

**LOS EFECTOS DE LA APLICACIÓN DE LA TEORÍA GENERAL DEL NEGOCIO
JURÍDICO EN LA ESTRUCTURACIÓN DE CRITERIOS IDENTIFICADORES DE
LA CALIDAD EN LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO DE CONCILIACIÓN
EXTRAJUDICIAL EN DERECHO PRIVADO**

ALFONSO HERNÁNDEZ TOUS

DIVISIÓN DE CIENCIAS JURÍDICAS

UNIVERSIDAD DEL NORTE

BARRANQUILLA

2011

**LOS EFECTOS DE LA APLICACIÓN DE LA TEORÍA GENERAL DEL NEGOCIO
JURÍDICO EN LA ESTRUCTURACIÓN DE CRITERIOS IDENTIFICADORES DE
LA CALIDAD EN LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO DE CONCILIACIÓN
EXTRAJUDICIAL EN DERECHO PRIVADO**

ALFONSO HERNÁNDEZ TOUS

Trabajo de grado presentado para optar por el título de Magíster en Derecho

Co-Directores

Mag. MARÍA DE JESÚS ILLERA SANTOS

Mag. NICOLASA ESTHER GONZÁLEZ DE LUQUE

DIVISIÓN DE CIENCIAS JURÍDICAS

UNIVERSIDAD DEL NORTE

BARRANQUILLA

2011

NOTAS DE EVALUACIÓN

DEDICATORIA

Dedico este trabajo a mi madre, la vieja Conchi, quien con su cariño y persistencia, sembró las bases de mi formación como persona de bien; a mi esposa Elisa Andrea, por su enorme apoyo moral y comprensión en esta noble empresa , a mis hijos María Carolina y Danilo Alfonso, quienes han sido la fuente inspiradora de mi formación, esfuerzo profesional y académico y a mi padre, Danilo (q.e.p.d.), quien me enseñó el sendero correcto en el difícil transitar por la vida. A todos los profeso un fuerte amor y respeto.

Hago un reconocimiento especial a la Facultad de Derecho de la Universidad de Cartagena, tanto por la formación que me brindó en sus aulas en mi condición de estudiante de derecho, como por el espacio que me ha propiciado durante varios años , para compartir como docente la cátedra con sus valiosos estudiantes.

TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCIÓN.....	9
1. CARACTERÍSTICAS QUE DEBE REUNIR UNA ADECUADA PRESTACION DEL SERVICIO DE CONCILIACION EXTRAJUDICIAL EN DERECHO PRIVADO	17
1.1.La prestación de los servicios sociales, en general y del servicio de conciliación, en particular.....	17
1.2. Espectro de la conciliación extrajudicial dentro del campo del derecho privado. Ámbito y límites de éste.....	20
1.3.Las funciones del conciliador y momentos en que las cumple dentro del proceso conciliatorio.....	24
1.4.Calidades personales y profesionales que debe tener el conciliador extrajudicial en derecho.....	26
2. APROXIMACIÓN A LA TEORIA GENERAL DEL NEGOCIO JURÍDICO.....	29
2.1.Concepto de negocio jurídico y sus diferentes visiones.....	30
2.2.Qué debe entenderse por una teoría general del negocio jurídico.....	32
2.3. El problema de la autonomía privada y sus límites en la teoría general del negocio jurídico.....	34
2.3.1. La autonomía privada o negocial según la doctrina.....	34
2.3.2. La autonomía privada o negocial desde la perspectiva jurisprudencial y constitucional según la doctrina de las Altas Cortes colombianas.....	40
2.3.3. Sustento constitucional del concepto de autonomía privada.....	42
2.3.4. Límites, restricciones y condicionamientos a la autonomía privada.....	45

2.4.Elementos básicos integrantes de una teoría general del negocio jurídico.....	47
3. CONEXIÓN ENTRE LA CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL EN DERECHO PRIVADO Y LA TEORÍA GENERAL DEL NEGOCIO JURÍDICO.....	49
3.1. El acuerdo, como negocio jurídico, en la conciliación extrajudicial en derecho privado.....	49
3.2. El acuerdo como la finalidad última de la institución conciliatoria	50
3.3. El acuerdo conciliatorio como negocio jurídico.....	54
3.4. La visión de la doctrina y la jurisprudencia sobre el acuerdo conciliatorio como negocio jurídico y críticas	55
4. APLICACIÓN DE ALGUNOS ASPECTOS DE LA TEORIA GENERAL DEL NEGOCIO JURÍDICO A LA CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL EN DERECHO PRIVADO.....	59
4.1.El proceso conciliatorio desde diferentes disciplinas.....	60
4.2.Aspectos puntuales de la teoría general del negocio jurídico aplicables en cada etapa del proceso conciliatorio.....	65
4.2.1. Los efectos de la solicitud de conciliación	65
4.2.1.1. Interpretación literal o gramatical y sistemática.....	67
4.2.1.2. Interpretación histórica.	71
A. Examen del cumplimiento de los requisitos materiales comunes para aplicar la conciliación prejudicial obligatoria.....	75
B.La interrupción de la prescripción o de la caducidad de la acción con la presentación de la petición de conciliación	75
4.2.1.3 Interpretación teleológica o finalística.....	76

4.2.2. La materia conciliable en la conciliación extrajudicial en derecho privado.....	79
4.2.2.1.La materia conciliable en la conciliación extrajudicial en derecho privado, desde la perspectiva de su regulación legal. Críticas.....	80
4.2.2.2.La materia conciliable en la conciliación extrajudicial en derecho privado, desde la perspectiva de la doctrina y la jurisprudencia. Críticas..	83
4.2.2.3. Metodología sugerida para determinar si un asunto es conciliable dentro de la conciliación extrajudicial en derecho privado	96
4.2.2.4. Determinación de la relación sustancial en el trámite conciliatorio y sus efectos.....	120
4.2.2.5. La aplicación de la figura de la representación durante el trámite conciliatorio.....	127
4.2.2.6. La construcción del acuerdo conciliatorio	139

5. CONSECUENCIAS QUE SE DERIVAN DE LA FALTA O INADECUADA APLICACIÓN DE LA TEORÍA GENERAL DEL NEGOCIO JURÍDICO EN LA CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL EN DERECHO PRIVADO, FRENTE A LA CALIDAD EN LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO.....154

5.1.En cuanto a los efectos de la solicitud de conciliación.....	155
5.2.En cuanto a la materia conciliable.....	155
5.2.1. El acuerdo conciliatorio ilícito.....	156
5.2.2. El acuerdo conciliatorio ineficaz de pleno derecho.	161
5.2.3. Consecuencias de la determinación de la materia conciliable antes del acuerdo conciliatorio	163
5.3.En cuanto a la determinación de la relación sustancial en el trámite conciliatorio y sus efectos.....	166

5.4. En cuanto a la aplicación de la figura de la representación en todas sus manifestaciones.....	174
5.4.1. Inoponibilidad del acuerdo conciliatorio por falta de poder o por ausencia de facultades para el caso concreto. Las prohibiciones existentes para determinados negocios jurídicos de los representantes legales ...	174
5.4.2. La exigencia de facultad expresa para conciliar en el poder es violatorio del derecho de acceso a la justicia	177
5.4.3. La aplicación de las dos causales de manera exegética viola el derecho de acceso a la justicia	178
5.5. En cuanto a la construcción o redacción del acuerdo.....	178
5.5.1. Problemas de inexistencia	179
5.5.2. Acuerdo defectuoso.....	179
5.6. Implicaciones de las anomalías que se presenten dentro del trámite conciliatorio para las partes, el conciliador y demás vinculados con el mismo y frente a la calidad del servicio de conciliación.....	180
CONCLUSIONES.....	185
BIBLIOGRAFIA	195

INTRODUCCIÓN

La práctica conciliatoria ha ido de la mano de la evolución legislativa y de la importancia que los gobiernos de turno le han ido dando a la figura de la conciliación.

La conciliación extrajudicial en derecho, tal cual se desarrolla y practica en el seno de la sociedad colombiana, como mecanismo alternativo de resolución de conflictos, data de la Ley 23 de 1991, concordantemente con la Constitución Nacional de 1991, que no dejó duda alguna sobre su condición de mecanismo de administración de justicia, tal como lo recalca con absoluta claridad el artículo 116 del texto constitucional. Seguidamente han ido promulgándose otras normas reformativas o que crean nuevas directrices, como la Ley 446 de 1998 y la Ley 640 de 2001.

Paralelo al desarrollo legislativo se ha ido abriendo paso el entusiasmo de los abogados y de la sociedad misma por la utilización de la figura, lo que implica un reto de excelente calidad en la prestación del servicio, no sólo desde el punto de vista de los conciliadores y de los Centros de Conciliación sino también de los abogados, cuando fungen en la condición de asesores y apoderados de las partes y finalmente de la sociedad misma a quien finalmente va dirigida la figura.

Ello sin lugar a dudas requiere una adecuada formación de todos los implicados en las prácticas conciliatorias, que no sólo es eminentemente jurídica sino también interdisciplinaria.

Es importante e imprescindible que la formación de los abogados conciliadores sea no solo integral sino también de carácter permanente, pues los conocimientos propios de un curso de formación de conciliadores no son suficientes para lograr una excelente preparación en el amplio espectro de la conciliación.

Uno de los temas que, a nuestro modo de ver, resultan de mayor trascendencia, es la aplicación de la teoría general del negocio jurídico dentro del esquema de la conciliación, asunto que no sólo tiene incidencia dentro del área de conflictos relacionados con derecho privado, sino que se convierten en la columna vertebral de todas las áreas del derecho. De esta manera, por ejemplo, el estudio de la materia conciliable en general, con base en la teoría general del negocio jurídico, podría servir de soporte para ese mismo tema en las áreas laboral, penal o administrativa.

Es una verdad evidente que en Colombia tenemos altos niveles de conflictividad y que aún prevalece la cultura del litigio¹, en la medida que pretendemos que todos nuestros problemas sean resueltos por la justicia estatal. Lo anterior ha generado una congestión importante del aparato judicial del Estado dentro del contexto de la justicia aplicada a los conflictos de derecho privado, entendida ésta como un desfase entre la oferta y la demanda y por tanto una demora excesiva en la solución de los más importantes problemas de la sociedad (García Villegas y De Souza Santos, 2004, p. 547).

¹ Un importante estudio socio jurídico sobre la conflictividad y cultura del litigio en Colombia es el expuesto por los profesores Mauricio García Villegas y Boaventura de Sousa Santos (2004, pp. 85 y ss).

El tema recobró vigencia durante los meses de septiembre y octubre de 2008 con el cese de actividades de los funcionarios judiciales a nivel nacional durante casi dos meses. En efecto, el gobierno nacional, reconociendo la congestión en la administración de justicia² decretó el estado de Conmoción Interior y con base en dicha medida excepcional, expidió tres decretos: el 3930 del 9 de octubre de 2008, mediante el cual le otorgó facultades al Consejo Superior de la Judicatura para nominar y posesionar magistrados, jueces y empleados sin sujeción a las normas de carrera judicial y para crear, suprimir y trasladar cargos; ordenó modificaciones en el Código de Procedimiento Civil, con el fin de agilizar los trámites; el Decreto 3955 del 11 de octubre de 2008 dispuso que las notificaciones personales podían ser realizadas por empresas de mensajería y facultó a la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura para adoptar las medidas necesarias en materia de suspensión de términos y finalmente el Decreto 3990 del 16 de octubre de 2008 que facultó a la misma Sala para adoptar un plan de descongestión que contrarreste los efectos del paro y reduzca los inventarios de procesos en los despachos judiciales de todas las jurisdicciones.

Recientemente se expidió la ley 1395 de 2010 que tiene como objetivos reducir el número de inventarios inactivos en los despachos judiciales e incidir en el nivel de congestión de la rama judicial, en todas las áreas del derecho.

Las razones que explican la demora en la solución de problemas por parte de la justicia estatal, son muchas, entre las cuales podemos mencionar el volumen de asuntos sometidos a su trámite y decisión, la implementación de nuevos asuntos

² Ver datos suministrados por el Sistema de Información Estadística de la Rama Judicial –SIEJU- Consejo Superior de la Judicatura y que comprenden el primer semestre de 2008 en que existe un inventario de procesos judiciales en las diferentes jurisdicciones, así: En trámite 1.429.523 y Sin trámite 1.548.418.

que deben resolverse de manera extraordinaria, como las tutelas, acciones populares, de grupo y demás que han desplazado a los temas ordinarios; la voluntad y decisión de los jueces y empleados de la justicia de sacar adelante con más agilidad estos asuntos; el diseño enmarañado de los procesos judiciales; el interés de muchas personas de que las causas no se definan a tiempo, entre otros muchos factores.

Lo anterior ha generado la necesidad de acudir a otros instrumentos de solución de controversias con el propósito de fortalecer la administración de justicia. En esa medida se han abierto paso en los últimos años los denominados Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos (MASC) como herramientas que permiten la solución de controversias en tiempo corto y sin costos excesivos.

Entre estos mecanismos encontramos la figura de la conciliación, la cual, conforme al artículo 64 de la Ley 446 de 1998, es definida como:

“Un mecanismo de resolución de conflictos a través del cual, dos o más personas gestionan por sí mismas la solución de sus diferencias, con la ayuda de un tercero neutral y calificado, denominado conciliador”.

La conciliación extrajudicial en derecho se institucionaliza a partir de la vigencia de la Ley 23 de 1991, es decir, hace aproximadamente 20 años. Luego ha tenido un desarrollo legislativo bastante importante y su normatividad ha sido analizada frecuentemente por la Corte Constitucional desde el punto de vista de su exequibilidad.

Dentro de su reglamentación se ha avanzado en instituciones como la exigencia del requisito de procedibilidad para algunos eventos expresos dentro del área de derecho privado, lo que de paso ha incidido en su mayor utilización práctica entre los asociados. Hoy se escucha decir en los foros académicos que se presentarán proyectos de Ley que exijan el agotamiento obligatorio de la conciliación en casos adicionales a los actualmente existentes (Vélez, 2008).

En efecto la ley 1395 de 2010 amplió dichos temas a todos los procesos declarativos, aunque por otro lado permite la medida cautelar de inscripción de demanda en los procesos que busquen el reconocimiento y pago de perjuicios derivados de responsabilidad civil contractual o extracontractual, lo cual permitiría adelantar este tipo de procesos sin el agotamiento de la conciliación como requisito de procedibilidad.

En este orden de ideas, se hace necesario pensar sobre la calidad en la prestación del servicio por parte de los Centros de Conciliación y de los conciliadores, pues son ellos, los que permiten que la figura avance en su desarrollo, de tal manera que se convierta en una herramienta útil y atractiva para que los asociados resuelvan sus problemas de manera ágil, eficaz y económica y de paso genere confianza y credibilidad en la sociedad misma.

Para que el servicio de conciliación sea idóneo es preciso que cumpla una serie de requisitos, entre los cuales podemos mencionar: a) Un diseño normativo que sea claro y coherente, b) Unas buenas reglas del juego en materia de interpretación de sus normas y principios, c) Un importante apoyo logístico-administrativo de los centros de conciliación que sirven de escenario para

desarrollar las conciliaciones, d) Una adecuada vigilancia y seguimiento del Gobierno sobre su funcionamiento y e) Finalmente, una excelente calidad en la prestación del servicio por parte de los conciliadores, sin pretender que esta breve lista sea taxativa.

El Gobierno Nacional, por conducto del Ministerio del Interior y de Justicia, hizo un diagnóstico sobre la institución de la conciliación y señaló las siguientes necesidades para su fortalecimiento: criterios unificados sobre principios, contenidos y metodología en materia de capacitación de conciliadores; cobertura amplia en materia de centros de conciliación y conciliadores, centros de conciliación autosostenibles y presencia de un sistema de divulgación de la figura y sensibilización para usuarios y operadores.

Examinar la prestación del servicio del conciliador en función de su papel como tercero que gestiona la solución de diferencias, nos muestra que el conciliador no sólo tiene esta misión buscando el logro de un acuerdo, sino liderar la confección adecuada de éste. La calidad en la prestación de los servicios de los conciliadores en derecho, tiene que ver, en parte, con su preparación integral, es decir, no sólo en conocimientos jurídicos tanto sustanciales como procesales que lleva implícita la figura, sino también en materia de asuntos interdisciplinarios, como teoría del conflicto, teoría y técnicas de negociación, teoría de la comunicación, ética y otros.

Una buena gestión del conciliador implica el propósito de que las partes logren un acuerdo que extinga sus diferencias y éste acuerdo configura un negocio jurídico.

En este orden, dentro del campo de los asuntos jurídicos de carácter sustancial, se destaca la conexión que puede existir entre la teoría general del negocio jurídico con la conciliación, como mecanismo alternativo de resolución de conflictos y qué incidencia tiene la aplicación de esta en la estructuración de criterios identificadores de la calidad en la prestación del servicio de conciliación extrajudicial en derecho privado.

Para lograr esta finalidad determinamos y precisamos cuáles son las características que debe reunir una adecuada prestación del servicio de conciliación extrajudicial en derecho privado; la relación o conexión existente entre la teoría general del negocio jurídico y la conciliación extrajudicial en derecho privado; identificamos algunas formas de aplicación de la teoría general del negocio jurídico en la conciliación extrajudicial en derecho privado y finalmente determinamos las consecuencias que se derivan de la falta o inadecuada aplicación de la teoría general del negocio jurídico a la conciliación extrajudicial en derecho privado, por parte de los conciliadores, enfocándolos como criterios identificadores de la calidad en la prestación del servicio de conciliación extrajudicial en derecho privado.

No existen estudios que muestren una claridad conceptual sobre la relación existente entre conciliación y teoría general del negocio jurídico y que permitan definir o estructurar criterios identificadores de la calidad en la prestación del servicio.

