idem.

41 GARCÍA GOYENA, Florencio, *Concordancias motivos y comentarios del Código Civil Español*, Facsímil de Imprenta de la Biblioteca de Jurisprudencia, 1878-1881. Suprema Corte de Justicia de la Nación, México: 2011, p. 106.

4.2. Código Napoleón

El Código Napoleón, en su artículo 2044, define a la transacción como “un contrato por el que las partes terminan una contestación presente o previenen una futura.”⁴²

PLANIOL señala que la definición es “insuficiente ya que solamente expresa el resultado de la transacción, el cual también puede alcanzarse por actos de diversa naturaleza, como el desistimiento o el allanamiento. La ley olvida poner en relieve el medio por el cual las partes que transigen obtienen tal resultado: “gracias a concesiones recíprocas.”⁴³

4.3. El Código civil italiano

Definió a la transacción como un contrato por el cual las partes haciéndose concesiones recíprocas, ponen fin a una litis ya comenzada o previenen una litis que puede surgir entre ellas (arts. 1995 del C.C.).⁴⁴

4.4. El Código civil alemán

El *BGB*, destina a la transacción un solo artículo, determinando que “Un contrato por el cual es suprimido el litigio o la incertidumbre de las partes sobre una relación jurídica por vía de recíprocas concesiones (transacción) es ineficaz, si la situación tomada como base firme, según el contenido del contrato, no corresponde a la realidad y el litigio o la incertidumbre no habrían nacido con conocimiento de la situación –verdadera-.”⁴⁵

4.5. El Código civil español

Define a la transacción en su artículo 1809 como un “contrato por el cual las partes, dando, prometiendo o reteniendo cada una alguna cosa, evitan la provocación de un pleito o ponen término al que habían comenzado.”⁴⁶

4.6. Derecho mexicano

El Código Civil de 1884, previó la transacción como un contrato y le dio una mayor reglamentación a la del Código Civil francés.⁴⁷

42 Idem.

43 PLANIOL, op cit., p. 921.

44 CALAMANDREI, Piero, *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, Leyer, Colombia: 2015, p. 68.

45 ENNECCERUS, Ludwig, KIPP, Theodor y WOLFF, Martin, *Tratado de derecho civil*, Bosch, Barcelona, Apéndice, v. 6. P. 159.

46 DÍEZ-PICAZO, Luis, *Sistema de Derecho Civil*, Volumen II, Tomo 2, Contratos en especial, Undécima Edición, Tecnos, 5298.

47 RICO ÁLVAREZ, Fausto y GARZA BANDALA, Patricio, *De los contratos civiles*, 2a. ed., México, Porrúa, 2011, p. 444.

El Código Civil para el Distrito Federal vigente, define a la transacción en su artículo 2944, señalando que es un contrato “por el cual las partes haciéndose recíprocas concesiones, terminan una controversia presente o previenen una futura.”

4.7. Elementos del contrato de transacción

Analicemos los elementos del contrato de transacción.

4.7.1. Contrato o convenio

Resulta ociosa la distinción entre convenio o contrato, en términos de los artículos 1858 y 1859, como lo ha sostenido la doctrina⁴⁸, por lo que en este trabajo hablaremos indistintamente de contrato o convenio de transacción, considerando que lo fundamental es el acuerdo de voluntades.

4.7.2. Elementos

Para SÁNCHEZ MEDAL, los elementos reales o requisitos de fondo de la transacción son: 1.- Una relación jurídica incierta o “*res dubia*”; 2.- la base firme de la transacción o “*caput non controversum*” y 3.- *las concesiones recíprocas*.

La “*res dubia*”, consiste en la existencia de una relación jurídica incierta, debido a la necesidad de incertidumbre, por lo que “no cabe en la transacción la nulidad por error de derecho”, en términos del artículo 1813 del Código Civil.

Analizando el autor la naturaleza jurídica de las controversias o de las relaciones jurídicas inciertas que pueden ser materia de la transacción, debe tratarse de derechos que estén en el comercio y que sean susceptibles de enajenarse o renunciarse.

La base firme de la transacción o “*caput non controversum*”, “es la situación de hecho que las partes toman como cierta o existente para transigir un asunto, de tal suerte que cuando esa base firme o situación de hecho es errónea, la transacción es nula.”⁴⁹

48 La distinción entre convenio y contrato “no es ya reconocida en la actualidad, pues el vigente Código civil italiano la ha eliminado (Art. 1321) y nuestro mismo Código civil hace desaparecer toda importancia de ella al establecer que los principios relativos a los contratos se aplican a todos los convenios (1859), lo cual hace que en realidad resulte ya bizantina la diferencia entre convenio y contrato”. SÁNCHEZ MEDAL, Ramón, *De los contratos civiles*, Editorial Porrúa, p. 4. En el mismo sentido, en específico por lo que hace a la transacción, RICO ÁLVAREZ, Fausto y otro, op., cit. p. 444.

49 SÁNCHEZ MEDAL, Ramón, Op cit., p. 516. Este autor señala como ejemplos “si la transacción se hizo sobre los derechos de un cierto testamento, y posteriormente se descubre otro testamento posterior que revocó a aquél. Sucede así también cuando se transigió con base en un título nulo, a no ser que las partes hayan tratado expresamente de soslayar esa nulidad (2954 y 2955); cuando se lleva a cabo la transacción tomando en cuenta documentos que posteriormente resultaron falsos por sentencia judicial (2956); o cuando las partes ignoraban la existencia de una sentencia firme que dirimió la cuestión

El tercer elemento lo constituyen *las concesiones recíprocas*, que por definición deben hacerse las partes en toda transacción y pueden ser muy variables, “pero podrían reducirse, en la transacción pura o particional, a una renuncia o a un reconocimiento de derechos de una parte en favor de la otra, y viceversa; y, en la transacción compleja, consisten también en la transmisión del uso temporal o de la propiedad o de otro derecho real sobre una cosa extraña a la disputa entre las partes, y que hace una de éstas en favor de la otra, además de los indicados reconocimientos o renunciaciones de derechos. Por la necesidad de esclarecer debidamente el alcance de la transacción, las renunciaciones o reconocimientos de derechos que impliquen las concesiones recíprocas, han de ser precisos y claros.”⁵⁰

Para DÍEZ-PICAZO⁵¹, el objeto de la transacción es “obviamente, la relación jurídica controvertida, que las partes componen por medio del contrato transaccional” y considera que “la necesidad de controversia deriva de la idea de “pleito”, que la supone por definición; el pleito no recae más que sobre un conflicto de pretensiones entre las partes, que cada una apoya en preceptos legales, sobre una determinada situación.” Pero como la transacción tanto puede poner fin al que había comenzado como evitarlo, “la controversia que lo dirime lo mismo puede haberse llevado ya ante los órganos judiciales o a árbitros, como no haber pasado a esta fase.”

En este sentido, PLANIOL considera que “no se requiere en modo alguno que la existencia de la diferencia se haya manifestado exteriormente en la interposición del pleito. La finalidad de la transacción puede ser evitarlo y en ese caso se llama extrajudicial.”⁵²

CASTÁN TOBEÑAS⁵³, señala que la jurisprudencia⁵⁴ del Tribunal Supremo determinó que “el contrato de transacción requiere una cuestión anterior que le dé vida, ya sea judicial o extrajudicial, porque no sólo tiene lugar para poner término a un pleito ya comenzado, sino para evitar la provocación de una cuestión judicial.”

De lo anterior concluimos que por su naturaleza, en el contrato de transacción debe existir una relación jurídica incierta, la *res dubia*, así como una base firme de la transacción o “*caput non controversum*” elementos considerados desde Roma y recogidos durante la codificación de distintos países, incluido el nuestro.

debatida entre ellas (2958). En este último supuesto, la transacción es nula porque aunque no exista una incertidumbre subjetiva (no hay incertidumbre objetiva en ese caso) y, por ello, se está ante una “*res dubia*”, sin embargo, resulta errónea la base firme de la transacción o “*caput non controversum*”, en atención a que las partes tratan de definir una controversia que ha sido ya resuelta de manera irrevocable por sentencia firme.”

50 Idem, p. 517.

51 DÍEZ-PICAZO, op cit., posición 5298.

52 PLANIOL op cit. p. 922.

53 CASTÁN TOBEÑAS, José, *Derecho civil español, común y foral*, Reus, Madrid: 1992. p. 820.

54 Sentencia del 17 de octubre de 1924.

5. LA POSIBILIDAD DE PREVENIR UNA CONTROVERSIDAD FUTURA

Como una primera repercusión y a manera de ejemplo, trataremos las distintas interpretaciones sobre los alcances del objeto de la mediación, previsto en el artículo 4º de la LJA, en particular, el aspecto referido a la posibilidad de utilizar la mediación para “prevenir una controversia común”.

El referido artículo 4º de la LJA, conforme a su texto original, publicado el 8 de enero de 2008, señalaba que “*La mediación siempre procederá de la voluntad mutua de los particulares de someterse a ella para resolver una controversia común*”. En la redacción original no se preveía que derivado de la mediación, pudiera resolverse una controversia futura.

El artículo fue objeto de dos reformas publicadas en la Gaceta Oficial del Distrito Federal, los días 8 de febrero de 2011 y 18 de diciembre de 2014, sin que fuera modificada la parte que nos interesa en este estudio; pero el 20 de agosto de 2015 se reformó el artículo 4º, para “añadir” la posibilidad de utilizar la mediación para prevenir una controversia común, en los siguientes términos: “*la mediación procederá de la voluntad mutua de los particulares de someterse a ella para solucionar o prevenir una controversia común*”.

Algunos intérpretes han considerado que, como resultado precisamente de esta reforma, ya no es necesario que durante el procedimiento de mediación, ni en el contrato que en su caso resulte de la misma, exista un conflicto, alegando que este elemento puede suprimirse en virtud de que, mediante la mediación puede “prevenirse” un conflicto hacia el futuro. Eliminan, quienes opinan así, la necesidad de una relación jurídica incierta, ampliando de tal manera el ámbito de aplicación, que llegan al extremo de admitir, por ejemplo, la validez de supuestos “convenios de mediación” sobre la desocupación de localidades arrendadas, sin celebrar siquiera, contratos de arrendamiento.

Como hemos visto en los apartados precedentes, el conflicto es un elemento esencial del procedimiento de mediación y del contrato que puede resultar del mismo, por lo que no es posible suprimirlo.

Resulta evidente que, si se pretende celebrar un contrato de mediación, en el que se suprima el conflicto, señalando que se celebra para la desocupación de una localidad arrendada, sin la existencia de un previo contrato de arrendamiento, se trata de un burdo intento de beneficiarse de la vía de ejecución del contrato de mediación, por lo que estas prácticas deben ser desterradas.

El “prevenir una controversia futura” no significa la posibilidad de eliminar el conflicto de manera alguna. En términos del artículo 2944, prevenir una controversia, significa una *judicial*, es decir, la transacción puede tener por objeto, tanto resolver una controversia en la que ya existe un proceso judicial, caso en el cual lo extinguiría, como prevenir una contienda de esta naturaleza, siendo denominada transacción extrajudicial.

Por ello, la supuesta “adición” al artículo 4 de la LJA, no puede obedecer a la posibilidad de eliminar la existencia del conflicto, elemento esencial del procedimiento de mediación y del contrato de transacción. Lo más probable es que la reforma simplemente subsanó la omisión, con independencia que los términos del artículo antes de la reforma, no debía representar obstáculo alguno para la celebración de transacciones extrajudiciales, que tienen su fundamento, en el Código Civil.

Cabe señalar que en la versión estenográfica de la sesión extraordinaria celebrada el 19 de febrero de 2015⁵⁵ y en la Gaceta Parlamentaria⁵⁶ de esa misma fecha, en la que se reformó el artículo en comento, no se señala cuestión alguna sobre la razón de la adición de “prevenir una controversia”, sin que la búsqueda de esta fuente implique una intención de encontrar la “voluntad del legislador”, sino confirmar que ni siquiera fue objeto de debate.

6. EL CONTRATO DE TRANSACCIÓN Y LA EXCEPCIÓN QUE GENERA

En este apartado queremos hacer referencia a la aparente necesidad de referir la fuerza vinculatoria del acuerdo mediado, a la cosa juzgada. A nuestro modo de ver, esto es una consecuencia más de dejar de valorar a los medios alternativos de solución de controversias a la par del judicial.

6.1. El análisis legal

En términos del artículo 2953 del Código Civil para el Distrito Federal, la transacción tiene, respecto de las partes, la misma eficacia y autoridad que la cosa juzgada; pero podrá pedirse la nulidad o la rescisión de aquella en los casos autorizados por la ley.

Por su parte, el artículo 38 de la LJA, ordena que el convenio celebrado entre los mediados ante la fe pública del Director General, Director o Subdirector de Mediación actuante, con las formalidades que señala dicha Ley, será válido y exigible en sus términos y “dicho pacto tendrá fuerza de cosa juzgada” y que “surtirán el mismo efecto los convenios emanados de procedimientos conducidos por Secretarios Actuarios y mediadores privados certificados por el Tribunal que sean celebrados con las formalidades que señala esta Ley, y sean debidamente registrados ante el Centro en los términos previstos por esta Ley, el Reglamento y las Reglas, según corresponda. Mientras que el artículo 51 del referido ordenamiento, dispone que los convenios que sean celebrados ante mediador privado certificado “...traerán aparejada ejecución para su exigibilidad

55 ASAMBLEA LEGISLATIVA DEL DISTRITO FEDERAL, VI LEGISLATURA, ESTENOGRAFÍA PARLAMENTARIA. Primer periodo de sesiones extraordinarias, tercer año de ejercicio. Versión estenográfica de la sesión extraordinaria celebrada el día 19 de febrero de 2015.