Cuando la doctrina y la jurisprudencia abordan el tema del negocio jurídico en tratándose de conciliación, lo hacen refiriéndose al acuerdo conciliatorio o a la

materia conciliable y de manera muy superficial, siendo que existen múltiples aplicaciones de dicha teoría durante todo el desarrollo del procedimiento conciliatorio.

Creemos que esta investigación constituye un verdadero aporte al conocimiento científico sobre el tema a nivel nacional, pues no existe en la actualidad, por lo menos en el país, un trabajo en este sentido, que tenga la virtud de desarrollar los tres grandes temas que encierra: la teoría general del negocio jurídico, por un lado, su aplicación a la figura conciliatoria, por el otro y finalmente el producto final que genera ese enlace lógico, el cual consiste en determinar la incidencia que genera la aplicación de esa teoría general en la estructuración de criterios identificadores de la calidad en la prestación del servicio de conciliación en derecho privado.

Este trabajo investigativo se realizó básicamente con el apoyo de fuentes secundarias documentales, como libros, artículos científicos y sentencias de las altas Cortes Colombianas, tiene como ámbito geográfico a Colombia y adoptó como tiempo límite el periodo comprendido entre el año de 1991 que entró en vigencia la actual Constitución Nacional y la Ley 23 de ese año que marcó el inicio de la figura de la conciliación extrajudicial en derecho, hasta la fecha presente.

1. CARACTERÍSTICAS QUE DEBE REUNIR UNA ADECUADA PRESTACIÓN DEL SERVICIO DE CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL EN DERECHO PRIVADO

1.1. La prestación de los servicios sociales, en general y del servicio de conciliación, en particular.

Empezaremos nuestro estudio, ubicando el servicio de conciliación dentro de la categoría de los servicios sociales, en la medida que su prestación requiere indefectiblemente la existencia de una estructura mínima que permita garantizar una adecuada gestión.

El profesor Fernando Fantova en su artículo denominado "*Perspectivas en gestión de Servicios Sociales*" (2003), define los servicios sociales destacando sus características, como un sistema de servicios colocado en una situación paradójica por la forma en que su misión está indefinida, caracterizado como de responsabilidad pública, proveedor de servicios de alta intangibilidad e interactividad, semiestructurado y mixto (pp. 12-13). Estima que la gestión de los servicios sociales debe contribuir fundamentalmente a: Saber lo que queremos y comprobar si lo conseguimos; incrementar la satisfacción de los trabajadores; ordenar más el trabajo; desarrollar metodologías para la intervención social y fortalecer el trabajo en red(2003, p. 17).

Siendo la conciliación un claro servicio social tendiente a resolver problemas de la sociedad, el legislador lo concibió, según la misma definición

legal, como un mecanismo³ para ello. Siendo un mecanismo, un sistema o un engranaje, es preciso que para su adecuada comprensión y utilización los operadores e intervinientes en su práctica, es decir, funcionarios de centros de conciliación, conciliadores, partes y apoderados, entiendan que la misma se compone de dos tipos de elementos básicos: los jurídicos y los interdisciplinarios (Hernández, 2005, p. 14).

Los elementos jurídicos pueden ser, a su turno, procesales y sustanciales. En cuanto a los procesales, encontramos dentro del esquema conciliatorio figuras que son propias del derecho procesal pero que deben ajustarse lógicamente a ella, como la cosa juzgada, el título ejecutivo, el *litis* consorcio necesario, interrupción de la prescripción y caducidad, el requisito de procedibilidad, entre otros; en cuanto a los elementos sustanciales, encontramos que el acuerdo conciliatorio es un clásico negocio jurídico que, como tal, se le aplican todas los principios y normas de la teoría general del mismo, entre los cuales merece destacarse la materia conciliable, es decir, los asuntos que pueden ser objeto del acuerdo, sin mencionar que al final de cuentas el conflicto que se aborda en una conciliación tiene bases de derecho sustancial.

En cuanto al área interdisciplinaria, es claro que siendo la conciliación escenario de encuentro, diálogo y entendimiento, es preciso conocer aspectos inherentes al ser humano, como la psicología, sociología, ética, teoría de la comunicación, teoría del conflicto, entre otras disciplinas. En conclusión, no

³ Conforme al *Diccionario de la Real Academia Española*, el término “mecanismo” hace referencia a: “artificio o estructura de un cuerpo natural o artificial y combinación de sus partes constitutivas” (1984, p. 890).

puede decirse que la figura de la conciliación tenga exclusivamente una de las tres connotaciones, sino que está cobijada por ellas.

De la definición de conciliación descrita anteriormente destacamos que los buenos resultados de la figura dependen, por un lado, de la gestión⁴ que efectivamente desplieguen las partes durante el desarrollo de su trámite, tendientes a resolver su conflicto y por el otro, de la ayuda que preste el conciliador, persona que debe ser neutral y calificada, sin descartar que esta ayuda implica también una gestión de carácter profesional hacia el mismo propósito.

En la sentencia C-160 de 17 de marzo de 1999, con ponencia del Honorable Magistrado Alejandro Barrera Carbonell, la Corte Constitucional precisó como características esenciales de la conciliación extrajudicial en derecho las siguientes: es un instrumento de autocomposición del conflicto, pues se basa en el consenso de las partes; constituye una actividad preventiva, por cuanto evita llegar al proceso judicial; no tiene carácter de actividad judicial ni da lugar a un proceso judicial; es un mecanismo útil para la solución de controversias, porque ofrece a las partes la posibilidad de llegar a un acuerdo sin proceso judicial alguno, porque es un mecanismo alternativo de administración de justicia inspirado en el espíritu pacifista de nuestra Constitución; es un instrumento que busca descongestionar los despachos judiciales logrando mayor eficiencia y eficacia en la administración de justicia; tiene un ámbito que se extiende a todos aquellos conflictos susceptibles de ser

⁴ Según el *Diccionario de la Real Academia Española*, “gestionar” significa “hacer diligencias conducentes al logro de un negocio o de un deseo cualquiera” (1984, p.688)

negociados; es el resultado de una actuación que se encuentra reglada por el legislador en varios aspectos.

Posteriormente la misma Corte Constitucional⁵ indicó como características fundamentales de la conciliación las siguientes: es un mecanismo de acceso a la administración de justicia, en la medida que el acuerdo al que se puede llegar resuelve de manera definitiva el conflicto y finalmente porque permite el encuentro de las partes que tiende hacia la realización del valor justicia; es un mecanismo alternativo de solución de conflictos que puede realizarse por fuera del proceso o en el curso del mismo; la función del conciliador es la de administrar justicia de manera transitoria mediante la habilitación de las partes en los términos que determine la ley; es un acto jurisdiccional, porque el acuerdo tiene la fuerza vinculante de una sentencia judicial y finalmente es un mecanismo excepcional porque no todos los conflictos son susceptibles de conciliación⁶.

1.2. Espectro de la conciliación extrajudicial dentro del campo del derecho privado. Ámbito y límites de éste

Hemos visto las características que debe reunir una adecuada prestación del servicio de conciliación en general, sin especificación o calificación alguna. Este trabajo se circunscribirá única y exclusivamente a la conciliación extrajudicial en derecho, la cual viene definida legalmente⁷ como

⁵ Corte Constitucional, Sentencia C-893 de 22 de agosto de 2001. de la Magistrada ponente Clara Inés Vargas.

⁶ En ese mismo sentido, ver entre otros: (Gil, 2003, pp. 58-60); (Castaño 2004, pp. 48 y ss).

⁷ Congreso de la República. Ley 640 de 2001. Artículo 3°

aquella que se realiza antes o por fuera de un proceso judicial. En consecuencia no nos referiremos a la conciliación judicial, es decir, la que se realiza como parte del trámite de un proceso judicial en curso; tampoco abordaremos la conciliación en equidad, pues este trabajo es ajeno a dicho esquema, pues va dirigido a profesionales del derecho, sea que obren como conciliadores en sus diferentes matices, como directores de centros de conciliación o como apoderados de partes involucradas en el conflicto.

Igualmente nos limitaremos a la conciliación en el campo del denominado derecho privado, pues no es nuestro propósito abarcar otras áreas del derecho como la laboral, penal, administrativa, etc. pues ello sería objeto de otro trabajo.

Sin desconocer la interesante discusión que viene planteada históricamente entre los límites entre derecho público y privado, para efectos de este trabajo, seguiremos el criterio expuesto por el tratadista Hernán Valencia Restrepo, quien estima que el derecho privado comprende en nuestro país el derecho civil y el comercial (2003, pp. 40 y ss). El mismo autor, agrega al dar una definición del derecho civil, desde el punto de vista material, que “Es la rama del derecho privado que regula las instituciones de la personalidad, la familia y la propiedad” (Valencia, 2003, p. 43).

Sin embargo, no descarta que en un futuro el derecho de familia se desligue del derecho civil, pues el derecho en general tiende cada vez más hacia la especialización. Por ello, para este autor, la definición verdaderamente científica del derecho civil es la que él denomina residual, que lo concibe como

“Un conjunto de normas reguladoras de las instituciones no pertenecientes al derecho público ni a ninguno de los derechos privados especiales” (Valencia, 2003, p. 44), como el de familia o el comercial, por cuanto mientras la definición material trabaja con un juicio de contingencia que mas tarde puede cambiar, la residual, al contrario, trabaja con un dato invariable o no contingente, pues siempre el derecho civil fue, es y será el residuo no regulado por el derecho público.

No obstante la discusión sobre la naturaleza jurídica del derecho de familia, en cuanto a si es público o privado,⁸ aceptamos para los efectos pedagógicos que involucra nuestro trabajo, la definición que propone el tratadista y ex-magistrado de la Corte Suprema de Justicia, Eduardo García Sarmiento, al expresar que:

“ (...) El Derecho de Familia es el ramo del derecho privado conformado por los principios, preceptos y normas que reglamentan las relaciones de orden personal y patrimonial de la familia como núcleo fundamental de la sociedad, en cuanto originadas por la fusión natural o científica de los gérmenes de la vida humana, o en acto a esa fusión asimilado, que crea vínculos entre específicas personas determinativos de una situación que confiere aptitud para adquirir y ejercer ciertos derechos y asumir ciertas obligaciones (...)” (1999, p. 31).

⁸ El tratadista Alcides Morales Acacio, en su obra *Lecciones de Derecho de Familia*, plantea que el derecho de familia participa de ambas naturalezas: público y privado. (2006, p. 76).

Explica el citado autor, que el derecho de familia es parte del derecho privado por cuanto los deberes y obligaciones procedentes de las relaciones de familia se ejercen no como súbditos sometidos al poder soberano, sino como individuos de la especie humana ligados por vínculos emanantes de la naturaleza (1999, p. 31).

El otro componente del derecho privado, que es el derecho comercial, ha sido definido como el derecho privado que se aplica a las personas que tienen la calidad de comerciantes (Valencia, 1997, p. 17). En este campo, la polémica también subsiste, porque existen doctrinantes que califican al derecho mercantil como autónomo e independiente del derecho civil e incluso del derecho privado. No obstante encontramos tratadistas reconocidos en el país, como José Ignacio Narváez García (2002, p. 60), para quien el derecho mercantil y el civil son parcelas del derecho privado; este autor muestra diferencias sustanciales entre las dos categorías, como la de que en el derecho civil los bienes se estiman preponderantemente en su valor de uso, aunque no de modo exclusivo, determinado por la aptitud para satisfacer necesidades; en tanto que en el mercantil prevalece, aunque no de forma excluyente, la consideración de su valor de cambio, es decir, según el poder adquisitivo que tengan en el mercado. Además, insiste el autor, los institutos propios del derecho comercial le imprimen rasgos sensiblemente distintos del derecho civil, por razón de la materia que regula, pues mientras la rama civil abarca todo lo que concierne a la persona y su condición o estado civil, los derechos y atributos de la personalidad, lo relacionado con la familia, el patrimonio, los modos de adquirirlos, conservarlos y transmitirlos como medios de subsistencia y perfeccionamiento de la especie humana; el derecho mercantil, comprende no sólo el intercambio en sentido económico, sino otras actividades o instituciones complementarias, como operaciones bancarias, bursátiles, títulos

valores, contratos mercantiles y otros. Finalmente el autor citado se refiere a la falta de adaptación de las regulaciones del Código Civil a las exigencias propias del comercio, en cuanto actividad ágil y flexible, para concluir finalmente en que la materia mercantil la determina el arbitrio legislativo (2002, pp. 69 y ss).

Ya descendiendo a la figura de la conciliación extrajudicial en el campo del derecho privado, la ley ha distinguido la conciliación en materia civil y de familia⁹, pero el parámetro que ha adoptado para esa diferencia no es propiamente la materia civil, mercantil o de familia en la forma analizada anteriormente, sino la jurisdicción habilitada para conocer conflictos en esas áreas del derecho. Así la normatividad se refiere a “materias que sean de competencia de los jueces civiles”¹⁰; igual ocurre en algunos casos con el tema de familia.¹¹

Además existen otros componentes exclusivos del área de derecho comercial, como temas relacionados con competencia y consumo¹² o de conflictos societarios.¹³

En el ámbito del derecho de familia, se mencionan algunos temas que pueden conciliarse, entre otros¹⁴, las controversias sobre la custodia y el

⁹ Congreso de la República. Ley 640 de 2001. Artículos 27 y 31.

¹⁰ *Op. Cit.* artículos 27 y 38.

¹¹ *Op. Cit.* artículo 35.

¹² *Op. Cit.* artículos 33 y 34.

¹³ Congreso de la República. Ley 222 de 1995. Artículo 229.

¹⁴ Sobre el particular puede consultarse el artículo 40 de la Ley 640 de 2001

régimen de visitas sobre menores e incapaces, las obligaciones alimentarias, la rescisión de la partición en las sucesiones y en las liquidaciones de sociedad conyugal o de sociedad patrimonial entre compañeros permanentes, conflictos sobre capitulaciones matrimoniales, controversias entre cónyuges sobre la dirección conjunta del hogar y entre padres sobre el ejercicio de la autoridad paterna o la patria potestad, separación de bienes y de cuerpos.

En conclusión, es amplísima la gama de asuntos relacionados con el derecho privado, entendido esté como el que agrupa los derechos civil, comercial y de familia, que pueden someterse al trámite de conciliación y sobre ellos girará especialmente esta investigación.

1.3. Las funciones del conciliador y momentos en que las cumple dentro del proceso conciliatorio.

Como estamos tratando el tema de la adecuada prestación del servicio de conciliación y siendo el conciliador pieza importante dentro del engranaje, es importante examinar ahora el papel que cumple.

El conciliador tiene asignadas diferentes funciones, no sólo desde el punto de vista legal, sino desde el ángulo estratégico de su actividad como tal.

Así tenemos que la ley¹⁵ señala al conciliador el deber de cumplir con las siguientes obligaciones: citar a las partes, hacer concurrir a quienes, en su criterio, deban asistir a la audiencia, ilustrar a los comparecientes sobre el objeto, alcance y límites de la conciliación, motivar a las partes para que presenten formulas de arreglo, formular propuestas de arreglo, redactar el acta o la constancia luego de terminada la audiencia de conciliación, registrar el acta cuando se trata de conciliadores inscritos ante Centros de Conciliación y velar porque no se menoscaben los derechos mínimos e intransigibles de las partes.

Pero si examinamos las funciones del conciliador desde el punto de vista de las estrategias que debe orientar su actividad, encontramos en la doctrina diferentes criterios de intervención y de medidas que debe adoptar durante su trabajo.

1.4. Calidades personales y profesionales que debe tener el conciliador extrajudicial en derecho

En primer lugar mencionaremos las calidades personales y profesionales que exigen las normas que regulan la conciliación y luego otras que se derivan de los estudios sobre procesos y técnicas de negociación.

¹⁵ *Op. Cit.* Artículo 8

En cuanto a las calidades personales, existen algunas exigencias de carácter legal. La misma definición de conciliación¹⁶ resalta que el conciliador, como tercero que ayuda a resolver las diferencias entre las partes, debe ser neutral y calificado.

La neutralidad es un concepto polémico y que ha sido objeto de importantes estudios.¹⁷ Por el momento, podría decirse que un conciliador es neutral cuando logra interactuar en un proceso conciliatorio en ausencia de sentimientos, valores o protagonismo, evitando tomar partido a favor o en contra de alguna de las partes en conflicto. Una de las manifestaciones de la neutralidad es la consagración por parte de la ley de conciliación¹⁸ de causales de impedimentos y recusaciones para actuar los conciliadores, que no son cosa diferente que el señalamiento de determinadas circunstancias que permiten inferir la falta de neutralidad de los mismos.

Se considera calificada a la persona que goza de autoridad, mérito y respeto. (Real Academia de la Lengua Española, 1984, p. 242). Estos atributos implican estudios no sólo de aspectos relacionados con la figura, sino también con la materia de que tratan los problemas que son sometidos al trabajo del conciliador; de allí que la ley¹⁹ haya dejado abierta la posibilidad de que el Gobierno expida un reglamento que exija requisitos que permitan acreditar idoneidad y experiencia de los conciliadores en las áreas en que vayan a actuar como tales. Además, esta condición de calificado que se exige al conciliador, implica calidades que se traducen en habilidades o destrezas que

¹⁶ Ver Artículo 64 de la Ley 446 de 1998

¹⁷ Pueden consultarse especialmente: Marinés Suárez (2002) y Bernard S. Mayer (2008).