56 GACETA PARLAMENTARIA DE LA ASAMBLEA LEGISLATIVA DEL DISTRITO FEDERAL, Año 03/Primer Extra, 19-02-2015 VI Legislatura/No. 208.

en vía de apremio ante los juzgados, y dicho pacto tendrá fuerza de cosa juzgada en los términos previstos por el artículo 38 de esta Ley”.

El 20 de julio de 2020, fue presentada en el Senado una iniciativa de Ley General de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias, en cuyos artículos 25, 48, 50 y 51 también otorgan el carácter de cosa juzgada a ciertos convenios en los casos especificados.

A continuación, demostraremos que la pretendida referencia a la cosa juzgada es infundada.

Para CHIOVENDA, la cosa juzgada es el bien juzgado, el bien reconocido o desconocido por el juez. El bien juzgado se convierte en inatacable, la parte a la que el bien de la vida fue negado no puede reclamarlo más; la parte a la que fue reconocido, no sólo tiene derecho a conseguirlo prácticamente frente a la otra, sino que no puede sufrir de ésta ulteriores ataques a este derecho y a este goce.⁵⁷

La asimilación de los efectos del contrato de transacción a la cosa juzgada, ha sido criticada por RICO ÁLVAREZ, al considerar que la transacción no puede tener la autoridad de cosa juzgada debido a que aún puede demandarse su nulidad o rescisión, considerando que esta norma debería derogarse.⁵⁸

LOZANO NORIEGA por su parte considera que el contrato de transacción produce en beneficio de los contratantes, una excepción perentoria que se conoce como excepción de transacción. Si los contratantes han transigido respecto de una controversia presente o previenen una futura y posteriormente alguno de los contratantes pretende reanudar esa controversia, el otro se excepcionará con la excepción de transacción. La excepción de transacción se ha asimilado a la de cosa juzgada porque, como en ella, no procede más que entre las mismas partes o entre sucesores a título universal; deben referirse a la misma cosa o invocarse las mismas causas.⁵⁹

El autor señala que, en realidad, “entre la transacción y la sentencia basada en autoridad de cosa juzgada no hay posibilidad de confusión porque son actos jurídicos diferentes. Tampoco había por qué dar más fuerza al contrato: este tiene la fuerza obligatoria que tienen todos los contratos y esto es suficiente. No hay razón, pues, para esta asimilación.⁶⁰

Explica SÁNCHEZ MEDAL⁶¹, que la transacción genera a cargo de las partes la obligación fundamental de reconocer el derecho o de atenerse a la renuncia que se ha

57 CHIOVENDA, Giuseppe, *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, Tomo I, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, México: 2008, p. 382 y 383.

58 RICO ÁLVAREZ, op. cit. p. 449.

59 LOZANO NORIEGA, Francisco, *Cuarto Curso de Derecho Civil, Contratos*, Sexta Edición, Tercera Reimpresión. P. 441.

60 Ibidem. p. 442.

61 SÁNCHEZ MEDAL, op. cit. p. 518.

hecho por virtud de la misma transacción. Esta obligación genera dos consecuencias jurídicas concretas:

La primera.- Tener como indiscutible e incontrovertible el derecho que se ha reconocido o la renuncia que se ha hecho (2953), y cumplir en su caso la prestación derivada del reconocimiento o de la renuncia en cuestión.

La segunda.- Conceder a las partes recíprocamente la excepción de transacción, “*exceptio litis per transactionem finitae*”, equivalente a la cosa juzgada (2953), si vuelve a plantearse por cualquiera de las partes la misma controversia (Art. 422 del Cód. Proc. Civiles).

6.2. Criterios judiciales

Los criterios judiciales de los tribunales mexicanos han reconocido por una parte, como elementos esenciales del contrato de transacción, el conflicto y por otra, que la excepción que procede del mismo es la de transacción y que si bien tiene elementos coincidentes con la de cosa juzgada, no se identifica a ésta, fundamentalmente porque, como vimos anteriormente, este contrato, como cualquier otro, puede ser objeto de una acción de nulidad.

La siguiente jurisprudencia⁶² determinó que en el contrato de transacción se “supone la existencia o incertidumbre de un derecho dudoso, de un derecho discutido o susceptible de serlo, y que origine obligaciones de dar, hacer o no hacer que correlativamente se imponen los contratantes, pues precisamente su objeto es el de realizar un fin de comprobación jurídica, esto es, de establecer la certeza en el alcance, naturaleza, cuantía, validez y exigibilidad de derechos, cuando se celebra, las personas que en dicho contrato intervienen están obligadas a lo expresamente pactado.”

Del referido criterio jurisprudencial, se aprecia que está sobre todo dirigido a determinar que procede la vía de apremio del contrato de transacción, interpretando el artículo 533 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.⁶³

En la ejecutoria se señala:

“La transacción requiere para su existencia, la incertidumbre en cuanto a los derechos disputados o que pueden disputarse, y que la misma desprenda consentimiento, que es el alma o esencia de los contratos, pues precisamente el objeto de

62 TRANSACCIÓN, CONTRATO DE. TIENE CALIDAD DE COSA JUZGADA Y ES PROCEDENTE SU EJECUCIÓN EN LA VÍA DE APREMIO. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Registro: 190243, Instancia: Primera Sala, Tipo de Tesis: Jurisprudencia, Tomo XIII, Febrero de 2001, Materia(s): Civil, Tesis: 1a./J. 41/2000, Página: 55.

63 Artículo 533.-Todo lo que en este capítulo se dispone respecto de la sentencia, comprende, el pacto comisorio expreso, transacciones, convenios y laudos que ponen fin a los juicios arbitrales, convenios judiciales y aquellos a que se refiere el párrafo segundo del artículo 500.

la transacción es el de realizar un fin de comprobación jurídica, o sea, establecer la certeza en el alcance, naturaleza, cuantía, validez y exigibilidad de derechos, más o menos dudosos o disputados, bien sea desde el punto de vista estrictamente jurídico o porque así se estimen en el ánimo de los contratantes.

Así, la transacción no puede recaer sobre derechos u obligaciones perfectamente ciertos, válidos y exigibles, y tampoco puede tener lugar cuando a una de las partes se impone voluntariamente una carga que la ley estatuye, no con el ánimo de transigir respecto de derechos u obligaciones inciertos o disputables, sino con el propósito de hacer una liberalidad.

Esta característica del contrato en estudio, se desprende de su naturaleza misma, ya que la transacción supone necesariamente la existencia de un derecho dudoso, de un derecho discutido o susceptible de serlo, a la vez que exige que las partes se hagan concesiones o sacrificios recíprocos, elementos que la doctrina ha considerado como esenciales para esta clase de contratos, o sea la de *res dubia* y las concesiones recíprocas, aun cuando el segundo elemento no se contenga expresamente en la definición que da la ley”.

En otra parte, la ejecutoria señala las similitudes entre la excepción de transacción y la de cosa juzgada, considerando que no hay una identidad plena entre ambas, pues si bien tanto la sentencia como el contrato de transacción pueden ejecutarse en la vía de apremio, el contrato puede ser anulado. Por lo anterior, a pesar de que en el rubro del criterio jurisprudencial en cita, parece existir una asimilación plena, de la ejecutoria se aprecia que se realiza la distinción apuntada:

“La transacción se identifica, en algunos puntos, con la sentencia ejecutoriada, y algunas veces las leyes conceden a la transacción la misma eficacia y autoridad que a la sentencia firme; pero de esto no se deduce que haya una identidad completa entre la transacción y la cosa juzgada. Una y otra tienen de común que no pueden ser reformadas, siempre que reúnan los requisitos legales necesarios para su validez, de suerte que ya no se puede promover juicio sobre las cuestiones que fueron dirimidas, ya que por una transacción, o bien por una sentencia, y si el litigio llegara a establecerse, el demandado podría oponer, tratándose de sentencias, la excepción de cosa juzgada, y tratándose de transacción, otra excepción muy semejante, que los autores llaman “excepción de transacción”.”

Consignientemente, la transacción tiene, respecto de las partes, la misma eficacia y autoridad de la cosa juzgada, y cuando se celebra, las personas que en dicho contrato intervienen, están obligadas a lo expresamente pactado y a todas las consecuencias que según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso o a la ley, y su validez y cumplimiento no pueden dejarse al arbitrio de las partes; pero cuando dicho contrato es oneroso, la duda sobre circunstancias accidentales del mismo, debe resolverse en favor de la mayor reciprocidad de intereses.

Así, la sentencia firme y la transacción son equiparables, porque ambas pueden ejecutarse en la vía de apremio, pero en tanto que la sentencia ejecutoriada sólo puede ser impugnada en cuanto se refiere a su validez, únicamente en los casos que permite la ley, la transacción, aunque esté aprobada judicialmente, puede ser rescindida y anulada, de la misma manera que en un contrato; así las reglas generales que rigen en materia contractual, son aplicables a las transacciones, en

todo aquello que no está expresamente prevenido respecto de las mismas, y la ley especifica varios casos en que las transacciones son rescindibles o nulas.

Por consiguiente, si de la lectura de las cláusulas de un convenio, aparece que las partes se hubieran hecho recíprocas concesiones, es de estimarse que como la reciprocidad de las concesiones debe derivar del texto mismo del contrato de transacción, pues por ser un elemento de definición no puede buscarse a base de presunciones o hipótesis, dicho convenio sí tiene el carácter de una transacción, por lo que es claro que puede exigirse su cumplimiento en la vía de apremio, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 533 del Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal”.

Por otra parte, existen resoluciones que han estimado que la autoridad y eficacia de cosa juzgada entre las partes, que se otorga a los convenios celebrados por los mediados en los procedimientos de mediación previstos en la LJA, en relación con el contrato de transacción, regulado en el Código Civil para el Distrito Federal, no impide que en la fase correspondiente del proceso jurisdiccional en ejecución de tal acuerdo de voluntades, el Juez pueda y deba revisarlo ex officio, en específico, “si los intereses ordinarios o moratorios, pactados en la relación jurídica original o en la transacción, contraviene el artículo 21, apartado 3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, para definir si son usurarios, y que la parte ejecutada pueda plantear la cuestión como defensa.”⁶⁴

En el mismo sentido que el criterio anterior, en uno diverso se consideró que la oposición al contenido de un convenio celebrado en el procedimiento de mediación ante el Centro de Justicia Alternativa, puede realizarse en un proceso jurisdiccional, mediante el ejercicio de la acción de nulidad o inexistencia de convenio, o al oponer una

64 CONVENIOS ANTE EL CENTRO DE JUSTICIA ALTERNATIVA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA. NO PRODUCEN COSA JUZGADA, SI CONTIENEN INTERESES USURARIOS. (Legislación aplicable en la Ciudad de México)., Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Registro: 2013508, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Tipo de Tesis: Aislada, Libro 38, Enero de 2017, Tomo IV, Materia(s): Constitucional, Civil, Tesis: I.4o.C.45 C (10a.) Página: 2509. En el criterio se determinó que la enunciación legal de que estos convenios tienen la eficacia de la cosa juzgada, no los identifica con las sentencias definitivas emitidas por tribunales judiciales en procesos jurisdiccionales, ya que los convenios están acotados por limitaciones, dentro de las cuales, se encuentran que sólo pueden versar sobre los derechos privados disponibles de las partes, pero no sobre intereses o derechos de orden público, por ser éstos de carácter irrenunciable; de modo que esas convenciones, como actos de particulares, son susceptibles de inexistencia jurídica, medularmente por falta de objeto lícito, y por otros motivos; también pueden ser nulos por las causas generales establecidas en la ley para los contratos, así como por las específicas para la transacción, y no gozan de inmutabilidad, en cuanto pueden ser modificados o sustituidos por las partes por un nuevo acuerdo de voluntades, ante cualquier situación. De esto se sigue que las personas afectadas por alguna de dichas inconsistencias, estén en aptitud de oponerse jurídicamente a su contenido y exigibilidad, por los medios y en los casos en que resulte necesario, sin contravenir los limitados efectos similares a la eficacia de cosa juzgada de que están dotados. Esto es aplicable, si los convenios se traducen en afectación de derechos humanos de alguno de los suscriptores, porque son de orden público, indisponibles, irrenunciables, etcétera, por lo cual no pueden ser objeto de transacción, como por ejemplo, si las partes pactaron una tasa de interés que resulte contraventora del artículo 21, apartado 3, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, por ser usurarios.

excepción en la ejecución de la obligación irregular. Se determinó que el catálogo de excepciones previstas en el artículo 531 del Código de Procedimientos Civiles, se ve incrementado con las resultantes de la naturaleza jurídica de tales actos y de la regulación legal respectiva, como la nulidad y la inexistencia. Y que “como el pacto de intereses usurarios contraviene disposiciones de orden público, específicamente el derecho humano a la propiedad, el Juez debe revisar y resolver lo concerniente *ex officio*, al margen de que lo haga valer o no el ejecutado.”⁶⁵

De lo hasta aquí expuesto consideramos que una perspectiva integral del principio de voluntariedad, es aquella que tome en consideración que el acuerdo con el que puede concluir el procedimiento de mediación, a que lleguen los mediados, tiene su fuerza vinculatoria, precisamente por la *autonomía de la voluntad* y no de una figura relativa al *proceso*. La voluntad de las partes inicia con la decisión de acudir a la mediación, sigue estando presente durante el curso del procedimiento y evidentemente también cuando se celebra un acuerdo. La referencia a la cosa juzgada, no puede ni *tiene* que ser utilizada para dotar de contenido vinculante al acuerdo, pues ésta se encuentra en la *libertad de las partes para solucionar su conflicto*. Estas ideas también son congruentes con el alto grado de cumplimiento de los acuerdos producto de la mediación.