¹⁸ Ver Artículo 100 de la Ley 446 de 1998

¹⁹ Ver Artículo 7 de la Ley 640 de 2001

debe desarrollar y que se podrían sintetizar en algo que se denomina “*técnicas de negociación*”, las cuales les permitirá realizar su trabajo de una manera exitosa; así por ejemplo, el conciliador debe tener algunos rasgos de personalidad propios de los mejores negociadores²⁰ como la empatía, el respeto, la integridad personal, la justicia, la paciencia, la responsabilidad, la flexibilidad, el sentido del humor, la autodisciplina y la resistencia.

En cuanto a las calidades profesionales, es necesario distinguir entre un conciliador extrajudicial en derecho funcionario público y otro que haga parte de la lista de un centro de conciliación. Al primero le basta con ser abogado titulado, en tanto que los conciliadores de los Centros de Conciliación, deben además, tener capacitación en mecanismos alternativos de solución de conflictos y finalmente estar inscritos en un Centro de Conciliación.²¹

El Decreto 3756 del 27 de septiembre de 2007 expedido por el Ministro del Interior y de Justicia, fija las directrices para la capacitación en mecanismos alternativos de solución de conflictos. El artículo tercero de dicho decreto señala el plan de estudios que debe seguirse en la capacitación y que distingue si la misma va dirigida a abogados conciliadores, estudiantes y judicantes conciliadores y funcionarios conciliadores.

La capacitación dirigida a la formación de abogados conciliadores tiene tres ejes temáticos que son: el módulo básico, que comprende teoría del conflicto, mecanismos alternativos de resolución de conflictos, la conciliación,

²⁰ Ver especialmente la obra de Michael Donaldson y Mimi Donaldson (1996).

²¹ Ver Artículo 7 de la Ley 640 de 2001.

los centros de conciliación, marco legal y jurisprudencial de la conciliación, línea institucional de la conciliación del Ministerio del Interior y de Justicia, conciliación específica en las áreas de familia, civil, comercial, penal, laboral, administrativo y tránsito; el módulo de entrenamiento, que comprende técnicas y habilidades de comunicación, de negociación y conciliación; trabajo interdisciplinario en la conciliación, procedimiento conciliatorio, audiencia de conciliación y el acuerdo conciliatorio; y el módulo de pasantía, que consiste en el acompañamiento de un caso de conciliación y la práctica de una audiencia de conciliación asistida.

Como puede observarse, la incidencia de la aplicación de la teoría general del negocio jurídico y del derecho de las obligaciones en general, a la figura conciliatoria, atraviesa casi todos los contenidos temáticos mencionados, pues la mayor parte de las nociones de esa teoría general debe tenerlas presente el conciliador durante todo el desarrollo de su trabajo y no sólo al momento de confeccionar el acuerdo, que es, por excelencia, un negocio jurídico.

2. APROXIMACIÓN A LA TEORÍA GENERAL DEL NEGOCIO JURÍDICO

El objetivo de esta parte del trabajo es aproximarnos a la estructuración de una teoría general del negocio jurídico y de las obligaciones, en sus componentes más importantes, que pueden ser aplicables a la conciliación extrajudicial en derecho privado y examinados como criterios identificadores de

la calidad en la prestación de ese específico servicio de administración de justicia.

Empezamos analizando el concepto general de negocio jurídico, sus elementos y sus diferentes visiones teóricas en la doctrina, qué debe entenderse por una teoría general del negocio jurídico y su objeto de estudio, frente a la categoría de la teoría general del contrato; en qué consiste el postulado de la autonomía privada como cimiento de la teoría general del negocio jurídico, desde la doctrina y la jurisprudencia de las altas Cortes colombianas para finalizar con los límites de ese postulado para determinar en capítulos posteriores si el acuerdo conciliatorio se acomoda a esa categoría jurídica y por lo mismo le son aplicables todos los componentes durante el proceso de desarrollo de la conciliación extrajudicial en derecho.

2.1. Concepto de negocio jurídico y sus diferentes visiones.

Tanto la doctrina como la jurisprudencia, de manera copiosa, se ha encargado de definir el concepto de negocio jurídico; luego de una lectura de las diferentes vertientes del pensamiento sobre el tema, podemos concluir que básicamente hay dos teorías: la teoría del negocio jurídico como manifestación de voluntad encaminada a producir un efecto jurídico y la teoría del negocio jurídico como autorregulación de intereses (Bigliuzzi, Breccia, Busnelli y Natoli, 1995, pp. 592 y ss.).

Los que defienden la concepción del negocio jurídico como manifestación de voluntad encaminada a producir un efecto jurídico, señalan que dicha manifestación de voluntad es el elemento estructural necesario para el nacimiento, modificación o extinción de relaciones jurídicas, es decir, que el ordenamiento jurídico reconoce y tutela.

En nuestro país esta tesis es defendida, entre otros, por los tratadistas Guillermo Ospina Fernández y Eduardo Ospina Acosta (2000) quienes definen el negocio jurídico como la manifestación de voluntad directa y reflexivamente encaminada a producir efectos jurídico, por cuanto en dicha definición se encuentran presentes los dos elementos básicos: la manifestación de voluntad y el objetivo específico a que dicha voluntad se endereza, que consiste en la producción de efectos jurídicos (p. 17).

Los que pregonan la tesis del negocio jurídico como autorregulación de intereses, colocan el énfasis en la manifestación o declaración como tal, por lo que la voluntad queda como un mero presupuesto extraño a la estructura del acto.²² En esta teoría lo que interesa es que los particulares hayan dado vida a un acto externo, socialmente vinculante que haya regulado por si mismos sus propios intereses. Lo decisivo es la autorregulación de intereses, es decir, que haya nacido, regulado o se haya extinguido una determinada relación, sin que exista la necesidad de averiguar hechos internos que corresponde a la psicología de los sujetos. Esta teoría nació como una reacción de desprecio al denominado dogma de la voluntad, que era considerado científicamente ingenuo, ideológicamente anacrónico e irrazonable, al colocarse frente a las

²² Se les llama también teorías declaracionistas o preceptivas

cambiantes exigencias del comercio. Consideran que el negocio jurídico tiene esencialmente un valor técnico, pues es más adecuado y funcional dado que el análisis se concreta a hechos exteriores verificables en lugar de movimientos vagos, subjetivos y psicológicos.²³

En todo caso este tema constituye, aún en los momentos actuales, uno de los grandes problemas de discusión del derecho privado, sobre el cual existe abundante literatura jurídica, pero que excede los propósitos de este trabajo de investigación.

2.2. Qué debe entenderse por una teoría general del negocio jurídico.

Antes de responder a esta pregunta es necesario diferenciar los conceptos de negocio jurídico y contrato, pues en esa medida es más comprensible la conceptualización que pretendemos.

Podríamos decir de antemano que el negocio jurídico es el género en tanto que el contrato es una de sus especies. En el primer concepto caben todas las manifestaciones de autonomía privada encaminadas a producir efectos jurídicos, sean los sujetos singulares o plurales, con o sin contenido

²³ Sobre el particular puede consultarse la obra de Emilio Betti, (1959, pp. 51 y ss.).

patrimonial; en tanto que el contrato siempre implica pluralidad de sujetos participantes y contenido económico o patrimonial de la relación jurídica.²⁴

Razón le asiste al tratadista Renato Scognamiglio (1996) cuando afirma que la doctrina moderna distingue por su importancia la figura del negocio jurídico, en la que incluye todos los actos de autonomía privada relevantes para el derecho, del concepto de contrato que representa solo una especie de su género, en la medida que constituye acto bilateral o plurilateral con contenido patrimonial. Continúa aclarando, que de la teoría del negocio jurídico, que comprende todos los problemas y principios comunes a la totalidad del campo de la autonomía privada, se ocupa la doctrina general del derecho civil, en tanto que de la teoría general del contrato, que constituye una figura general y abstracta respecto de los varios tipos contractuales, se trata dentro del campo de las obligaciones y además como parte preliminar del estudio de los principales contratos, en forma de planteamiento de problemas y búsqueda de soluciones propias de esa materia específica (pp. 13 y ss.).

Para efectos de nuestro estudio, son importantes tanto la teoría general del negocio jurídico como la teoría general del contrato, hasta el punto que nos servirán de guía conceptual, por dos razones: en primer lugar, porque dentro del esquema del acuerdo conciliatorio son procedentes y de hecho se presentan las dos figuras jurídicas; así tenemos que un acuerdo conciliatorio puede consistir en la celebración de un contrato cualquiera, sea típico o atípico, o en la celebración de acuerdo que tenga connotaciones eminentemente

²⁴ Esta es la concepción que existe en Colombia, pues nuestro estatuto mercantil, en su artículo 864 define al contrato como “*Un acuerdo de dos o más partes para constituir, regular o extinguir entre ellas una relación jurídica patrimonial*”.

personales, como por ejemplo regulaciones de los cónyuges sobre la custodia y visitas de hijos menores de edad; en segundo lugar las dos teorías generales mencionadas, no son ajenas e incompatibles entre sí, pues están estrechamente relacionadas, por varias razones: primero porque la figura del contrato constituye la categoría más ampliamente difundida y representativa del negocio jurídico; la teoría general del negocio jurídico tiene su cimiento en el fenómeno general y unitario de la autonomía privada, la cual se aplica igualmente para todos los negocios jurídicos y por lo mismo a los contratos; no es posible prescindir dentro de la teoría del contrato de hacer referencias a la teoría del negocio jurídico, pues ésta se proyecta indefectiblemente en aquellos (1996, p. 15).

Por lo tanto, cuando en este trabajo nos corresponda aplicar conceptos concretos en aspectos puntuales de la conciliación extrajudicial en derecho privado, nos apoyaremos en cualquiera de las dos categorías.

2.3. El problema de la autonomía privada y sus límites en la teoría general del negocio jurídico.

2.3.1. La autonomía privada o negocial según la doctrina

Como ya lo anotamos, la autonomía privada es la base conceptual de la teoría general del negocio jurídico. Al tratar este tema, utilizaremos indistintamente expresiones similares como autonomía privada, autonomía negocial, autonomía de la voluntad u otras parecidas, para referirnos al mismo

concepto, por cuanto, cualquiera que sea la visión de la doctrina sobre el negocio jurídico, sigue teniendo el mismo significado o alcance.

El tratadista Renato Scognamiglio es enfático cuando afirma que “La figura del negocio se basa en el fenómeno de la autonomía de los particulares, al cual debe orientarse en definitiva el análisis y en el que encuentra su explicación adecuada” (1996, pp. 19-20)

Para el citado autor, la noción de autonomía negocial no se identifica con la libertad del querer, para los que adhieren a la teoría voluntarista, sino que alude al poder de los particulares para darse de por sí reglas en el campo de las relaciones económico- sociales, a la cual le está atribuida relevancia jurídica, de tal manera que la noción de negocio jurídico sirve para expresar a cabalidad el reconocimiento que el ordenamiento le otorga a la autonomía de los individuos, como categoría lógica descriptiva de la materia en su integridad.

En ese sentido las partes se encuentran autorizadas para determinar libremente el contenido de los negocios jurídicos regulados por la ley; a ellas les corresponde rellenar los esquemas negociales fijando sus elementos, completando eventualmente el contenido del negocio, enriqueciéndolo con cláusulas, condiciones, términos, etc.; dar vida a contratos innominados nuevos siempre que correspondan a intereses merecedores de tutela por parte del ordenamiento jurídico, todo lo anterior dentro de los límites que presupone la autonomía negocial, como más adelante lo señalaremos con precisión.

Luigi Cariota Ferrera (1956) define a los negocios jurídicos como manifestaciones de voluntad dirigidas a un fin práctico tutelado por el ordenamiento jurídico, cuyo fin perseguido es generalmente regular los propios intereses en la vida social; es medio de actuación del dominio de la voluntad en la esfera jurídica propia del sujeto; es el instrumento más calificado de la autonomía privada. Concluye diciendo que el reconocimiento del valor de los contratos, del testamento, etc. en resumen, de los negocios jurídicos, por parte del ordenamiento, es la mejor prueba de que éste mismo admite la autonomía privada (pp. 43-44)

Otra evidencia que implica el reconocimiento de este postulado es el concepto de la obligatoriedad de los contratos, cuyo fundamento ha sido encontrado en el hecho de que siempre es el resultado de una libre determinación de las partes, por lo cual sería contradictorio con el concepto de contrato la coacción sobre las partes para hacer que estipulen, pues ello generaría nulidad del mismo; en síntesis la obligatoriedad del contrato, es decir, la sujeción a sus efectos surge del hecho de que las partes han aceptado libremente el contenido del mismo y por la confianza suscitada por cada contratante en el otro con la promesa que le ha hecho (Messineo, 1952).

Uno de los juristas que mejor ha explicado el tema de la autonomía privada y su relación con la teoría general del negocio jurídico es sin duda alguna Emilio Betti (1959). Plantea este autor el problema práctico de la autonomía privada diciendo que los intereses que el derecho privado disciplina existen independientemente de su tutela jurídica y se mueven en la práctica a través de continuas vicisitudes donde quiera que se reconozca a los individuos un círculo de bienes de su pertenencia, sometido al impulso de su iniciativa

individual. En ese sentido los particulares, en sus relaciones con los demás, tratan de satisfacer sus necesidades según su libre apreciación mediante cambio de bienes o servicios, asociación de fuerzas, prestación de servicios, aportación de capitales, etc. de tal manera que la iniciativa privada es el mecanismo motor de toda conocida regulación recíproca de intereses privados.

La iniciativa privada no sólo cumple su papel deseando ciertos fines prácticos, sino también creando los medios para obtenerlos y los instrumentos de esta naturaleza son por excelencia los negocios jurídicos. Por ello se dice que estos tienen su origen en la vida de relación; surgen como actos con los que los particulares disponen para el futuro una regulación vinculante de intereses y se desarrollan espontáneamente bajo el impulso de las necesidades para satisfacer variadas exigencias económico-sociales, todavía libres de injerencia de todo orden jurídico.

Los negocios jurídicos puntuales que se celebran suelen brotar en la vida social fuera de toda tutela por parte del derecho; sólo después que han alcanzado cierto grado de desarrollo y obtenido la sanción de la práctica, el orden jurídico garantiza sus efectos con la propia autoridad; pero antes, aquellos contratos se practican en el tráfico bajo la simple tutela del uso y de la corrección. Cuando el derecho eleva los contratos específicos al rango de negocio jurídico, lo que hace es reconocer aquel vínculo que, según la conciencia social, los mismos particulares ya por adelantado, sentían haber contraído en sus relaciones entre sí; el derecho refuerza y torna más seguro tal vínculo, sumándole su propia sanción. Lo anterior significa que los negocios jurídicos brotan de la iniciativa privada y son esencialmente actos con los que los particulares tienden a regular sus propios intereses: son actos de autonomía

privada es decir, de autorregulación de intereses. En virtud del reconocimiento que el derecho les da, los negocios de la vida privada asumen la calidad de negocios jurídicos.

Las figuras del derecho subjetivo privado, por una parte, y del negocio jurídico, por el otro, están al servicio de la libertad y de la autonomía privada de los individuos, pero con finalidades diferentes: el primero tiene una finalidad estática, de conservación y de tutela; protege los intereses privados tal como se encuentran en el ordenamiento que tutela el derecho, en tanto que el negocio jurídico, al contrario, tiene una finalidad dinámica, de iniciativa y renovación, modificando la posición de aquellos intereses según las directrices que los mismos particulares crean necesario (1959, p. 46).

La autonomía privada, continúa el autor citado (p. 47), es reconocida por el orden jurídico en el campo del derecho privado como actividad y potestad creadora, modificadora o extintiva de relaciones jurídicas entre individuos, las cuales están disciplinadas por normas jurídicas existentes; la manifestación suprema de esta autonomía es el negocio jurídico, el cual es concebido precisamente como acto de autonomía privada al que el derecho atribuye el nacimiento, la modificación o la extinción de relaciones jurídicas entre particulares; tales efectos se producen en cuanto a que están dispuestos por normas, las cuales, acogiendo como presupuesto de hecho el acto de autonomía privada, se remiten a él como supuesto necesario y suficiente.

Larroumet (1993, pp. 85 y ss.) al referirse al tema que nos ocupa, señala que el principio de la autonomía de la voluntad descansa esencialmente en dos

postulados: el liberalismo económico y un entorno filosófico individualista y voluntarista; que dicho principio es el punto de encuentro jurídico de dos elementos: el económico y el filosófico.

Este principio supone que los intercambios económicos se realizan mediante concesiones recíprocas, que son el resultado de las voluntades de los contratantes; la voluntad es soberana para conducir a la celebración del contrato y para determinar sus efectos, es decir, las obligaciones que crea para las partes así como sus modalidades; por tanto, no podría haber contrato sin voluntad. La fuerza del contrato descansa en este principio; la autoridad política no se inmiscuye en los intercambios económicos, razón por la cual el contrato es el instrumento por excelencia de dichos intercambios; por tanto no se podrá confirmar el alcance absoluto del principio sin reubicarlo dentro de un contexto económico y social determinado (1993, pp. 85-86).

El autor señala que el principio de la autonomía de la voluntad tiene dos elementos básicos: la soberanía de la voluntad y la fuerza obligatoria de la misma, pero ello nunca ha significado que dicho principio haya sido admitido en sus consecuencias más extremas, es decir, sin ningún tipo de limitaciones, como más adelante lo puntualizaremos.

La soberanía de la voluntad indica que ella es la única que tiene el poder de comprometer a los individuos. De esta se derivan la mayor parte de las reglas aceptadas en materia de contratos, tanto para su celebración como para su ejecución. Este concepto implica en primer lugar, que sólo hay contrato cuando las partes lo han querido; este es el principio de libertad contractual; es

la expresión mas simple de la autonomía de la voluntad; en segundo lugar, significa, que si la voluntad sólo existe en apariencia no hay contrato; en tercer lugar significa que ella se basta por si misma y por regla general no tiene necesidad de rodearse de formalidades, es el denominado principio del consensualismo; en cuarto lugar significa que el contrato debe ejecutarse conforme a lo que han querido las partes, lo cual ocurre, por ejemplo, en la interpretación de los contratos en que se averigua la voluntad de los contratantes (1993, p. 86).