Finalmente, haremos referencia a dos criterios donde se determinó, en el primero, que si un contrato de arrendamiento, se suscribe bajo la forma de una transacción, las reglas particulares –vía de apremio– de este último, no pueden ser aplicables, por lo que la procedencia de la acción debe ser analizada por el Juez de instancia; máxime si el demandado señala que no existió un documento base –previo–, que sirviera de sustento legal para el convenio transaccional. Por tanto, no puede surgir a la vida jurídica un convenio transaccional cuando una parte impone a la otra cargas, sin ánimo de transigir, utilizando la transacción para disimular un acto jurídico diverso y pretender aprovecharse de la vía preferente de apremio.⁶⁶

Y en el segundo⁶⁷ se determinó que el hecho de que las partes se refieran a un acto jurídico con el título de “transacción”, formalizado en escritura pública y se cubrieron los aranceles e impuesto correspondientes, no conlleva a que realmente se trate de esa

65 CONVENIOS ANTE EL CENTRO DE JUSTICIA ALTERNATIVA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA. LOS INTERESES USURARIOS DEBEN AJUSTARSE EN SU EJECUCIÓN. (Legislación aplicable en la Ciudad de México). Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Registro: 2013507, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Tipo de Tesis: Aislada, Libro 38, Enero de 2017, Tomo IV, Materia(s): Constitucional, Civil, Tesis: 1.4o.C.44 C (10a.), Página: 2508.

66 CONVENIO TRANSACCIONAL. EL JUEZ DEBE ANALIZAR SI SE COLMAN SUS ELEMENTOS, AL MOMENTO DE RESOLVER SOBRE LA EXCEPCIÓN DE TRANSACCIÓN (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE QUINTANA ROO). Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Décima Época Registro: 2018491 Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito Tipo de Tesis: Aislada Libro 60, Noviembre de 2018, Tomo III Materia(s): Civil Tesis: XXVII.1o.7 C (10a.) Página: 2201.

67 TRANSACCIÓN JUDICIAL. NO LA CONSTITUYE EL CONTRATO EN EL QUE LAS PARTES NO SE HACEN RECÍPROCAS CONCESIONES (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE JALISCO). Décima Época, Registro: 2009535, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Tipo de Tesis: Aislada, Fuen-

figura jurídica, pues debe atenderse a la verdadera intención de los contratantes y si éstos no se hicieron recíprocas concesiones –sólo pactaron que en caso de incumplimiento de pago de rentas se procedería a la ejecución forzosa para obtener el monto de las mismas, así como la devolución de la posesión material del inmueble– no se cumplió con el requisito indispensable de la transacción judicial que dispone el artículo 2633 del ordenamiento en cita, pues la forma que las partes quisieron darle al documento, no tiene el alcance de variar su propia naturaleza jurídica.

En los criterios anteriores, se concluyó que si no existe conflicto, el supuesto contrato de transacción celebrado no es válido. Destaca que de manera muy clara se determina que no puede ser utilizada la transacción, con la finalidad de aprovecharse de la vía preferente de apremio, marcando una línea clara en contra de las conductas que anteriormente dijimos deben ser desterradas, donde se pretende seguir supuestos procedimientos de mediación, sin la celebración siquiera de un acto jurídico previo y evidentemente sin la existencia de un conflicto, actos que resultan ilegales.

De lo antes expuesto se concluye que, la asimilación que pretende la LJA y que ahora replica un proyecto de Ley de General de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias a la cosa juzgada, carece de sustento, además de ser innecesario y contradictorio con la naturaleza de la mediación.

Finalmente, destacamos el grave peligro que representa la referida iniciativa de Ley que pretende en su artículo 48, que *“Los convenios celebrados con la intervención de las personas facilitadoras privadas sin autorización emitida en los términos de esta Ley no son eficaces para obtener la categoría de cosa juzgada, en consecuencia, para el caso de incumplimiento, las partes mantienen a salvo sus derechos para acudir ante las instancias competentes para hacerlos valer”*, lo que puede dar lugar a la interpretación en el sentido de que para que tengan el referido (y equivocado) carácter de cosa juzgada, el convenio al que lleguen las partes debe pasar por un facilitador autorizado, lo que implica un ilegal e indebido monopolio que pretende eliminar el carácter privado de la solución de conflictos por las partes.

7. LA PANDEMIA OCASIONADA POR EL VIRUS COVID-19, NOS ENSEÑA QUE LOS MEDIOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS SE ENCUENTRAN INTERRELACIONADOS

Dentro de la complejidad y enormes dificultades que enfrentamos actualmente, debemos recordar no solamente que los momentos de crisis pueden dar lugar a valiosas lecciones, sino a la responsabilidad que tenemos de documentar dicho proceso, pues sólo así podremos verdaderamente aprovecharlas.

te: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 19, Junio de 2015, Tomo III, Materia(s): Civil, Tesis: III.Io.C.23 C (10a.), Página: 2469.

Un buen momento para conocer el funcionamiento *adecuado* de las cosas, es precisamente cuando éstas se *alteran* significativamente.

Permítame el lector un ejemplo. Uno de los casos más estudiados sobre el funcionamiento del cerebro humano es el de Phineas Gage⁶⁸, un trabajador residente en Nueva Inglaterra, en los Estados Unidos y que tuvo lugar en 1884. Gage se encargaba de liberar el camino de las vías del tren, haciendo detonar las rocas que pudieran obstaculizarlo, primero perforaba un agujero, rociaba pólvora en su interior y luego compactaba el polvo suavemente con una barra de hierro, para meter una mecha en el agujero. Un asistente vertía arena o barro que compactaba para limitar la explosión. Gage había mandado hacer su propia barra de hierro en forma de jabalina, que pesaba casi 6 kilos y alcanzaba un metro de altura. Una tarde acababa de verter un poco de pólvora en un agujero y volvió la cabeza. No se sabe con total certeza qué sucedió, pero en alguna parte de la cavidad, se encendió una chispa y la barra salió proyectada, la punta de la barra penetró en el pómulo izquierdo de Gage, pasó detrás de su ojo y llegó hasta su cráneo. La barra aterrizó a casi 23 metros de distancia, se clavó en la tierra y Gage cayó hacia atrás. Sorprendentemente afirmó nunca perder el conocimiento, simplemente se sacudió un par de veces y unos cuantos minutos después comenzó a hablar de nuevo. Lo trasladaron para que recibiera atención en un trayecto de poco más de kilómetro y medio y cuando llegó el médico dijo: “aquí hay suficiente para tenerlo ocupado”⁶⁹.

Su médico era John Harlow, de 29 años y se encargó de su cuidado, practicó una cirugía de emergencia y perforó el tejido dentro de su nariz para drenar la pus y la sangre de la herida, unas cuantas semanas después, la situación era impredecible y Gage perdió la visión en el ojo izquierdo, pero finalmente se estabilizó y regreso a su casa en noviembre. Harlow salvó la vida de Gage pero quienes lo conocían decían que no era la misma persona. No todo seguía igual, Gage sufrió algunas pérdidas de memoria pero por lo demás sus facultades mentales quedaron intactas. “Era su personalidad la que había cambiado y no para bien”⁷⁰.

Las cuestiones más importantes de este caso resultan de los cambios psicológicos que experimentó Gage a causa del daño en la parte delantera de sus lóbulos frontales. Las personas que sufren daño prefrontal raramente mueren a causa de ello, y sus sentidos, reflejos, lenguaje, memoria y razonamiento permanecen intactos. El daño prefrontal quizá no mate a la gente, pero puede matar lo que más valoramos de ellos.

Gage se fue a Chile en 1852, probablemente siguiendo la fiebre del oro. Posteriormente regresó a casa y murió 3 años después, habiendo sobrevivido a su accidente durante casi 12 años.

68 Para referir este caso nos basamos en el libro “*Una historia insólita de la Neurología, casos reales de trauma, locura y recuperación*”, de Sam KEAN, Ediciones culturales Paidós, S.A. de C.V., México 2018, Capítulo 12, *El hombre el mito la leyenda*. Posiciones 4931 a 5312 del libro digital.

69 Ibidem, posición 4968.

70 Sam KEAN, Op Cit., posición 5002.

La historia de Gage no quedó en el olvido gracias al doctor Harlow. A pesar de que había dejado de tener contacto con Gage después de que se fuera a Chile, no podía dejar de pensar que su antiguo paciente tenía más que enseñarle al mundo médico. Harlow consiguió de alguna manera la dirección de la madre de Gage y le escribió a California para saber sobre él.

Harlow intercambió correspondencia con los Gage y obtuvo detalles de la vida de su expaciente. En 1867 convenció a su hermana de que abrieran la tumba de Gage y sacaran su cráneo. La familia de Gage le entregó el cráneo y la barra de acero unos meses después en Nueva York. Tras entrevistar a la familia y estudiar el cráneo, Harlow escribió un reporte detallado del caso en 1868, incluyendo la mayor parte de lo que sabemos de la transformación psicológica de Gage. Una vez que terminó su trabajo, Harlow donó el cráneo y la barra de acero a un museo anatómico de la Universidad de Harvard donde permanece hasta la fecha.

A raíz de la tragedia de Gage, documentada en el reporte de Harlow, fue posible determinar que el daño a los lóbulos frontales había reconstruido su personalidad. “Y a partir de ahí solo bastó dar un pequeño paso para llegar a una de las doctrinas fundamentales de la neurociencia moderna: que el cerebro y la mente están entrelazados”⁷¹.

De este relato aprendemos que una situación de extrema gravedad hace visibles de mejor manera la interacción de las cosas en circunstancias normales.

En nuestro caso, el cierre de los Tribunales⁷² con motivo de la Pandemia, ha ocasionado una crisis de proporciones que todavía no son totalmente calculables en cuanto a su intensidad, pero que previsiblemente serán enormes. El rezago que ya enfrentaban, aunado al cierre que ocurrió durante casi cinco meses, generará consecuencias graves a la administración de justicia.

Como en el caso de Gage, cuya barra afectó enormemente su salud, el cierre de los tribunales constituye una afectación que, a pesar de las dificultades que ocasiona, puede constituir una oportunidad de analizar el funcionamiento de los medios de solución de controversias.

Comencemos por señalar que dada la crisis que enfrenta el proceso judicial, la reacción esperada sería que la mediación fuera mucho más utilizada. Sin embargo, esta afectación no necesariamente significa un aumento directamente proporcional en el uso de los otros medios de solución de controversias, o por lo menos un aumento sig-

71 KEAN Sam, op cit, posición 5279.

72 En sesión extraordinaria celebrada el 17 de marzo de 2020, el Consejo de la Judicatura Federal, emitió el acuerdo general 5/2020 relativo a las medidas de contingencia en las áreas administrativas del propio Consejo por el propio fenómeno de salud pública derivado del virus COVID-19, cuya vigencia fue prorrogada en distintos momentos por los Acuerdos Generales 7/2020, 9/2020, 11/2020 y 14/2020. Mediante acuerdo general 21/2020, se levantó la suspensión de los plazos y términos decretada del 18 de marzo al 31 de julio de 2020.

nificativo como pudiera pensarse. El aumento en el número de mediaciones derivaría más bien de los daños económicos causados por la Pandemia, que ocasiona el incumplimiento de contratos con cláusulas de mediación, pero no de su utilización como un camino diferente a la solución de un conflicto.

Es decir, ponemos en duda el siguiente razonamiento: ante la severa afectación sufrida en el sistema procesal judicial, los otros medios de solución de conflictos serán *necesariamente* más utilizados. Como si se tratara del cauce de un río que busca una salida. Como señalamos anteriormente, si bien este puede ser un razonamiento lógico, la realidad nos hace ponerlo en duda. La pregunta es *¿ante la alteración en el sistema procesal, los conflictos buscan ser solucionados mediante los otros mecanismos?*

Para dar respuesta a la anterior pregunta, analicemos el efecto del cierre de los tribunales en el poder de negociación de las partes que enfrentan un conflicto.

Robert FISHER y William URY señalan que la gente normalmente considera que el poder en una negociación está determinado por los recursos como la riqueza, las conexiones políticas, la fuerza física, los amigos, pero en realidad, el poder de negociación “depende en principio de cuán atractiva es para cada una, la opción de no alcanzar un acuerdo”⁷³. El famoso concepto de la mejor alternativa a un acuerdo negociado (*Best Alternative to a Negotiated Agreement*, BATNA), cobra especial relevancia.

Estos autores consideran conveniente pensar cuidadosamente qué hacer si no se logra un acuerdo con la otra parte en un conflicto, pues de lo contrario se estaría negociando con los ojos cerrados. Se puede ser, por ejemplo, optimista y asumir que existirán otras opciones: otras casas en venta, otros compradores para un auto, otros trabajos disponibles, etcétera. Sin embargo, incluso cuando la otra alternativa está determinada, puede existir una “visión color de rosa” de las consecuencias de no alcanzar un acuerdo. Puedes no estar apreciando bien “la agonía de una demanda, un divorcio contencioso, una huelga, una carrera armamentista o una guerra”⁷⁴.