La fuerza obligatoria de la voluntad se traduce en el principio de la fuerza obligatoria de los contratos²⁵, del cual se pueden deducir las siguientes consecuencias: la aplicación de la responsabilidad contractual será posible en caso de incumplimiento, especialmente culpable, del contrato; la voluntad unilateral no permite sustraerse al cumplimiento del contrato; tampoco podrá obligarse a quienes no han consentido en el contrato, este es el denominado efecto relativo del contrato (1993, p. 87).

2.3.2. La autonomía privada o comercial desde la perspectiva jurisprudencial y constitucional según la doctrina de las altas Cortes colombianas

Iniciemos la reseña del pensamiento de las altas Cortes de Colombia sobre el postulado de la autonomía privada con la Sala de Casación Civil. Esta Corporación califica a la autonomía privada como uno de los principios

²⁵ Nuestro Código Civil en el artículo 1602 dispone que “Todo contrato legalmente celebrado es una Ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”.

fundamentales de nuestro Código Civil y la traduce en el reconocimiento que hace el ordenamiento jurídico positivo a los particulares de la potestad de crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas en aras de la satisfacción de sus necesidades de carácter económico-social, en el intercambio de bienes y servicios.²⁶

En razón precisamente de este postulado los particulares gozan de libertad para utilizar, en la regulación de sus relaciones negociales entre si, sea contratos típicos regulados en nuestro ordenamiento o combinar prestaciones de éstos para celebrar negocios jurídicos atípicos que se adecuen a sus precisas circunstancias e inclusive pueden simular negocios jurídicos que realmente no quieren.

En diversas providencias se ha referido a la aplicación de este postulado a varias instituciones propias de la teoría general de los contratos, como la acción de cumplimiento o resolutoria contractual²⁷, simulación²⁸, la interpretación de los contratos²⁹, principio de la relatividad de los contratos³⁰, límites del postulado de la autonomía privada, por ejemplo en materia de lesión enorme³¹.

²⁶ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 10 de marzo de 1995. con ponencia del Magistrado Pedro Lafont Pianeta.

²⁷ *Op. Cit.* Sentencia del 16 de mayo de 2002, con ponencia del magistrado José María Santos.

²⁸ *Op. Cit.* Sentencia del 15 de febrero de 2000, con ponencia del magistrado Carlos Jaramillo.

²⁹ *Op. Cit.* Sentencia del 28 de febrero de 2005, con ponencia del magistrado Carlos Jaramillo.

³⁰ *Op. Cit.* Sentencia del 28 de julio de 2005, con ponencia del magistrado Manuel Ardila

³¹ *Op. Cit.* Sentencia del 19 de diciembre de 2005., con ponencia del magistrado Cesar Julio Valencia Copete.

A su turno, la Corte Constitucional ha inscrito el postulado de la autonomía de la voluntad o autonomía privada en la dinámica de la libertad que reconoce a toda persona el poder de decidir su propia esfera personal y patrimonial, dentro del marco del bien común, el principio de solidaridad y los derechos ajenos; la que le reconoce al individuo el derecho no sólo a tener una conducta activa y basada en la propia iniciativa sino a reaccionar como homo economicus a determinadas dinámicas del mercado³²; o la ha definido como el poder de las personas, reconocido por el ordenamiento positivo para disponer con efecto vinculante de los intereses y derechos de los que son titulares y por ende crear derechos y obligaciones siempre que respete el orden público y las buenas costumbres.³³

2.3.3. Sustento constitucional del concepto de autonomía privada

Hasta donde hemos podido conocer, la Corte Constitucional es la única de las altas corporaciones judiciales que en Colombia se ha encargado de definir y explicar con detalles el sustento constitucional del postulado de la autonomía privada.

En principio, la Corte Constitucional ha reconocido que no existe norma alguna que se refiera a este postulado de manera expresa, pero que se

³² Corte Constitucional. Sentencia. SU-157 de fecha 10 de marzo de 1999 con ponencia del honorable Magistrado Alejandro Martínez Caballero

³³ Ver sentencia de la Corte Constitucional C-1194 de fecha 3 de diciembre de 2008 del Magistrado Ponente Rodrigo Escobar Gil

deduce de diversos derechos subjetivos consagrados en el texto constitucional. Casi nos atrevemos a afirmar que la Corte encuentra reflejado este postulado en cualquier norma que reconozca a una persona la facultad de disponer de sus derechos y celebrar negocios jurídicos con los demás, tal como lo ha expresado con el derecho a contraer matrimonio o a testar.³⁴

En la sentencia SU-157 del 10 de marzo de 1999, con ponencia del Magistrado Alejandro Martínez Caballero, la Corte Constitucional es enfática al afirmar:

“ (...) Ahora bien, la autonomía privada goza de sustento en la Constitución de 1991, como quiera que se deduce de la garantía y protección de varios derechos que la concretan, a saber: el artículo 14 consagra el derecho a la personalidad jurídica, el 58 asegura la propiedad privada, los artículos 38 y 39 la libertad de asociación y el 333 en cuanto protege el derecho a la libre actividad económica e iniciativa privada y la libertad de empresa, todos estos derechos subjetivos que reconocen poderes en favor de una persona que puede hacerlos valer, frente a otros sujetos, a través de la intervención judicial.

La autonomía de la voluntad privada y, como consecuencia de ella, la libertad contractual gozan entonces de garantía constitucional (...)”

³⁴ Ver sentencia de la Corte Constitucional C-993 de fecha 29 de noviembre de 2006. con ponencia del doctor Jaime Araújo Rentería.

En otra sentencia³⁵ la Corte Constitucional señala que la autonomía negocial goza de amparo y garantía en la Constitución de 1991, la cual se deduce de la constitucionalización de los derechos al reconocimiento de la personalidad jurídica, al libre desarrollo de la personalidad, la propiedad privada, el derecho de asociación, el derecho a la libre actividad económica e iniciativa privada y de la libertad de empresa.

En casi todas las sentencias en que el Tribunal Constitucional aborda este tema se refiere también a los límites del principio de la autonomía privada.

En otra providencia ³⁶ la Corte sostuvo que aunque no existe una norma en la Constitución Nacional que contemple de manera específica este postulado, él se deduce de los artículos 13 y 16 de la Carta Política que en su orden consagran la libertad y el libre desarrollo de la personalidad, los cuales sirven de sustento para concluir que debe reconocerse a las personas la posibilidad de que obren según su voluntad siempre y cuando no atenten contra el orden jurídico y los derechos de los demás. Que adicionalmente se encuentran una serie de normas constitucionales garantes de ciertos derechos, cuyo ejercicio supone la autonomía de la voluntad como el derecho a la personalidad jurídica (artículo 14), el derecho a asociarse (artículo 38), a celebrar el contrato de matrimonio (artículo 42) y los lineamientos de tipo económico que traza el artículo 333 de la Constitución.

³⁵ Ver sentencia de la Corte Constitucional SU-166 de fecha 17 de marzo de 1999. con ponencia del Honorable Magistrado Alejandro Martínez Caballero

³⁶ Ver Corte Constitucional sentencia C-529 de fecha 10 de mayo de 2000. con ponencia del magistrado Alejandro Barrera Carbonell.

2.3.4. Límites, restricciones y condicionamientos a la autonomía privada

Para una mejor comprensión de este tema es preciso recorrer de manera muy rápida la historia del postulado de la autonomía privada.

En ese sentido la Corte Constitucional³⁷ destaca que para algunos filósofos del siglo XVIII, que fundan gran parte del derecho occidental, como Kant, Hobbes y Rosseau, la voluntad es la principal fuente de las obligaciones, sea que se manifieste directamente a través de los acuerdos entre particulares o indirectamente a través de la ley en forma de voluntad general; este predicamento supone la igualdad de los hombres, de manera que si lo hacen libremente lo único que los determina es el libre ejercicio de su voluntad, es decir, que ellos lo quieran.

Sin embargo jamás se negó la posibilidad de oponer límites a dicha autonomía negocial, lo cual observamos claramente en el Código Civil Colombiano de 1887 que consagró la autonomía de la voluntad imperante y los dos límites a la misma que en ese momento se aceptaban: el orden público y las buenas costumbres, muestra evidente de ello son los artículos 16, 1151, 1518, 1524 y 1532 de dicho estatuto.

³⁷ Corte Constitucional Sentencia C-641 de fecha 31 de marzo de 2000 con ponencia del doctor Fabio Morón Díaz.

No obstante lo anterior, el derecho es cambiante, pues los nuevos rumbos de la historia junto a las teorías contemporáneas redujeron el ámbito concedido al ejercicio de la autonomía privada. De esta manera, se incluyó dentro de la noción de orden público, no solo el área política, sino también la económica y los derechos humanos; por otra parte el auge del derecho comercial y las nuevas formas de contratación, restaron al postulado la importancia que anteriormente tenía, pues se incrementaron los contratos tipo o de adhesión, en los cuales tiene poco juego, pues una de las partes se limita a aceptar o rechazar cláusulas previamente redactadas por el otro. Por tanto mal puede concebirse el postulado de la autonomía privada como un poder omnímodo en manos de los particulares. Esta visión fue superada y sustituida por la filosofía del Estado Social de Derecho, cuyos valores plasmó el constituyente de 1991, entre otros aspectos, afianzando los límites a los derechos individuales y profundizando la dimensión social en la concepción sobre el estado de derecho.

Estas precisas consideraciones han llevado a la Corte Constitucional a concluir que el postulado de la autonomía privada no es una barrera infranqueable, pues tiene claros límites y condicionamientos o restricciones, entre los cuales menciona las exigencias propias del Estado Social de Derecho, que no es otra cosa que el respeto por la propia Constitución Nacional y los principios, valores y derechos reconocidos en la misma, entre los cuales se encuentra la realización de la justicia; en segundo lugar y como corolario de lo anterior, el respeto por los derechos fundamentales de otras personas, pues la Constitución irradia directrices sobre todo el ordenamiento jurídico, lo que se denomina eficacia horizontal, de manera que es necesaria la intervención de los poderes públicos para asegurar un orden económico y social justo y promover la prosperidad, conforme lo señala el artículo 2 de la

Carta Magna; en tercer lugar el interés público, es decir, el bienestar general, concepto que la Corte declara como no unívoco sino jurídicamente indeterminado, razón por la cual debe interpretarse en cada caso concreto³⁸; en cuarto lugar señala como límite el interés general y el bien común.³⁹

2.4. Elementos básicos integrantes de una teoría general del negocio jurídico

Estos elementos pueden extraerse tanto de una teoría general del negocio jurídico como de una teoría general del contrato. Son muchos los temas que se abordan en estas dos disciplinas y que hacen presencia, en cualquier negocio jurídico, sea éste de tipo contractual o no.

Por el momento sólo mencionaremos los temas más importantes que la doctrina trata en materia de la teoría general del negocio jurídico y del contrato, pues en el capítulo siguiente abordaremos en detalle, los que estimamos más importantes y de constante aplicación en el proceso de desarrollo de la conciliación extrajudicial en derecho privado.

Autores como Luigi Cariota Ferrera (1959) tratan temas importantes como la relación entre autonomía privada y negocio jurídico, límites de la autonomía privada, función de la voluntad negocial y ordenamiento jurídico, los problemas que se derivan de la voluntad y su declaración, proceso de

³⁸ Ver Corte Constitucional sentencia SU-157 de fecha 10 de marzo de 1999. con ponencia del magistrado Alejandro Martínez Caballero

³⁹ Op. Cit. sentencia C-641 de fecha 31 de mayo de 2000. con ponencia del magistrado. Fabio Morón Díaz.

formación de los negocios jurídicos, elementos y requisitos del negocio jurídico, clasificación, requisitos de existencia y validez del negocio jurídico, efectos y vicisitudes, la causa en los negocios jurídicos, la representación en el negocio jurídico y su interpretación y otros aspectos.

Renato Scognamiglio (1991) a su turno trabaja la teoría general del negocio jurídico y su diferencia con la del contrato, el concepto y límites de la autonomía negocial, la noción de contrato y su campo de aplicación, los requisitos subjetivos del contrato, como la capacidad, la voluntad y su declaración, los vicios del consentimiento, la representación directa e indirecta; la celebración del contrato y su forma; la función y contenido de los contratos; los elementos esenciales, naturales y accidentales de los contratos; el contrato simulado, la interpretación de los contratos; los efectos negociales y finales del contrato; las vicisitudes del contrato; la ineficacia del contrato desde el punto de vista genérico y sus especies reflejadas en inexistencia, invalidez, nulidad, la disciplina de la acción rescisoria en sus diversas modalidades y otros temas.

De manera similar puede consultarse la obra colombiana denominada *“Teoría General del Contrato y del negocio Jurídico”* de los autores Guillermo Ospina Fernández y Eduardo Ospina Acosta (2000), que contiene temas similares a los ya mencionados.

3. CONEXIÓN ENTRE LA CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL EN DERECHO PRIVADO Y LA TEORÍA GENERAL DEL NEGOCIO JURÍDICO

3.1. El acuerdo, como negocio jurídico, en la conciliación extrajudicial en derecho privado .

Hemos analizado en el capítulo anterior los principales aspectos de la teoría general del negocio jurídico que sirven de soporte para aplicar a la conciliación extrajudicial en derecho privado. Ahora abordaremos el tema del acuerdo conciliatorio, que a nuestro modo de ver, es el punto de contacto entre la figura de la conciliación extrajudicial en derecho y la teoría general del negocio jurídico.

Sin embargo, ello no quiere decir que la teoría general del negocio jurídico sólo se aplica en la conciliación al momento de concretar el acuerdo, como fase final del proceso conciliatorio, pues es claro que ella permea todo el procedimiento desde su inicio.

Partimos de una afirmación categórica : todo acuerdo conciliatorio, cualquiera que sea su contenido, puede calificarse como un negocio jurídico, independientemente de la visión que se tenga sobre este concepto.

Para sustentar esta posición desarrollaremos los temas que seguidamente se indican, pues tanto la doctrina como la jurisprudencia no plantean argumentos ordenados y coherentes para arribar a esa conclusión.

3.2. El acuerdo como la finalidad última de la institución conciliatoria

Debemos recordar que el legislador concibió a la conciliación como un instrumento o mecanismo para resolver conflictos. Aunque la definición misma de conciliación no involucra el acuerdo como elemento esencial, por cuanto éste puede darse o no, si se observa que lleva implícita el propósito o mensaje de resolver problemas; así se puede colegir en cuanto la conciliación es un mecanismo o sistema creado para la “resolución de conflictos” y en que es el instrumento que utilizan las personas para gestionar por si mismas la “solución de sus diferencias” con la ayuda de un tercero denominado conciliador, que, como ya lo señalamos, también cumple con una gestión profesional. Es claro, entonces, que la figura de la conciliación lo que busca finalmente es que la gente encuentre soluciones a sus problemas mediante un diálogo ordenado y constructivo, que debe estar orientado y facilitado por el conciliador.

Ello no sólo se observa de la definición misma de conciliación, como lo hemos visto, sino de los propósitos para los cuales fue instituida.

Nuestra Corte Constitucional⁴⁰, al referirse a los fundamentos constitucionales que soportan o sirven de base a la institución de los mecanismos alternativos de resolución de conflictos, sostiene que “la filosofía que soporta este tipo de alternativas pretende que los particulares resuelvan las contiendas que comprometen sus derechos disponibles, por fuera de los estrados judiciales, apelando a la búsqueda del acuerdo antes que el proceso formalmente entablado”⁴¹

Sigue diciendo la Corte, en la misma sentencia, que con tales mecanismos alternativos:

“(...) Se busca involucrar a la comunidad en la resolución de sus propios conflictos, mediante la utilización de instrumentos flexibles, ágiles, efectivos y económicos que conduzcan al saneamiento de las controversias sociales y contribuyan a la realización de valores que inspiran el Estado Social de Derecho, como son la paz, la tranquilidad, el orden justo y la armonía de las relaciones sociales (Cfr. Preámbulo, arts.1 y 2 C. P.).

La conciliación es un procedimiento por el cual un número determinado de individuos trabados entre sí por causa de una controversia jurídica, se reúnen para componerla con la intervención de un tercero neutral-conciliador-quien, además de proponer fórmulas de acuerdo, da fe de la decisión del arreglo y le imparte su aprobación.

⁴⁰ Ver sentencia de la Corte Constitucional. C-893 de fecha 22 de agosto de 2001 con ponencia de la honorable magistrada Clara Inés Vargas Hernández.

⁴¹ Al desarrollar esta idea, la Corte se remite a las actas de la Asamblea Nacional Constituyente.

El convenio al que se llega como resultado del acuerdo es obligatorio y definitivo para las partes que concilian (...)”

Aunque, reiteramos, teóricamente, el acuerdo no es imprescindible en la figura conciliatoria, por cuanto el resultado del trámite puede ser un acuerdo o un no acuerdo, en todo caso, parece sensato concluir que las conciliaciones sin acuerdos, como regla general, no cumplen con el propósito para el cual fueron creadas e institucionalizadas, tal como lo podemos deducir de la filosofía o propósitos de la figura, que con acierto describe nuestro máximo tribunal de justicia constitucional. Lo anterior por cuanto tales propósitos solo se obtienen a través de los acuerdos a que lleguen las partes dentro de la conciliación, pues si ellos no se logran, tampoco se realizan los valores que inspiran el Estado Social de Derecho, como la paz, la tranquilidad, el orden justo y la armonía de las relaciones sociales.