Continúan señalando la importancia del BATNA de la otra parte en una negociación. Mientras más conozca una persona sus alternativas, mejor preparado estará para una negociación, porque le permite estimar qué esperar de ella. Señalan el caso de una comunidad preocupada por los gases nocivos que potencialmente sean emitidos por una planta de energía en construcción. El BATNA de la empresa es ignorar las propuestas de la comunidad o hablar con ella, mientras construyen la planta. Para lograr que tomen en cuenta sus preocupaciones seriamente, probablemente necesiten presentar una demanda para que el permiso de construcción sea revocado. En otras palabras, si el BATNA de la otra parte es tan bueno que no necesitan negociar el conflicto, FISHER y URY recomiendan pensar qué hacer para cambiarlo.

73 FISHER Roger y WILLIAM Ury, *Getting to Yes. Negotiating agreement without giving in*. Penguin Books, 3a edición, Nueva York, p. 115.

74 FISHER Roger y WILLIAM Ury, *Op cit.*, p. 114.

Consideramos que, en nuestro caso, derivado del cierre de los tribunales muchas personas replantearon su BATNA, es decir, su mejor alternativa a un acuerdo negociado ya sea postergando la decisión de enfrentar el conflicto o bien, consideraron que se encontraban en una mejor posición frente a la otra parte por lo que decidieron incluso incumplir con una obligación a su cargo. Es decir, un elemento fundamental del BATNA constituye la posibilidad de las partes de acudir a la vía judicial para que se dirima cualquier conflicto. De una manera lógica, se valoran los posibles resultados del litigio, sus costos económicos y emocionales, como un escenario latente que incentiva su solución, pero esto se ve afectado cuando los tribunales se encuentran cerrados⁷⁵.

Al momento de tomar la decisión del método adecuado de solución de conflictos, el contraste entre todos ellos cobra relevancia, es decir, valoramos por una parte los costos de un litigio judicial, tanto económicos, como de desgaste emocional, los tiempos de solución, entre otros, y los confrontamos con los costos y beneficios que pueden resultar de la mediación.

Sin embargo, ¿qué sucede cuando precisamente esta posibilidad de contraste no se presenta, porque los tribunales se encuentran cerrados e incluso abiertos, están seriamente lastimados? Es decir, ¿qué sucede cuando el proceso judicial no está ahí, como pieza de contraste frente a la mediación? El resultado es que, en muchas ocasiones, las personas optan por no resolver su conflicto, o peor aún, por imponer su decisión al otro, pues su posición, su BATNA se encuentra fortalecido al no existir un órgano judicial que pueda remediar el incumplimiento en que incurrieron. Así, no se acude al litigio, ni a la mediación, pues existe un desajuste al sistema en su totalidad. Esta puede ser una explicación de por qué la mediación no necesariamente será el cauce de la solución de conflictos, en tanto perdure la afectación al proceso judicial. Si bien existe un contraste natural entre las ventajas del proceso y la mediación, para elegir el más adecuado, no puede soslayarse que para contrastar algo, se requiere de *dos* elementos y la afectación al proceso judicial, nos deja con uno muy debilitado.

Esta manera de pensar es más acorde también con la visión de los medios de solución de conflictos, como un sistema circular en el que el proceso y la autocomposición se retroalimentan entre sí.

Acudamos a un autor ampliamente reconocido en el ámbito de la mediación, Paul WATZLAWICK⁷⁶, quien al referirse a la circularidad de las pautas de comunicación, cita una frase que pertenece a Hipócrates: *“Todas las partes del organismo forman un círculo. Por lo tanto, cada una de las partes es tanto comienzo como fin.”*

75 Claro que no pretendemos generalizar, pues existen múltiples casos de negociaciones y mediaciones exitosas. Y por otro lado existieron infinidad de casos donde el incumplimiento se debió a las dificultades económicas derivadas de la Pandemia.

76 WATZLAWICK, Paul, *Teoría de la Comunicación Humana, Interacciones, patologías y paradojas*, Herder, p. 46, 1ª Edición 17ª impresión, España, 2017.

WATZLAWICK considera:

“Si bien en las cadenas progresivas lineales de causalidad tiene sentido hablar acerca del comienzo y el fin de una cadena, tales términos carecen de sentido en los sistemas con circuitos de retroalimentación. En un círculo no hay comienzo ni fin. El hecho de pensar en términos de tales sistemas nos obliga a abandonar la noción de que, por ejemplo, el hecho a ocurre primero y el hecho b está determinado por la aparición de a, pues a partir de la misma lógica deficiente se podría afirmar que el hecho b precede a a, según donde se decida arbitrariamente romper la continuidad del círculo”.”

La Pandemia nos muestra que los medios de solución de conflictos se encuentran integrados, no separados, por lo que el daño que sufre uno, altera todo el sistema.

Esta es la lección de la pandemia que queremos recoger, si bien podemos contrastar los beneficios de la *mediación* y el *proceso judicial*, este contraste es realizado para escoger el mejor medio de solución atendiendo el caso concreto. Sin embargo, pareciera que se buscan “convencidos” ya sea de la *mediación* o del *proceso judicial*, en una especie de formación de bandos contrapuestos. Caer en el lugar común de defender uno u otro, implica el desconocimiento de ambos. La Pandemia, *la realidad*, exige que busquemos la solución de conflictos por el medio que mejor resulte para este efecto.

La Pandemia nos enseña que las dificultades por las que atraviesa el proceso judicial, afectan a los otros medios de solución de conflictos, porque modifican su entorno y puede llegar a que la gente no quiera solucionarlos o como se dijo anteriormente, imponga su decisión frente a la de otra persona.

La naturaleza de las soluciones que brinda el proceso judicial, en las que un tercero imparcial determina a quién asiste la razón, no debe ser vista como algo negativo, sino como un medio que pueda ser contrastado libremente por las partes, con la posibilidad de que resuelvan ellas mismas sus conflictos (cuando resulte aplicable) pero para que exista esa libertad, es necesario que el proceso pueda cumplir la muy alta misión que le está encomendada, el establecimiento del Estado de Derecho y la creación misma del Derecho, a través de las resoluciones judiciales.

Reconocer que los medios de solución de conflictos funcionan más como un círculo que como partes individuales, es más acorde con la realidad y nos permite valorarlos en su justa dimensión, nos permite alejar una visión aislada que confunde incluso sus características.

La Pandemia nos dejó, como en el caso del doctor Harlow “mucho con lo que mantenemos ocupados” y nuestra misión es seguir su ejemplo, documentando las afectaciones que estamos viviendo para comprender su correcto funcionamiento.