Ello explica el porqué, aún los que se suponen entendidos en la materia, como el legislador, los doctrinantes y los funcionarios judiciales de las altas cortes, incluyan el acuerdo como de la esencia de la conciliación. Así lo podemos observar en los eventos que seguidamente señalamos.

El artículo 23 de la ley 23 de 1991 define la conciliación laboral incorporando el acuerdo como elemento estructural de la misma, al indicar que:

“Para los efectos de esta ley se entiende por conciliación el acto por medio del cual las partes ante un funcionario competente, y

*cumpliendo los requisitos de fondo y de forma exigidos por las normas que regulan la materia, **llegan a un acuerdo** que evita el que estas acudan a la jurisdicción laboral”⁴²*

La Corte Constitucional al destacar los caracteres esenciales que informan la conciliación expresó que:

*“Es un instrumento de autocomposición de un conflicto, por voluntad concertada del consenso (sic.) de las partes por consiguiente, **es de la esencia de la conciliación que las partes en conflicto, con la intervención del conciliador, lleguen a un acuerdo** que bien implica el reconocimiento o la aceptación por una de ellas de los posibles derechos reclamados por la otra parte, o la renuncia recíproca de pretensiones o intereses que se aleguen por aquellos”⁴³*

El acuerdo conciliatorio reviste tanta importancia que es considerado como uno de los factores generadores de impacto en el sistema nacional de conciliación y como tal, es objeto de evaluación permanente por parte del Ministerio del Interior y de Justicia, en ejercicio de las políticas públicas que tiene el gobierno actual, en materia de acceso a la administración de justicia.⁴⁴

⁴² Las negrillas no corresponden al texto.

⁴³ Ver Corte Constitucional sentencia C-160 de 17 de marzo de 1999 con ponencia del Honorable Magistrado Alejandro Barrera Carbonell. Las negrillas no hacen parte del texto.

⁴⁴ Ver Programa Nacional de Conciliación, concretamente los objetivos para fortalecer institucionalmente el Ministerio del Interior y de Justicia, pagina web: www.conciliación.gov.co

3.3. El acuerdo conciliatorio como negocio jurídico

Desde el punto de vista jurídico el acuerdo en la conciliación, se puede examinar desde dos enfoques a la luz de nuestra ley Colombiana: uno de carácter procesal y otro de carácter sustancial. Desde el primer ángulo podríamos decir que el acuerdo conciliatorio produce el efecto de hacer tránsito a cosa juzgada, figura ésta de eminente contenido procesal en cuanto implica seguridad jurídica; y por otra parte el acta que contiene el acuerdo es un documento que presta mérito ejecutivo⁴⁵, en cuanto de la misma puede desprenderse una obligación a cargo de una de las partes y favor de la otra que tenga las características de ser clara, expresa y exigible.

Desde el punto de vista jurídico sustancial el acuerdo conciliatorio configura un verdadero negocio jurídico (Hernández, 2005, p. 48) en cuanto, implica, “manifestación de voluntad directa y reflexivamente encaminada a producir efectos jurídicos” (G. Ospina y E. Ospina, 2000, p. 59) que pueden consistir en la creación, modificación o extinción de una relación jurídica concreta. Por lo tanto, desde su misma génesis se le puede aplicar toda la denominada teoría general del negocio jurídico y del derecho de las obligaciones en general. Más adelante volveremos en detalle sobre este específico aspecto que configura el eje central de este trabajo investigativo.

⁴⁵ Ver Artículo 66 de la Ley 446 de 1998 en concordancia con el artículo 488 del Código de Procedimiento Civil

3.4.La visión de la doctrina y la jurisprudencia sobre el acuerdo conciliatorio como negocio jurídico y críticas

La generalidad de la doctrina y jurisprudencia nuestras son coincidentes en aceptar la idea de que el acuerdo conciliatorio configura un clásico negocio jurídico. La Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia al referirse al acuerdo conciliatorio expresó que:

*“Su substrato es abierto, libre de modo tal que ella puede adoptar el contenido de cualquier acto jurídico idóneo para romper el desacuerdo, puede ser transacción, pero también puede contener otro acto, contrato o negocio jurídico que produzca como efecto la renuncia, la aceptación o la modificación de la pretensión”.*⁴⁶

La Sala de Casación Laboral de la misma Corte expresa que:

*“La conciliación es un acuerdo de voluntades sujeta para su validez y eficacia a que se cumplan los requisitos que de manera general exige el artículo 1502 de CC”*⁴⁷.

⁴⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia de 22 de noviembre de 1999 con ponencia del magistrado Nicolás Bechara Simancas.

⁴⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Sentencia de fecha 29 mayo de 2000, con ponencia de Luis Gonzalo Toro

El Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera estima que:

“De la misma manera que la transacción, la conciliación es un negocio jurídico en que las partes terminan extrajudicial o judicialmente un litigio pendiente o precaver un litigio eventual”

La validez, eficacia de ese negocio jurídico en asuntos administrativos, está condicionada a la homologación por parte del juez quien debe ejercer un control previo de la conciliación”⁴⁸

Finalmente, la Corte Constitucional, frente al acuerdo conciliatorio ha expresado:

“El derecho a la conciliación es una prerrogativa inviolable y su consumación hace tránsito a cosa juzgada, por primar la exteriorización de un acuerdo de voluntades, que es de rigor cumplir para cada una de las partes. Una cosa es un acuerdo incumplido, y otra muy distinta la nulidad del mismo. El incumplimiento de lo pactado, no anula la conciliación. Todo lo contrario, es por la eficacia de la misma que dicha conciliación presta mérito ejecutivo.

⁴⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 1 julio de 1999 con ponencia del Magistrado Ricardo Hoyos.

*El acto de conciliación es firme porque es efecto de la autonomía de la voluntad, esencia del derecho, como lo señaló Kant en la metafísica de las costumbres*⁴⁹

Agregando en otra oportunidad lo siguiente :

*“La Corte se limita a resaltar que el acta recoge lo conciliado y que su obligatoriedad surge del acuerdo voluntario de las partes, que le puede dar a lo conciliado el alcance material y temporal que ellos deseen”*⁵⁰

En lo que respecta a la doctrina nacional, ésta casi unánimemente sostiene la tesis de que el acuerdo conciliatorio es un negocio jurídico aunque con algunas variantes.

En el documento denominado Guía Institucional de conciliación en civil⁵¹ se expresa que el acuerdo conciliatorio tiene la categoría de un negocio jurídico que, por las partes que intervienen, es plurivoluntario, mediante el cual autorregulan sus intereses y debe constar por escrito en un documento de carácter público que la ley ha denominado acta de conciliación.

⁴⁹ Ver Corte Constitucional sentencia T-197 de fecha 5 de mayo de 1995, con ponencia del Honorable Magistrado Vladimiro Naranjo Mesa.

⁵⁰ Ver Corte Constitucional sentencia C-1195 de 15 de noviembre de 2001, con ponencia del magistrado Manuel José Cepeda

⁵¹ Editado por el Ministerio del Interior y de Justicia, en octubre de 2007, página 53

El tratadista Jorge Hernán Gil Echeverri utilizando una terminología que genera confusión, concluye sobre el particular que el acuerdo como tal “asume la naturaleza jurídica de un verdadero negocio jurídico” (2003, p. 159). Este autor hace una mezcla inapropiada de conceptos como acta, contrato y negocio jurídico, que merecen una reflexión y claridad.

José Roberto Junco Vargas (2002, pp. 99 y ss.) aunque no dice expresamente que el acuerdo conciliatorio configura un negocio jurídico,⁵² al referirse a los aspectos jurídico-sustanciales de la figura da a entender que si lo es, pues aplica muchos elementos de la teoría general del mismo a aspectos concretos del acuerdo conciliatorio, como las características, requisitos de existencia, validez, oponibilidad y eficacia.

Jorge Pallares Bossa (2003, p. 114) aunque tampoco lo diga expresamente y no utilice concretamente la expresión acuerdo⁵³, la cual se infiere del texto, califica el acuerdo como negocio jurídico, cuando expresa que el efecto sustancial más importante de la conciliación es que se trata de un mecanismo que sirve para crear, modificar o extinguir derechos u obligaciones entre las partes.⁵⁴

⁵² Por cuanto en el desarrollo de sus ideas habla en términos generales de la conciliación, aunque se puede intuir que se refiere al acuerdo.

⁵³ Al igual que Junco Vargas, utiliza genéricamente la expresión conciliación.

⁵⁴ Más adelante veremos que esos tres elementos constituyen el objeto de los negocios jurídicos en general.

4. APLICACIÓN DE ALGUNOS ASPECTOS DE LA TEORÍA GENERAL DEL NEGOCIO JURÍDICO A LA CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL EN DERECHO PRIVADO QUE CONFIGURAN CRITERIOS IDENTIFICADORES DE LA CALIDAD EN LA PRESTACION DEL SERVICIO

El tema de esta investigación descansa principalmente en la conexión existente entre la teoría general del negocio jurídico, como una de las fuentes de las obligaciones, con la conciliación extrajudicial en derecho privado ,lo cual ocurre no sólo al momento de producirse el resultado ideal, que es el acuerdo, sino durante todo el desarrollo de su trámite, con la finalidad de determinar la incidencia de esa aplicación en la estructuración de algunos criterios identificadores de la calidad en la prestación del servicio conciliatorio.

En este capítulo nos proponemos señalar de manera concreta y precisa, cómo aplicando adecuadamente determinados aspectos de esa teoría general del negocio jurídico al trámite conciliatorio, se generan algunos criterios que estructuran en últimas la calidad en la prestación del servicio en dicha materia.

Este asunto no es explícito en la normatividad ni en la doctrina sobre conciliación, en el país ni a nivel mundial ; tampoco la doctrina ni la jurisprudencia hacen ese tipo de conexión al estudiar los variados temas que implica la conciliación, con excepción de algunos ítems específicos como la materia conciliable, el acuerdo conciliatorio y posiblemente otros, en menor escala. Normalmente en los casos en que se hace dicha conexión, no se observa un buen manejo del tema, por una inadecuada comprensión de la teoría general del negocio jurídico y de las obligaciones. Siendo una

problemática tan amplia, nos referiremos a los aspectos específicos de la teoría general del negocio jurídico aplicables a la conciliación que consideramos de la mayor importancia.

Igualmente hemos advertido que la aplicación adecuada de la teoría general del negocio jurídico en la conciliación extrajudicial en derecho privado sirve para estructurar criterios que implican calidad en la prestación del servicio de conciliación. Pero esa aplicación no se presenta sólo en determinado momento del proceso conciliatorio, sino que puede darse en sus diferentes etapas, razón por la cual es imprescindible tratar el tema del procedimiento que se surte en la conciliación.

4.1. El proceso conciliatorio desde diferentes disciplinas.

Cuando en materia de conciliación extrajudicial en derecho nos referimos al proceso conciliatorio hacemos alusión a la serie de etapas que normalmente se surten dentro del mismo, desde su inicio hasta su finalización o cierre.

Estas etapas pueden ser enfocadas desde dos perspectivas: la primera tiene que ver con un enfoque jurídico, por cuanto al hablar de las etapas del proceso invocamos las normas sobre la materia, en tanto que la segunda, de carácter estratégico o metodológico, hace alusión a una serie de conductas ordenadas y consecutivas que deben adoptar las partes y el conciliador en aras de lograr un producto idóneo y de buena calidad.

Desde el punto jurídico el trámite del proceso conciliatorio podríamos extraerlo del análisis de las normas dispersas sobre conciliación existentes y en ese sentido está configurado por la solicitud de convocatoria, la evaluación sobre el asunto objeto del conflicto, citación a las partes, inasistencia de las mismas a la audiencia, asistencia de las partes, desarrollo de la audiencia y la conclusión del procedimiento.⁵⁵

El enfoque interdisciplinario o estratégico está sustentado en algunas técnicas que deben adoptar las partes y el conciliador para el buen suceso de su trabajo. El tratadista peruano Pinkas Flint (2003) al respecto señala:

“(...)Para cumplir eficientemente su tarea, el conciliador debe aplicar ciertas técnicas que pueden variar ligeramente según el país y los estilos desarrollados a través de la práctica, pero debemos decir que son sustancialmente las mismas. Estas técnicas se aplican a lo largo de todo el proceso de conciliación, e inclusive algunas de ellas desde la recepción de la solicitud para conciliar(...)” (p. 528).

Este autor considera que el proceso conciliatorio tiene once etapas, de las cuales, nueve se desarrollan con la presencia de las partes y las dos restantes se circunscriben a la preparación del conciliador para la sesión y al análisis crítico de su trabajo luego de finalizado el procedimiento. Cada etapa tiene un objetivo, un procedimiento y las herramientas o técnicas que el

⁵⁵ Ver más detalles de este enfoque en el libro: Hernández, 2005, pp. 41 y ss.

conciliador debe utilizar y son las siguientes: preparación, presentaciones, relato de las partes o narración de los hechos, resúmenes, elaboración de la agenda, exploración de los temas, sesiones privadas, negociación, acuerdo, cierre de la conciliación y análisis crítico (2003, pp. 258 y ss.).

Los tratadistas colombianos Jaidivi Núñez Varón, Alfredo Revelo Trujillo y José Octavio Zuluaga (2008) señalan que

“(...) El procedimiento de la mediación busca brindar pautas para la aplicación de un método a través de una estrategia que fomente la comunicación como elemento primordial en la solución de controversias y facilite la negociación, abriendo así un campo de posibilidades, que deje de lado discusiones jurídicas que no aportan a la solución de la controversia. En efecto, se trata de garantizar un diálogo basado en la exploración de los verdaderos intereses y en la expresión del querer y voluntad de las partes frente a las posibles alternativas de solución (...)” (p. 137).

Estos autores proponen un método de trabajo que comprende cinco fases, las cuales inician cuando el conciliador conoce la voluntad de las partes de participar en el proceso hasta la culminación del mismo independientemente del resultado obtenido. Estas fases son las siguientes (2008, p 138 y ss.):

Fase de preparación, en la que el conciliador planifica los elementos a tener en cuenta para llevar a cabo la conciliación, que comprenden tanto la

parte logística como la solicitud de conciliación; esta etapa, según los autores citados, comprende los siguientes aspectos: la solicitud, la escogencia del conciliador, lectura del caso y preparación de la agenda, la invitación a las partes, la planeación operativa y el reporte de chequeo (pp. 140 y ss.);

Fase de aproximación con las partes, que se presenta cuando el conciliador y las partes entran en contacto personal para dar inicio a la reunión, en la cual, aquel orienta sobre la figura y plantea instrucciones y pautas para el desarrollo de la audiencia. Esta etapa comprende saludo de bienvenida a las partes, ubicación de las partes, presentación de las partes y del conciliador, ambientación en la figura de la conciliación y compromiso de confidencialidad (pp. 154 y ss.).

Fase de catarsis, que es el proceso mediante el cual el conciliador realiza un intercambio de información con las partes, las escucha activamente e interactúa con ellas, con la finalidad de determinar claramente la controversia presentada entre ellas, que sirva de orientación al conciliador para estructurar de manera conjunta formulas de solución viables. En esta etapa se desarrollan las siguientes actividades: presentación de los hechos y pretensiones por cada parte, síntesis del conciliador y complementación de información sobre el conflicto planteado mediante la técnica de preguntas y las reflexiones del conciliador frente a los planteamientos de las partes (pp. 164 y ss.).

Fase de planteamiento y evaluación de opciones. En esta fase el conciliador explora con las partes las posibles soluciones de arreglo del conflicto, con la finalidad de evaluarlas y escoger la de mayor aceptación entre

ellas, para proceder a hacer un proceso de negociación que permita alcanzar un acuerdo satisfactorio para ambas. Comprende actividades como lluvia de ideas de las partes, escogencia de la alternativa, proceso de negociación, reuniones privadas⁵⁶ y aplicación de técnicas especiales que lleven a la reflexión (pp. 178 y ss.).

Fase de construcción del acuerdo y clausura. En esta fase se precisan los resultados de la conciliación, independientemente de que se haya llegado a un acuerdo o no y se procede al cierre de la reunión. Comprende los siguientes elementos: resumen de los compromisos, puntos del acuerdo, estructuración del documento, consideraciones finales y despedidas (pp. 209 y ss.).

Sin dejar de destacar la importancia que tienen ambas concepciones sobre el proceso conciliatorio,⁵⁷ las cuales pueden mirarse como complementarias y omnicomprensivas del proceso, debemos destacar en todo caso, que el enfoque metodológico o estratégico, por regla general, guarda silencio sobre aspectos jurídicos que son relevantes, merecen un reconocimiento expreso y un tratamiento especial profundo. Así tenemos, que quienes trabajan el enfoque estratégico, si acaso se refieren a temas jurídicos importantes de la conciliación extrajudicial en derecho, ese tratamiento no obedece a una profundidad jurídica, tal como por ejemplo se puede evidenciar en el tema del título ejecutivo, la cosa juzgada, la interrupción de la prescripción y otros.

⁵⁶ Estas reuniones privadas, conforme a los autores, tienen como objetivos descubrir los verdaderos intereses de las partes, profundizar las posiciones de las partes frente a las alternativas y proponer alternativas sin perder la neutralidad.

⁵⁷ La jurídica y la estratégica.

Para efectos de este trabajo investigativo, trataremos de ahondar en algunos temas relacionados con la teoría general del negocio jurídico y del derecho de las obligaciones, que se encuentran presentes en el proceso conciliatorio, desde su inicio hasta su terminación, razón por la cual el enfoque es eminentemente jurídico de carácter sustancial. Lo anterior para efectos de determinar que el adecuado manejo de estos temas tiene incidencia en la estructuración de criterios identificadores de calidad en la prestación del servicio de conciliación extrajudicial en derecho privado.

4.2. Aspectos puntuales de la teoría general del negocio jurídico aplicables en algunas etapas del proceso conciliatorio

Trataremos de analizar algunos temas puntuales de la teoría general del negocio jurídico y de las obligaciones, aplicables a la conciliación extrajudicial en derecho privado en diferentes etapas del proceso , en el mismo orden en que se dan las mismas desde su inicio.

4.2.1. Los efectos de la solicitud de conciliación

Dispone el artículo 21 de la ley 640 de 2001 que la presentación de la solicitud de conciliación suspende el término de prescripción o de caducidad, según el caso, hasta que se logre el acuerdo conciliatorio o hasta que el acta de conciliación se haya registrado en los casos que ello amerite o hasta que se expidan las constancias a que se refiere el artículo 2 de la ley 640 de 2001 o hasta que se venza el término de los tres meses a que se refiere el artículo 20

de la misma ley, lo que ocurra primero. Esta suspensión operará por una sola vez y será improrrogable.

No obstante que la norma en cita no tiene mucho comentario que formular, debido a su aparente claridad en la redacción, existe un tema específico que amerita unas reflexiones: Se trata de determinar si la solicitud de conciliación genera como efecto la suspensión de la prescripción o de la caducidad de la acción judicial que es necesario plantear para la resolución del conflicto a través de los jueces o si dicho efecto es la interrupción de las mismas.

Si examinamos la norma desde el punto de vista exegético la conclusión es muy simple: la norma es clara al hablar de “suspensión”. Pero el asunto no puede concluir allí, pues es necesario desentrañar el sentido de la norma, aplicando las reglas de hermenéutica pertinentes.

Compartimos el sentir del tratadista David Mercado Pérez (2008) quien expresa que nuestro ordenamiento jurídico se inclina por la interpretación evolutiva del derecho, pues las normas deben interpretarse según el sentido propio de sus palabras y que este sentido debe deducirse, más que por su tenor literal, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y los legislativos y sobre todo de acuerdo con la realidad social del tiempo en que se aplica; lo fundamental es el espíritu y finalidad de las palabras y no su expresión literal, lo que implica una interpretación variable en el tiempo, pues el contexto varía con el transcurso de los años (p. 85).

Para esta labor interpretativa utilizaremos argumentos relacionados con los métodos de interpretación legal, denominados literal o gramatical, sistemático, histórico y teleológico o finalista.

4.2.1.1. Interpretación literal o gramatical⁵⁸ y sistemática.⁵⁹

El artículo 28 del estatuto civil dispone que:

“Las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras; pero cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, se les dará en éstas su significado legal”

En el lenguaje común y corriente suspensión e interrupción prácticamente tienen el mismo significado. Suspensión –según el Diccionario de la Real Academia Española– es la acción y efecto de suspender o suspenderse (1984, p. 1274) y suspender es detener o diferir por algún tiempo una acción u obra (1984, p. 1274). Interrupción es la acción y efecto de interrumpir y ésta es cortar la continuidad de una cosa en el lugar o en el tiempo (1984, p. 783).

⁵⁸ En cuanto al significado técnico jurídico utilizado en el área de la prescripción de las acciones judiciales

⁵⁹ En tanto que es necesario conectar la norma objeto de examen con otra parte del ordenamiento jurídico que específicamente trata el tema.

Sin embargo en el lenguaje jurídico los dos términos, suspensión e interrupción, tienen alcances, significados y efectos diferentes, como pasamos a verlo seguidamente. Para arribar a esta conclusión es necesario hacer una conexión entre la norma citada con otra parte del ordenamiento jurídico, en aras de hacer una interpretación coherente.

En el libro cuarto del Código Civil colombiano dedicado a las obligaciones en general y los contratos, encontramos el título XLI dedicado a la regulación de la prescripción; concretamente el capítulo III se refiere al estudio de la prescripción como medio de extinguir las acciones judiciales y se distinguen los conceptos de suspensión e interrupción de la prescripción.

Conforme al artículo 2539 del Código Civil, la prescripción que extingue las acciones judiciales, puede interrumpirse de manera natural o civilmente. En el primer caso se interrumpe por el hecho de que el deudor reconozca la obligación, sea expresa o tácitamente y en el segundo evento se interrumpe por la demanda judicial, salvo los casos enumerados en el artículo 2524 del Código Civil.

En cambio, la suspensión opera a favor de los incapaces y, en general, de quienes se encuentren bajo tutela o curaduría. No se contará el tiempo de prescripción en contra de quien se encuentre en imposibilidad absoluta de hacer valer su derecho, mientras dicha imposibilidad subsista.⁶⁰

⁶⁰ Artículo 2530 del Código Civil.

El tratadista Fernando Hinestrosa (2002, pp. 828 y ss.), invocando a Azzaritti y Scarpello, al abordar el estudio de las dos instituciones, sostiene que la suspensión consiste en una prescindencia del tiempo, es decir, una detención del curso del término útil debido a una causa existente al momento en que el término de prescripción debería empezar a correr o sobrevinida mientras esté transcurriendo y se justifica como una medida de protección para las personas que por motivos señalados en las leyes se encuentren en imposibilidad de hacer valer sus derechos, como los incapaces.

Es preciso destacar que la suspensión no opera para las prescripciones de corto tiempo, tal como lo señala el artículo 2544 del Código Civil⁶¹.

La interrupción consiste en el advenimiento de un hecho incompatible con los presupuestos axiológicos de la figura de la prescripción, pues supone imaginar una conducta del titular del derecho incompatible con cualquier posibilidad de abandono (Hinestrosa, 2002, p. 833).

La interrupción de la prescripción se clasifica en natural o civil. La primera se configura con una actividad del deudor o de éste con el acreedor tendiente al reconocimiento expreso o tácito de la obligación, lo cual podría hacerse, por vía de ejemplo, solicitando plazos, pagando intereses, novándola y, en general, aceptando la obligación.

⁶¹ Modificado por el artículo 11 de la Ley 791 de 2002

La interrupción civil, que es la que mayor interés reviste para efectos de este trabajo, consiste en un acto formal que puede consistir en una demanda, en la solicitud de convocatoria de un Tribunal de Arbitramento, si existe previamente cláusula compromisoria, el simple requerimiento para las denominadas prescripciones de corto tiempo o el simple reclamo escrito del trabajador para las obligaciones laborales (Hinestrosa, 2002, p. 835).

Además, el artículo 90 del Código de Procedimiento Civil constituye otra aplicación clara, similar a la vista, del concepto de interrupción de la prescripción, pues, conforme a dicha norma, la presentación de la demanda interrumpe el término para la prescripción e impide que se produzca la caducidad. La única diferencia radica en que, dentro del proceso judicial, la demanda es el acto que interrumpe la prescripción, en tanto que en el trámite conciliatorio lo es la solicitud de conciliación, además de que tal interrupción opera si se dan determinadas circunstancias fácticas que están señaladas en el artículo 90 citado y en el artículo 21 de la ley 640 de 2001.

Concluimos que cuando el artículo 21 de la ley 640 de 2001 dispone que la presentación de la solicitud de conciliación “suspende el término de prescripción o de caducidad” lo que quiso significar es que “interrumpe dicho término” dentro de la modalidad de interrupción civil, por cuanto se trata de un acto jurisdiccional propio del acreedor que es incompatible con la negligencia propia de quienes no reclaman sus derechos a tiempo.

Se trata de un acto jurisdiccional equivalente a la demanda, pues hoy no existe duda alguna que la conciliación es un esquema de administración de

justicia, solo que es diferente al proceso judicial, tal como con vehemencia lo señalan los artículos 116 inciso cuarto de la Constitución Nacional, 8 y 13 numeral 3 de la ley 270 de 1996.

4.2.1.2. Interpretación histórica.⁶²

Si hacemos un rastreo histórico a la norma objeto de análisis⁶³ es fácil entender el propósito que tuvo el legislador para su implantación. El asunto inició con el artículo 68 de la ley 446 de 1998 que consagró la conciliación como requisito de procedibilidad para acudir a la jurisdicción en asuntos laborales, de conformidad con lo establecido en esa ley.

Esta norma y otras adicionales fueron demandadas por inexecutable, con el argumento básico de que violaba el derecho de acceso a la administración de justicia; la Corte Constitucional en la sentencia C-160 de 1999, con ponencia del Magistrado Antonio Barrera Carbonell, la declaró inexecutable por no consagrar condiciones legales mínimas para el acceso a la justicia. Los argumentos que expresó la Corte Constitucional en dicha sentencia se pueden sintetizar en los siguientes: ausencia de medios materiales y personales para cumplir adecuadamente con la prestación del servicio de conciliación obligatoria; falta de determinación en la ley de los conflictos conciliables; ausencia de determinación expresa de si la conciliación agota o no la vía gubernativa; falta de señalamiento de un término preciso para

⁶² Consiste en indagar los antecedentes históricos de la norma que se interpreta, para desentrañar su espíritu, para lo cual se toman en cuenta las circunstancias y motivaciones que en su momento llevaron a la adopción de la norma, circunstancias que pueden ser socio políticas, económicas y culturales del momento. Ver: Naranjo, 2006.

⁶³ Artículo 21 de la Ley 640 de 2001

agotarla y ausencia de precisión en cuanto a si la solicitud de conciliación interrumpe los términos prescripción y caducidad. Me permito transcribir textualmente el pensamiento de la Corte Constitucional sobre este particular:

*“No habría ningún problema en admitir la posibilidad de establecer la conciliación prejudicial en materia laboral, como requisito de procedibilidad, con miras a realizar los fines constitucionales antes mencionados, siempre que se den las siguientes condiciones.....IV) **que se establezca que la petición de conciliación interrumpe la prescripción de la acción;** V) que se determine un tiempo preciso durante el cual se debe intentar la conciliación, expirado el cual las partes tienen libertad para acceder a la jurisdicción laboral.”*

Finaliza la Corte Constitucional con estas conclusiones:

*“No se prevé en la normatividad acusada si la petición de conciliación **interrumpe** o no el término para la prescripción de la acción. Podría pensarse que aquella sí **interrumpe** ésta, en cuanto se pueda asimilar dicha petición al reclamo escrito al empleador que prevé la ley sustancial (CST, art. 489) para **interrumpir** la prescripción. Sin embargo, existen opiniones divergentes, en el sentido de que no es viable una extrapolación de dicha norma, a efecto de regular una cuestión esencial en la institución de la conciliación que corresponde al legislador.*

*La indeterminación normativa sobre las materias antes mencionadas ha conducido a que no exista certeza para los operadores jurídicos en cuanto a los asuntos que están excluidos de la conciliación prejudicial, la compatibilidad o incompatibilidad entre vía gubernativa y conciliación, **la interrupción** o no de la prescripción por la presentación de la petición de conciliación, todo lo cual da lugar a la aplicación de criterios disímiles que hacen en extremo difícil la labor de los conciliadores y que inciden en la garantía del acceso a la justicia” (Las negrillas no corresponden al texto).*

Todas las glosas que formuló la Corte Constitucional como condición para que pudiera entrar en vigencia la conciliación extrajudicial en derecho laboral como requisito de procedibilidad fueron atendidas por el legislador de la ley 640 de 2001; es más, casi podría afirmarse que esta ley fue una respuesta a los requerimientos de la sentencia C-160 de 1999, tal como puede advertirse de su lectura general.

Como conclusión de este método de interpretación podríamos sostener:

A. Que el artículo 21 de la ley 640 de 2001 es una respuesta a las glosas que planteó la Corte Constitucional en la sentencia C-160 de 1999;

B. Que la Corte Constitucional, al abordar el tema en su sentencia, es más técnica en la utilización de términos, pues siempre se refirió a la interrupción de la prescripción;

C. Que, aunque la Corte Constitucional, en la sentencia analizada se refirió al examen de constitucionalidad de una norma referida solamente a la conciliación extrajudicial en derecho como requisito de procedibilidad en materia laboral, sus argumentos fueron expuestos de manera general, razón por la cual cobijó tanto la conciliación voluntaria como la obligatoria, así como también para la conciliación extrajudicial en derecho aplicable a cualquiera de las áreas del derecho: civil, comercial, familia, administrativo, etc. Evidencia de ello es que el artículo 21 de la ley 640 de 2001 se encuentra ubicado en la parte general de la conciliación extrajudicial en derecho⁶⁴ y no en la parte especial relacionada con áreas específicas del derecho, que son los capítulos siguientes.

D. Que, como consecuencia de todo lo dicho, el legislador entendió que los términos suspensión e interrupción, aplicados a la prescripción de las acciones judiciales, tienen el mismo significado del lenguaje común y corriente, razón por la cual utilizó ese término.

Lo anterior fue reconocido expresamente por la Corte Constitucional en la sentencia C-1195 del 15 de noviembre de 2001, con ponencia de los Magistrados Manuel José Cepeda Espinosa y Marco Gerardo Monroy Cabra, al analizar la exequibilidad de algunas normas de la ley 640 de 2001.

En este momento histórico la Corte Constitucional hace el reconocimiento expreso de que las deficiencias de diseño normativo plasmadas

⁶⁴ Capítulo IV de la Ley 640 de 2001

en la sentencia C-160 de 1999 fueron subsanadas por la ley 640 de 2001, en los siguientes términos:

A. Examen del cumplimiento de los requisitos materiales comunes para aplicar la conciliación prejudicial obligatoria

“En primer lugar, como quiera que la Ley 640 de 2001 regula de manera uniforme la determinación de la existencia de suficientes recursos materiales y humanos para adelantar las conciliaciones, el establecimiento de la interrupción de la prescripción y de la caducidad de la acción con la presentación de la petición de conciliación y la determinación de un tiempo preciso durante el cual se debe intentar la conciliación, la Corte estudiará si las disposiciones acusadas cumplen estos requisitos”

Concretamente, en cuanto los efectos de la solicitud de conciliación extrajudicial en derecho, dijo la Corte Constitucional lo siguiente:

B. La interrupción de la prescripción o de la caducidad de la acción con la presentación de la petición de conciliación

De conformidad con lo señalado por la Corte en la sentencia C-160 de 1999, con el fin de evitar que la conciliación prejudicial obligatoria impusiera una carga excesiva a las partes, que pudiera impedir de manera definitiva el

acceso a la justicia formal estatal, la Corte exigió que se estableciera *“que la petición de conciliación, interrumpe la prescripción de la acción”*.

“Este requisito fue recogido expresamente en el artículo 21 de la Ley 640 de 2001, que dice (...). Esta disposición, sobre la cual la Corte no emite juicio constitucional alguno, autoriza, por una sola vez y de manera perentoria, la suspensión del término de prescripción o de caducidad, no prorrogable ni siquiera en el evento en que las partes decidan por mutuo acuerdo posponer la celebración de la audiencia en un período superior a tres meses, con lo cual se elimina la posibilidad de que las partes se aprovechen de este mecanismo para impedir la prescripción o la caducidad de la acción. Con esta disposición se cumple el otro de los requisitos señalados por la Corte, para la constitucionalidad del requisito de procedibilidad”

4.2.1.3. Interpretación teleológica o finalística.

Este método de interpretación se inspira en el fin que persigue la norma (Naranjo, 2006, p. 436); y se encuentra regulado en el artículo 27 del Código Civil, conforme al cual:

“Bien se puede, para interpretar una expresión oscura de la ley, recurrir a su intención o espíritu, claramente manifestado en ella misma o en la historia fidedigna de su establecimiento”.

Sin lugar a dudas, el fin que persigue la consagración legal del efecto de la presentación de la solicitud de conciliación extrajudicial en derecho, consistente en interrumpir la prescripción y la caducidad, radica básicamente en la protección de los derechos del acreedor que, al solicitar el trámite de la misma, exterioriza su voluntad de ejercer su derecho, voluntad que es incompatible con la desidia de quien, dejando transcurrir los términos para accionar, deja prescribir el derecho propiamente dicho.

En el caso concreto esta norma, tiene, además, la finalidad de que al acreedor no le vaya a prescribir el término para presentar su demanda, mientras intenta agotar un trámite conciliatorio, que eventualmente podría demorarse por circunstancias ajenas a su voluntad, lo cual constituye la preocupación soslayada por la Corte Constitucional en la sentencia C-160 de 1999, pero que, en la terminología de la misma, constituye violación del derecho acceso a la administración de justicia.

- Importancia de esta interpretación.

La conclusión que viene adoptada en este aparte, consistente en que el artículo 21 de la ley 640 de 2001 no debe interpretarse como “suspensión”, tal cual está escrito, sino como “interrupción de la prescripción y de la caducidad”, no tiene un sentido simplemente semántico; pues las repercusiones son bien importantes para el acreedor y por ende para su derecho de acceso a la administración de justicia.

Una de las grandes diferencias entre “suspensión” e “interrupción” de la prescripción de la acción judicial radica en la manera de contar el término, pues mientras en la suspensión el término se detiene y continúa su curso descontado solamente el periodo de suspensión, en la interrupción el término inicia de nuevo su recorrido.

Es elocuente la comparación que en este sentido plantea Mazeaud y Chabas (citado en Hineirosa, 2002):

“El curso normal del término se puede ver entorpecido por algunos incidentes que interrumpen o que solamente suspenden la prescripción....La interrupción acaba con la prescripción al borrar retroactivamente todo el tiempo transcurrido, de forma que después de la interrupción, la prescripción vuelve a comenzar, el tiempo anterior no se cuenta. Por el contrario, la suspensión de la prescripción es una simple detención del tiempo en el decurso del término; no borra el tiempo pasado; mientras obra la causa de la suspensión el término no corre; pero en cuanto cesa dicha causa, la prescripción retoma la cuenta donde quedó; el tiempo nuevo se suma al anterior”

Como lo dice el maestro Fernando Hineirosa la suspensión consiste en una prescindencia del tiempo y se explica como una medida de protección de las personas que, por motivos taxativamente señalados por las normas, se encuentran en imposibilidad de hacer valer su derecho, como en el caso de los menores, dementes, sordomudos y quienes estén bajo patria potestad o curaduría (2002, p. 828).