77 Ibidem, p. 46 y 147.

Francis Bacon⁷⁸ retomaba a Séneca, para recordar que las cosas buenas que pertenecen a la prosperidad deben ser deseadas, pero las cosas buenas que pertenecen a la adversidad, deben ser admiradas, *Bona rerum secundarum optabilia; adversarum mirabilia*, esta es la visión que debemos adoptar de la crisis originada por la Pandemia.

8. CONCLUSIONES

Primera.- El elemento esencial de todo método de solución de controversias es el *conflicto* y las maneras de solucionarlo, al compartir su esencia, tienen igual rango de importancia, lo anterior con independencia de cualquier reconocimiento constitucional, puesto que las partes *siempre* han tenido la libertad para solucionar un conflicto. Las tres maneras de resolver conflictos son el *proceso*, la *autocomposición* y la *autodefensa*.

Segunda.- Distinguimos el *contrato de mediación* que constituye la manifestación de voluntad de las partes en la que aceptan que su conflicto sea resuelto a través de la mediación, mientras que el *procedimiento de mediación*, constituye una secuencia de actos, lógicamente articulados entre sí, para la solución del conflicto, mismo que puede o no, sin afectarla, concluir con un *acuerdo de mediación*, en el que si existen prestaciones recíprocas, constituye un contrato de transacción.

Tercera.- Por su naturaleza, en el contrato de transacción debe existir una relación jurídica incierta, la *res dubia*, así como una base firme de la transacción o “*caput non controversum*” elementos considerados desde Roma y recogidos durante la codificación de distintos países, incluido el nuestro.

Cuarta.- El “prevenir una controversia futura” no significa la posibilidad de eliminar el conflicto de manera alguna. En términos del artículo 2944, prevenir una controversia, significa una *judicial*, es decir, la transacción puede tener por objeto, tanto resolver una controversia en la que ya existe un proceso judicial, caso en el cual lo extinguiría, como prevenir una contienda de esta naturaleza, siendo denominada transacción extrajudicial.

Quinta.- Una perspectiva integral del principio de voluntariedad, será aquella que tome en consideración que el acuerdo con el que puede concluir el procedimiento de mediación, a que lleguen los mediados, adquiere su fuerza vinculatoria, precisamente de la *autonomía de la voluntad* y no de una figura relativa al *proceso*. La voluntad de las partes inicia con la decisión de acudir a la mediación, sigue estando presente durante el curso del procedimiento y evidentemente también cuando se celebra un acuerdo. La referencia a la cosa juzgada no puede ni *tiene* que ser utilizada para dotar de contenido vinculante al acuerdo, pues ésta se encuentra en la *libertad de las partes para solucionar su conflicto*.

78 BACON, Francis, *The Complete Works*. 2015. Centaur Editions, p. 149.

Sexta.- La Pandemia originada por el virus COVID-19, nos enseña que la afectación que sufrieron los tribunales derivado de su cierre, alteró la propia consideración de las partes frente al conflicto, lo que repercutió no solamente en el *proceso judicial*, sino en todos los medios de solución de conflictos, como la mediación, lo que demuestra que éstos se relacionan entre sí.

9. BIBLIOGRAFÍA

9.1. Fuentes bibliográficas

- ALCALÁ ZAMORA, Niceto, *Proceso, autocomposición y autodefensa*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, Primera reimpresión: 2000, 314 pp.
- BACON, FRANCIS, *The Complete Works*. 2015. Centaur Editions, 611 pp.
- BLANCO CARRASCO, Marta. *Mediación y sistemas alternativos de resolución de conflictos. Una visión jurídica*, Editorial Reus, Madrid: 2009, 400 pp.
- CALAMANDREI, PIERO, *Instituciones de Derecho Procesal Civil*. Colombia: 2015. 505 pp.
- CARNELUTTI, Francesco, *Cómo se hace un proceso*, Editorial Colofón, Tercera reimpresión, México: 2016, 115 pp.
- CASTÁN TOBEÑAS, José, *Derecho civil español, común y foral*, Reus, Madrid: 1992.
- DE CASTRO-CAMERO, Rosario, *Soluciones "in iure" a una controversia patrimonial: transacción, juramento y confesión*, Universidad de Sevilla, 2006.
- CHIOVENDA, Giuseppe, *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, Tomo I, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, México: 2008, 428 pp.
- DIEZ-PICAZO, Luis, *Sistema de Derecho Civil*, Volumen II, Tomo 2, Contratos en especial, Undécima Edición, Tecnos.
- ENNECERUS, Ludwig, KIPP, Theodor y WOLFF, Martin, *Tratado de derecho civil*, Bosch, Barcelona, Apéndice, v. 6.
- FISHER Roger y WILLIAM Ury, *Getting to Yes. Negotiating agreement without giving in*. Penguin Books, 3a edición, Nueva York, 220 pp.
- GARCÍA GOYENA, Flor encio, *Concordancias motivos y comentarios del Código Civil Español*, Facsímil de Imprenta de la Biblioteca de Jurisprudencia, 1878-1881. Suprema Corte de Justicia de la Nación, México: 2011.
- KEAN, SAM. *Una historia insólita de la Neurología, casos reales de trauma, locura y recuperación*, Ediciones culturales Paidós, S.A. de C.V., México 2018.
- LOZANO NORIEGA, Francisco, *Cuarto Curso de Derecho Civil*, CONTRATOS, SEXTA EDICIÓN, TERCERA REIMPRESIÓN. P. 441
- MARQUES CEBOLA, Cátia, *La Mediación*, Marcial Pons, Madrid: 2013, 274 pp.
- PLANIOL, Marcel o, *Tratado práctico de derecho civil francés*, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, v. 11.

RICO ÁLVAREZ, Fausto y GARZA BANDALA, Patricio, *De los contratos civiles*, 2a. ed., México, Porrúa, 2011.

SÁNCHEZ MEDAL, Ramón, *De los contratos civiles*, 17a. ed., México, Porrúa, 2001. 629 pp.

SUARES Marínés, *Mediación. Conducción de disputas, comunicación y técnicas*, Novena reimpresión, Argentina: 2016, 309 pp.

WATZLAWICK, Paul, *Teoría de la Comunicación Humana, Interacciones, patologías y paradojas*, Herder, p. 46, 1ª Edición 17ª impresión, España, 2017.

9.2. Fuentes legislativas

- ASAMBLEA LEGISLATIVA DEL DISTRITO FEDERAL, VI LEGISLATURA, ESTENOGRAFÍA PARLAMENTARIA. Primer periodo de sesiones extraordinarias, tercer año de ejercicio. Versión estenográfica de la sesión extraordinaria celebrada el día 19 de febrero de 2015.
- GACETA PARLAMENTARIA DE LA ASAMBLEA LEGISLATIVA DEL DISTRITO FEDERAL, Año 03/Primer Extra, 19-02-2015 VI Legislatura/No. 208.