En tanto que la interrupción, según el mismo autor:

“Consiste en el advenimiento de un hecho incompatible con los presupuestos axiológicos de la prescripción, al punto de que el tiempo transcurrido hasta entonces se borra, sus efectos se destruyen, lo cual da lugar a una nueva iniciación de la cuenta, prescindiendo del tiempo anterior” (2002, p. 833).

De lo anterior se concluye que la interpretación que hemos realizado consulta más con el significado jurídico del fenómeno de la interrupción y es más garantista para el acreedor, en cuanto amplía el término para ejercitar el derecho fundamental de acceso a la justicia.

Para finalizar es importante destacar que este enfoque interpretativo es aplicable al trámite conciliatorio en cualesquiera área del derecho en que nos encontremos: civil, comercial, familia, administrativa, laboral, penal, etc.

4.2.2. La materia conciliable en la conciliación extrajudicial en derecho privado

Este es otro de los temas que permite hacer un enlace o conexión entre la teoría del negocio jurídico y la conciliación y que resulta de verdadera importancia para la debida actuación del conciliador y las partes.

Si examinamos la literatura sobre este específico tema, encontramos una problemática que merece solución, pues confunde y desorienta a los operadores de la conciliación y en general a quienes intervienen en su trámite.

Lo trataremos en el siguiente orden: primero, describiremos la regulación legal con su correspondiente análisis; en segundo término, la concepción de la doctrina y la jurisprudencia seguida de las críticas pertinentes y finalmente nuestras recomendaciones para abordar la materia conciliable desde la perspectiva de la teoría general del negocio jurídico.

4.2.2.1. La materia conciliable en la conciliación extrajudicial en derecho privado, desde la perspectiva de su regulación legal. Críticas.

Una revisión de la legislación existente, nos permite contextualizar la materia conciliable en derecho privado bajo los siguientes términos:

El artículo 65 de la ley 446 de 1998 al referirse al tema de la materia conciliable señala textualmente que serán “conciliables todos los asuntos susceptibles de transacción, desistimiento y aquellos que expresamente determine la ley”.

Posteriormente la ley 640 de 2001 reiteró la misma idea, con una variable, al señalar en el artículo 19 que serán conciliables “todas las materias que sean susceptibles de transacción, desistimiento y conciliación”.

Al romper se advierte que una de las primeras evidencias que nos muestran las dos normas transcritas, es que señalan el camino que debemos seguir para encontrar la materia conciliable, pues, según ellas, lo conciliable es lo susceptible de transacción, desistimiento y todo aquello que expresamente determine la ley. En conclusión, de esta norma se deduce que la materia conciliable debemos buscarla en tres frentes: en la figura contractual de la transacción, en la figura procesal del desistimiento y finalmente en el resto del ordenamiento jurídico donde expresamente lo determine la ley.

En nuestra obra denominada “La Conciliación Extrajudicial en Derecho como Requisito de Procedibilidad” (2005), dedicamos un capítulo especial a este tema y concluimos que la concepción del legislador en materia de regulación de los asuntos conciliables fue desafortunada desde el punto de vista jurídico, por cuanto el camino que trazó al operador de la conciliación no conduce de manera definitiva a encontrar dicha materia (p. 61 y ss.).

En efecto, rastreando la figura de la transacción⁶⁵, no encontramos qué asuntos son transigibles de manera detallada, razón por la cual este camino trazado por la ley resulta frustrado. Lo rescatable de esta vía es que dentro de

⁶⁵ No sólo desde el punto de vista sustancial, es decir, como contrato regulado en el estatuto civil, sino procesal, como forma anormal de terminación de los procesos judiciales, regulada en el Código de Procedimiento Civil.

la figura de la transacción se señalan algunos asuntos que no pueden ser transigibles⁶⁶ y que por tanto no serían conciliables, como los relacionados con el estado civil de las personas⁶⁷, alimentos obligatorios futuros en cuanto impliquen renuncia, cesión o compensación de su titular⁶⁸, sobre litigio terminado⁶⁹, sobre derechos ajenos y derechos inexistentes.⁷⁰

En lo que respecta a la materia susceptible de desistimiento, en las normas sobre el particular⁷¹ tampoco existe disposición alguna que señale qué asuntos no son desistibles, para que por extensión se entienda cuáles no son conciliables, pues tales normas se limitan a regular la figura del desistimiento en cuanto a su concepto, presentación del memorial que lo contiene, efectos, facultad de ciertas personas para desistir, costas, etc.

Finalmente, en lo que atañe a los asuntos que expresamente determine la ley, tampoco el camino conduce a encontrar la materia conciliable, pues, por regla general y salvo casos excepcionales para ciertas materias, no existe en la ley una relación de asuntos que expresamente se califiquen como conciliables.

La razón de esto es muy sencilla: el legislador sólo regula temas sobre conciliación cuando legisla puntualmente sobre la materia, en los demás casos no. Y cuando el legislador se dedica puntualmente a la materia conciliable, casi siempre lo hace para indicar que determinado asunto no es conciliable y no al

⁶⁶ Un estudio más detallado de estos temas puede consultarse en: Hernández, 2005, pp. 66 y ss.

⁶⁷ Sobre el particular puede consultarse el artículo 2473 del Código Civil.

⁶⁸ Pueden consultarse los artículos 2474, 424 y 425 del Código Civil.

⁶⁹ Tal como lo consagra el artículo 2478 del Código Civil.

⁷⁰ Puede consultarse los artículos 2470 y 2475 del Código Civil.

⁷¹ Artículos 342 a 345 del Código de Procedimiento Civil

revés, como lo supone la norma analizada. Por ejemplo en materia administrativa se excluyó de la materia conciliable los conflictos de carácter tributario.⁷²

4.2.2.2. La materia conciliable en la conciliación extrajudicial en derecho privado, desde la perspectiva de la doctrina y la jurisprudencia. Críticas.

Una revisión del tema permite concluir que la doctrina especializada sobre la materia en Colombia y la jurisprudencia han abordado el tema desde diferentes perspectivas o enfoques, como pasamos a mostrarlo:

- **Se relaciona la materia conciliable con la libre disposición de derechos.**

Se puntualiza que la materia conciliable tiene relación directa con la libre disposición de derechos por parte de los sujetos que se encuentran en conflicto y pretenden llegar a un acuerdo. Esta posición es asumida por autores como Jorge Hernán Gil Echeverri (2003), quien al respecto expone que la conciliación procede en aquellos asuntos donde las partes tienen libre disponibilidad de sus derechos, resultando válido el acuerdo, tanto si se reconoce la totalidad del derecho reclamado como si renuncia completamente a éste. (p. 152). Asimismo concluye que el principio de disponibilidad de derechos propios se encuentra limitado en el ámbito del derecho de familia, por la primacía de los derechos del menor.

⁷² Artículo 2, párrafo primero del decreto 1716 del 14 de mayo de 2009.

Otros autores comparten el criterio de disponibilidad, entre los cuales merecen destacarse Jorge Pallares Bossa (2003, pp. 105 – 106) y José Roberto Junco Vargas (2002, pp. 128 y ss.).

Estima éste último que la disponibilidad del derecho tiene relación íntima con la materia transigible y se fundamenta en el artículo 15 del Código Civil, en cuanto se puede disponer de todo aquello que sea de estricto interés particular de quien dispone, es decir, de los derechos subjetivos particulares siempre que tal renuncia no esté prohibida por la ley, para concluir que no se puede disponer sobre asuntos que atenten contra el orden público y las buenas costumbres, señalando como ejemplos los derechos de la personalidad, pactos sobre sexo, la familia, derechos de los menores, patria potestad y otros.

Héctor Romero Díaz (2006, p. 86 y ss.) invocando los artículos 15 y 16 del Código Civil señala que tales normas establecen el principio general de la disponibilidad y del postulado de derecho privado según el cual puede disponerse de todo, salvo de lo que esté prohibido, para concluir que “en principio puede disponerse de todo cuanto sea patrimonial y de interés privado”.

La Corte Constitucional⁷³ señaló respecto de la materia conciliable lo siguiente:

“La conciliación es un mecanismo excepcional, porque dependiendo de la naturaleza jurídica del interés afectado, solo algunos de los asuntos que podrían ser sometidos a una decisión jurisdiccional, pueden llevarse ante una audiencia de conciliación. En general, son susceptibles de conciliación los conflictos jurídicos que surgen en relación con derechos disponibles y por parte de sujetos capaces de disponer”

- **Se relaciona la materia conciliable con la materia transigible.**

Para desarrollar el presente acápite, empezaremos por señalar la posición del tratadista Jorge Hernán Gil Echeverri (2003, p. 77) quien plantea la tesis de que lo transigible no se encuentra estructurado sobre la base de la disponibilidad del derecho en juego, sino sobre la litigiosidad del mismo:

“Retomando la idea, la transacción, contrariamente a lo sostenido por la doctrina y jurisprudencia mayoritaria no está estructurada sobre la base de la disponibilidad del derecho sino sobre la base de la litigiosidad del derecho, así se desprende del tenor literal

⁷³ Corte Constitucional. Sentencia C-893/2001 con ponencia de la honorable magistrada Clara Inés Vargas Hernández.

del artículo 2469 C.C.: Las partes terminan un litigio pendiente o precaven uno eventual”

En criterio del profesor Jorge Pallares Bossa (2003, p. 152) parte del presupuesto de que la gran mayoría de los asuntos son conciliables y sólo unos pocos precisados por la ley no lo son, porque inicialmente, casi todo es susceptible de transacción.

El tratadista José Roberto Junco Vargas (2002, p. 77) en principio pareciera delimitar la materia conciliable a la susceptible de transacción; sin embargo más adelante (pp. 91 y ss.) cuando entra a analizar las diferencias entre conciliación y transacción, introduce algunas variantes o matices a su tesis inicial, que se refieren a la naturaleza jurídica de cada una de las figuras, su obligatoriedad, los sujetos que intervienen, la clase de acto, su formalidad, el instrumento que las contiene, el alcance de las concesiones, mecanismo de su invalidación, aprobación u homologación y otros factores. Al examinar el objeto que comprende cada una de estas figuras estima que no todo lo que es objeto de transacción es objeto de conciliación y termina concluyendo que:

“El objeto de la conciliación sigue siendo más restringido que el de la transacción, pues a nuestro entender hay normas especiales del Código de Procedimiento Civil que quedan plenamente vigentes que prohíben expresamente la práctica de la conciliación restringiéndola en algunos procesos, que por la naturaleza del litigio el legislador consideró improcedente, pero que sí podrán ser objeto de transacción,

por ejemplo, en los procesos de declaración de pertenencia, pago por consignación sin oposición, divisorios, de expropiación, etc.” (p. 91)

En el mismo sentido, José Ignacio Castaño García (2004, pp. 52 y ss.) califica lo dispuesto en el artículo 65 de la ley 446 de 1998 como el entorno general de la materia conciliable y estima que, conforme a la normatividad sobre el contrato de transacción la materia conciliable es absolutamente amplia y las limitantes se encuentran expresadas en los casos señalados por las normas que regulan dicha figura. Considera que la regla general es la materia conciliable y la excepción son los asuntos que no sean transigibles o desistibles.

En consonancia con lo anteriormente señalado, Melba Arias Londoño (2003, pp. 113 - 114) considera como no conciliables los asuntos no susceptibles de transacción y a éstos los define como de naturaleza eminentemente público o de alto interés comunitario como la nacionalidad de las personas, las fronteras de la patria o referidos a delitos graves como narcotráfico, homicidio doloso o terrorismo; asuntos de orden público, derechos ajenos, litisconsorcio y los prohibidos en el contrato de transacción.

Sobre el particular, Héctor Romero Díaz (2006, p. 151) considera que la transacción y la conciliación son instituciones equivalentes y para sustentar su afirmación invoca a un sector de la doctrina procesal colombiana.

Jorge Flórez Gacharná (2004, p. 69) estima que un asunto civil o comercial es conciliable cuando reúne tres requisitos: que se trate de conflictos patrimoniales o extrapatrimoniales originados en algunas de las fuentes de las obligaciones civiles o mercantiles; que sea susceptible de transacción, es decir, asuntos o derechos sobre los cuales sus titulares tengan poder de disposición y finalmente que no exista prohibición legal de transar o conciliar sobre el mismo.

Martha Eugenia Lizcano Miranda (2006, p. 227 – 228) igualmente señala los tres requisitos mencionados por Flórez Gacharná, pero expresa que los mismos se extraen de la obra del Ministerio del Interior y de Justicia denominado “La conciliación en el derecho civil” de Juan Carlos Varón Palomino; seguidamente menciona una lista de asuntos conciliables y no conciliables; concretamente en materia de familia señala casi que de manera taxativa varios casos de asuntos no conciliables.

- La materia conciliable como regla general y lo no conciliable como excepción por vía negativa legal expresa.

Empezaremos señalando el criterio del tratadista Gil Echeverri (2003, p. 69) quien considera que existe una competencia general para conciliar y que es difícil encontrar asuntos no conciliables, desistibles o transigibles en todas las áreas del derecho, por cuanto para que un asunto sea no conciliable el legislador debe disponerlo expresamente por vía negativa y de excepción.

Similar criterio sostiene Jorge Pallares Bossa (2003, p. 103) para quien la gran mayoría de los asuntos son conciliables y sólo unos pocos, precisados por la ley, no lo son.

A su turno, Castaño García (2004, p. 53), enfoca la amplitud de la materia conciliable sobre la base de la materia transigible, hasta el punto de que las limitantes se encuentran en los casos dispuestos expresamente por la ley, como el estado civil y otros que hacen parte de la normatividad sobre transacción. Estima que la regla general es la materia conciliable y la excepción son los asuntos que no sean transigibles y desistibles.

Héctor Romero Díaz (2006, p. 86) comenta que, en principio, puede disponerse de todo cuanto sea patrimonial y de interés privado; solo exceptúa de la materia conciliable aquello que la ley no permita disponer por mandato expreso que estima el legislador como orden público.

- Lo conciliable relacionado con la capacidad de los sujetos en conflicto para disponer de sus derechos.

Pallares Bossa habla de capacidad para disponer del derecho en cuestión (2003, p. 105).

A su turno, el tratadista José Roberto Junco Vargas (2002, p. 105) menciona dentro de los casos de materia no conciliable cuando una de las partes se encuentra representada por curador ad-litem.

- La materia conciliable relacionada con la materia objeto del conflicto

El tratadista Jorge Hernán Gil Echeverry equipara las dos nociones y al colocar un ejemplo concluye que “las diferencias que se presentan en relación con la validez de un contrato y las consecuencias que podrían originarse de dicha invalidez, no son susceptibles de conciliación” (2003, p. 75).

- La materia conciliable relacionada con la materia desistible

Son pocos los autores que hacen alusión a este tema; entre ellos merece destacarse José Ignacio Castaño García (2004, p. 53) para quien todo lo que se lleva ante el conocimiento de un juez es desistible.

- La materia no conciliable

Al momento de definir la materia no conciliable, la doctrina y la jurisprudencia ha señalado diversos criterios para ello. Veamos.

Jorge Hernán Gil Echeverry plantea diversos factores determinantes de la materia no conciliable, así: lo no conciliable se encuentra determinado por vía negativa y de excepción por el legislador (2003, p. 69); no son conciliables aquellos asuntos en que se comprometa el orden público; igualmente plantea una controversia sobre el concepto de autonomía de la voluntad, por cuanto estima que se trata de una noción gaseosa; en esta materia hace una diferencia entre derecho privado y derecho de familia, por cuanto en las relaciones de derecho privado las partes pueden disponer libremente de sus derechos y bienes en tanto que en las relaciones de familia no, por cuanto en ésta la noción de orden público es más fácil de precisar por lo taxativo de la ley (p. 78); finalmente entiende que el concepto de “derechos mínimos” de que trata la ley de conciliación no encaja en los asuntos civiles o mercantiles porque es posible jugar con el principio del todo o nada (p. 152).

Por otra parte, Jose Roberto Junco Vargas (2002, p. 128) concluye que no se puede disponer y por lo mismo conciliar sobre asuntos que atentan contra el orden público y las buenas costumbres y coloca como ejemplos los derechos de la personalidad, pactos sobre sexo, la familia, derechos de los menores, patria potestad, etc. además de los casos mencionados en el contrato de transacción; señala como causales de improcedencia de la conciliación los asuntos que no se adecuen a los artículos 15 y 16 del Código Civil, cuando una de las partes se encuentra representada por curador ad-litem, o en algunos procesos judiciales concretos.

Melba Arias Londoño (2003, p. 113) estima como no conciliables los temas que no admiten desistimiento, transacción o acuerdo, asuntos de orden público, derechos ajenos y litisconsorcio; a su turno, Héctor Romero Díaz

(2006, pp. 88 y ss.) señala algunos casos en que no es posible conciliar por expresa prohibición que el legislador estima como orden público, concepto éste, que considera fluctuante y que le corresponde definir al juez.

La Corte Constitucional⁷⁴ señaló respecto de la materia no conciliable lo siguiente:

“ (...) A la conciliación le caben los mismos argumentos expuestos para la Corte en relación con el arbitramento, en lo que tiene que ver con las materias susceptibles de transacción. Así debe decirse que están excluidos de ser conciliables asuntos relativos al estado civil o a los derechos de incapaces, o derechos sobre los cuales la ley prohíba a su titular disponer. Del mismo modo puede decirse que a conciliación no pueden ser sometidos asuntos que involucren el orden público, la soberanía nacional o el orden constitucional o materias relacionadas con la legalidad de los actos administrativos (...)”

De la revisión del conocimiento sobre la materia conciliable expresada anteriormente, podríamos concluir que son muchas las visiones y las concepciones que se tienen, desde el punto de vista de las fuentes del derecho en general, sobre los asuntos o materia conciliable en el área de derecho privado.

⁷⁴ Sentencia de la Corte Constitucional C-893/2001, con ponencia de la magistrada Clara Inés Vargas Hernández.

No existe un norte que oriente al ciudadano común y corriente, a los abogados, a los Centros de Conciliación y a los diferentes tipos de conciliadores existentes, sobre una metodología, que permita encontrar, de una manera sencilla, cuando un asunto determinado es conciliable. Ninguna de ellas presenta un panorama que permita a las personas que trabajan la conciliación desde el punto de vista práctico o académico, tener unas herramientas metodológicas claras y concretas que le permitan abordar el tema y adoptar decisiones correctas; sino que, por el contrario y sobre todo, son fuente de confusión y desubicación frente al punto. Nos referiremos muy brevemente a cada una de las perspectivas señaladas y de paso señalaremos nuestro punto de vista.

Decir que lo conciliable es lo transigible, como anotábamos antes, no señala un parámetro indicador de la materia conciliable, por cuanto en las normas sobre el contrato de transacción no existe un señalamiento expreso de las materias que la admiten, así como tampoco se establece un parámetro de la materia transigible, sino que sólo se indican algunos temas que no lo son, pero que no agotan la materia no conciliable; tampoco es correcto decir que lo transigible es de naturaleza eminentemente pública y de alto interés comunitario, como la nacionalidad de las personas, las fronteras de la patria, delitos graves como narcotráfico, homicidio doloso y otros, pues en el campo del derecho privado, si bien existe un alto margen de asuntos que son conciliables, también hay muchos que no lo son, razón por la cual no es necesario acudir a ejemplos sofisticados extraídos de otras áreas del derecho.

De igual manera no es un parámetro coherente decir que la gran mayoría de asuntos son conciliables y que lo no conciliable es la excepción,

pues, en un momento determinado no se sabe cómo ubicar esta y cuando estamos frente a la regla general. Por otra parte, la materia no conciliable, en cuanto permita el despliegue de la autonomía privada no siempre está explícita y directa en la ley, pues en muchas oportunidades hay que deducirla del contexto de la figura que examinamos, amén de que ello atenta contra el concepto de orden público mutable.

Tampoco es absoluto el criterio de que todo lo que tiene contenido patrimonial y sea de interés privado es conciliable, pues así como existen muchos asuntos que tienen contenido patrimonial y no son conciliables,⁷⁵ también hay asuntos no patrimoniales que son conciliables, como ocurre por ejemplo con conflictos relacionados con la custodia y cuidado de hijos menores.⁷⁶

Lo conciliable no puede confundirse con la capacidad de las partes para disponer de sus derechos o capacidad de ejercicio, pues son dos temas diferentes. La capacidad es la aptitud legal para disponer de los derechos y contraer obligaciones, en tanto que lo conciliable tiene que ver con lo que sea posible de convenir como objeto de un acuerdo conciliatorio. Si un menor no tiene posibilidad de realizar un determinado negocio jurídico con otra persona, es por falta de capacidad para obrar y no porque ese asunto no sea conciliable, hasta el extremo de que, si hipotéticamente ese mismo asunto fuera objeto de un acuerdo conciliatorio celebrado por personas con capacidad legal, no se

⁷⁵ Ello puede observarse en las normas del Código de Comercio relacionadas con arrendamiento de locales comerciales, seguros, etc.

⁷⁶ Este tema se encuentra dentro de los que exigen agotar la conciliación como requisito de procedibilidad, tal como lo señala el artículo 40 numeral primero de la Ley 640 de 2001.

pondría en tela de juicio ese negocio jurídico desde el punto de vista de la materia conciliable.

Tampoco es correcto equiparar la materia objeto del conflicto con la materia conciliable, porque, por ejemplo, en un conflicto derivado de la nulidad de un negocio jurídico es posible negociar y llegar a un acuerdo siempre y cuando este respete el ordenamiento jurídico de orden público; verbigracia, ese acuerdo podría consistir en remover la causal de nulidad y recuperar la validez del mismo.

Configura otro error relacionar la materia conciliable con la materia desistible, pues son dos figuras totalmente diferentes y ajenas entre sí, por cuanto, el producto final posible en la conciliación es un negocio jurídico denominado acuerdo de las partes, en tanto que el desistimiento es un acto procesal unilateral que implica renuncia del demandante a las pretensiones de una demanda y por tanto a continuar un proceso judicial.⁷⁷ En consecuencia no es coherente que el legislador haya adoptado a la figura del desistimiento como parámetro lógico para determinar la materia conciliable.

Tampoco existe rigor en la doctrina y la jurisprudencia al momento de definir la materia no conciliable. No es cierto que la misma se encuentre determinada de manera expresa y negativa por el legislador, en primer lugar porque este no siempre se refiere a la conciliación en las normas que expide, en segundo término porque ello va en contravía del orden público dinámico y

⁷⁷ Artículo 342 del Código de Procedimiento Civil.

mutable, amén de que existen asuntos que violan derechos fundamentales y en general preceptos constitucionales.

No es congruente la diferencia que se formula entre asuntos de derecho privado y derecho de familia, para concretar la materia conciliable, en cuanto en el primero las partes pueden disponer libremente de sus derechos en tanto que en las relaciones de familia no. En el derecho civil y comercial es claro y evidente que existen temas que no pueden ser conciliables, no obstante tener contenido patrimonial, en tanto que en el derecho de familia también hay un alto margen de asuntos que también lo son, a pesar de carecer de dicho contenido.

Por otra parte, estimamos que el concepto de derechos mínimos e intransigibles de que trata el párrafo del artículo 8 de la ley 640 de 2001, aunque maneje un lenguaje propio del área de derecho laboral, si es aplicable a los asuntos de derecho privado, pues ellos equivalen a los límites del postulado de la autonomía privada y por tanto tienen un equivalente en este campo.

4.2.2.3. Metodología sugerida para determinar si un asunto es conciliable dentro de la conciliación extrajudicial en derecho privado

Todo lo anterior lleva a concluir que podría proponerse una teoría jurídica general coherente y concreta sobre la materia conciliable en derecho privado, con base en la teoría general del negocio jurídico, que seguramente servirá de soporte a la materia conciliable en otras áreas del derecho.

Creemos que el análisis debe apuntar al postulado de la autonomía privada y sus límites, como soporte básico y esencial de la teoría general del negocio jurídico, no sólo desde el punto legal sino constitucional. En otras palabras, lo conciliable corresponde a los asuntos que conforme a la teoría general del negocio jurídico pueden autoregularse entre las partes; sólo cuando existen límites impuestos a este postulado de la autonomía privada puede decirse que el asunto no es conciliable. De esta sencilla manera nos evitamos acudir a tantos criterios como autores existen que, como lo acabamos de observar, generan más confusión que orientación.

Desarrollaremos a continuación algunas ideas sobre qué metodología emplear para lograr este propósito, pues el tema parece sencillo en apariencia.

- Momento en que puede y debe determinarse la materia conciliable

Un primer elemento metodológico a recomendar consiste en que, como partícipes de un trámite conciliatorio, no debemos desgastarnos buscando la materia conciliable desde el inicio del trámite conciliatorio, pues ello no es posible en ese instante, muy a pesar de que el legislador parte de ese presupuesto en la filosofía que lo orienta. Como conciliadores, invocando dichas normas, no debemos cerrar las puertas del trámite conciliatorio a las partes, de manera definitiva, expidiendo las constancias pertinentes, con el argumento de que el asunto sometido a su consideración no es conciliable.

En efecto, el legislador parte del presupuesto de que la evaluación que debe hacer el conciliador sobre si la materia sometida a su consideración es susceptible de conciliación o no, debe producirse antes de la audiencia y por lo tanto antes del acuerdo. Así se desprende del contexto y análisis de varias normas de la ley 640 de 2001, cuyo contenido es muy claro y nos permitimos transcribir, así:

El artículo 2 de la ley 640 de 2001 dispone:

“El conciliador expedirá constancia al interesado... en cualquiera de los siguientes eventos (...) numeral 3. Cuando se presente una solicitud para la celebración de una audiencia de conciliación y el asunto de que se trate no sea conciliable de conformidad con la ley”

El artículo 20 de la ley 640 de 2001:

“Si de conformidad con la ley el asunto es conciliable, la audiencia de conciliación extrajudicial en derecho deberá intentarse en el menor tiempo posible, y, en todo caso, tendrá que surtirse dentro de los tres (3) meses siguientes a la presentación de la solicitud”.

El artículo 38 de la ley 640 de 2001:

“Si la materia de que se trate es conciliable, la conciliación extrajudicial en derecho deberá intentarse antes de acudir a la jurisdicción civil”.

La doctrina, al referirse a las normas citadas, cuando analiza el trámite de la conciliación, no discute siquiera su alcance y se limita a comentarlas, sin ningún análisis crítico.

Así tenemos, que la materia conciliable debe evaluarse, según Gil Echeverri (2003, pp. 153 - 154), antes de la audiencia de conciliación y si el conciliador llegare a la conclusión de que el asunto sometido a su consideración no lo es, deberá abstenerse de citar a las partes a audiencia y más bien expedir la constancia pertinente, ordenar la devolución de los documentos aportados, sin más trámite.

José Ignacio Castaño García (2004, p. 180) señala que el conciliador al hacer el examen preliminar determina si el asunto es conciliable o no y, en este último caso deberá expedir la constancia y devolver los documentos al interesado.

José Roberto Junco Vargas (2002, p. 320) estima que la determinación de la materia conciliable es un asunto previo a la admisión de una petición de

conciliación y que esa valoración le corresponde al conciliador como abogado que es, para dar viabilidad al trámite.

Franklin García Rodríguez (2009, pp. 97 – 98) se refiere a conciliaciones imposibles porque no admiten negociación, caso en el cual al conciliador no le queda otra alternativa que expedir las constancias, en el sentido de que se abstiene de citar a audiencia, por cuanto el asunto no es conciliable. En igual sentido nos pronunciamos en la obra citada (2005, p. 43), agregando que ésta conducta del conciliador ahorra enorme tiempo, pues se evita citar a una audiencia a sabiendas de que el tema no es conciliable.

Después de haber analizado el tema desde la perspectiva de la teoría general del negocio jurídico y de las obligaciones, hemos llegado a la conclusión de que el asunto sólo debe determinarse, no al inicio del trámite conciliatorio, como lo sugieren la ley y la doctrina, sino en el momento en que el conciliador evalúa el contenido del acuerdo al que llegaron las partes, pues sólo conociéndolo es que puede determinarse si el asunto es conciliable y por lo tanto si se violó o no el postulado de la autonomía privada.

Para poder llegar a esta conclusión es necesario partir de un presupuesto básico: que el acuerdo conciliatorio, como fruto del esfuerzo de las partes y el conciliador, es un clásico negocio jurídico, en cuanto implica manifestación de voluntad de las partes en conflicto directa y reflexivamente encaminada a la producción de efectos jurídicos que pueden consistir en la creación, modificación o extinción de relaciones jurídicas, tengan o no un carácter patrimonial.

Son muchos los ejemplos que podría suministrar para demostrar esta hipótesis, pero en aras de la brevedad presento dos.

Frente a la pregunta de si un conflicto relacionado con alimentos es conciliable, la respuesta casi mecánica sería afirmativa, entre otras razones porque la ley ha exigido el agotamiento del trámite conciliatorio como requisito de procedibilidad para este evento.

Es posible que se adelante un proceso conciliatorio para resolver un problema de alimentos obligatorios y al momento en que las partes logran un acuerdo, nos encontremos con la sorpresa de que como conciliador no le podemos dar el aval, por cuanto el asunto no es conciliable, debido a que el mismo viola normas de orden público, que por tanto no pueden ser modificadas por la voluntad de las partes. Imaginemos que se llegue a un acuerdo sobre el valor de la cuota alimentaria y su forma de pago y al mismo tiempo se convenga entre las partes en una compensación de alimentos futuros por concepto de una deuda que el reclamante de alimentos tenía en ese momento con el obligado a suministrarlos, lo cual está prohibido expresamente por la ley.⁷⁸

Dos personas que tienen vínculos derivados de un contrato de arrendamiento de local comercial, luego de entrar en un conflicto, resuelven, mediante un acuerdo conciliatorio, continuar con la ejecución del mismo bajo unas condiciones determinadas, entre las cuales se encuentra que el

⁷⁸ Artículos 2474 en concordancia con el 425 del Código Civil.

arrendatario renuncia al derecho a la renovación del contrato, aún teniendo dos o más años de ocupación a título de arrendatario del respectivo local con un mismo establecimiento de comercio. Es claro que en este caso, este derecho es irrenunciable por expresa disposición legal imperativa.⁷⁹

Lo anterior nos lleva a concluir que el legislador lo que no quiere es que las partes, en ejercicio de la autonomía privada, arriben a un acuerdo, violatorio de la Constitución, la ley y, en general, del orden público o las buenas costumbres, pero ello se advierte es con la declaración de voluntad expresada en el acuerdo y no antes, es decir, al conocer el contenido de las prestaciones que lo configuran.

- Parámetros a tener en cuenta para determinar la materia conciliable en la conciliación extrajudicial en derecho privado.

Sin lugar a dudas la materia conciliable se determina partiendo del postulado de la autonomía privada y obviamente sus límites. Por tanto lo conciliable se encuentra en toda aquella materia que implica ejercicio de dicho postulado y lo no conciliable se estructura en todos aquellos temas que implican traspasar los límites de ese postulado. Esto podría considerarse como una premisa general, que obviamente no es suficiente para encontrar lo conciliable y lo no conciliable, que en el lenguaje conciliatorio equivaldría a decir, lo susceptible o no susceptible de ser objeto de un acuerdo conciliatorio.

⁷⁹ Artículos 518 y 524 del Código de Comercio.

Desarrollaremos el tema siguiendo la orientación del maestro Fernando Hinestrosa (2002, pp. 261 y ss.), quien al abordar el tema del objeto de la obligación, esto es, tanto la prestación en si, que implica una conducta prevenida en el título, como, en su caso, la cosa, que ha de ser dada o entregada, debe reunir determinados requisitos, como son: existir, ser posible, estar determinada o ser determinable y ser lícita.

Lo anterior, aplicable a la conciliación, implica que las prestaciones derivadas del acuerdo conciliatorio y la cosa o cosas objeto de las mismas, deben reunir dichos requisitos, que analizaremos seguidamente.

En cuanto a la existencia, no obstante que el artículo 1518 del Código Civil dispone que “No sólo las cosas que existen pueden ser objeto de una declaración de voluntad, sino las que se espera que existan”, lo que implica que un negocio jurídico cualquiera puede recaer sobre cosas inexistentes, al momento de su celebración,⁸⁰ pero ello no es factible en materia de acuerdos conciliatorios porque en ellos es imprescindible la existencia del objeto sobre el cual recae la prestación del deudor, al momento de estructurar el acuerdo conciliatorio, por cuanto las normas sobre transacción prohíben que recaiga sobre derechos inexistentes.

En lo referente a la posibilidad, una prestación como objeto de un acuerdo conciliatorio, es posible cuando es susceptible de cumplimiento, es decir, que pueda ejecutarse o no, en otras palabras, que el deudor pueda

⁸⁰ Por ejemplo negocios jurídicos que recaigan sobre cosas futuras que se espera que existan, como la compraventa de apartamentos sobre planos, de cosechas no maduras o recolectadas, etc.

desenvolverse discrecionalmente frente a ella y al consiguiente deber (Hinestrosa, 2002, p. 263).

Existen dos tipos de imposibilidad de la prestación: la física, derivada de causas físicas o naturales⁸¹ y la jurídica que no es otra cosa que la prestación ilícita, es decir, contraria al derecho imperativo, la prohibida por las leyes o por las buenas costumbres.⁸² La imposibilidad física del objeto impide el nacimiento de la obligación (Inexistencia del acuerdo) en tanto que la imposibilidad jurídica genera la nulidad del acuerdo.

La prestación objeto de la obligación debe estar determinada o ser determinable en el acuerdo conciliatorio, para que pueda surgir la obligación, lo cual significa que el deudor debe saber qué es lo que debe y cómo lo debe y el acreedor debe saber qué es lo que puede esperar y, si es del caso, exigir (Hinestrosa, 2002, p. 176).

La prestación se determina, por regla general, en el documento que contiene el acuerdo conciliatorio y como tarde al momento en que haya de ejecutarse la prestación y si ésta es continuada, puede ser susceptible de ajustes y precisiones a lo largo del tiempo (p. 276) Esta determinación debe ser suficiente, de manera que para que opere una indeterminación ésta tendría que ser absoluta (p. 227).

⁸¹ Es el caso de la prestación consistente en transportar una cosa en tiempo inferior al mínimo indispensable para el viaje.

⁸² Ver artículos 1519, 1521 y 1523 del Código Civil Colombiano.

La determinación de la prestación objeto del acuerdo conciliatorio depende del tipo de cosas sobre el cual recaiga: los cuerpos ciertos se determinan por los rasgos individuales que los caracterizan y distinguen de cualquier otra cosa, tal como ocurre con los inmuebles, que se individualizan por su referencia catastral, folio de matrícula, ciudad y barrio de ubicación, nomenclatura, linderos y medidas. Las cosas de género se determinan en relación a su especie o género próximo o determinado, número o cantidad y eventualmente su calidad.⁸³

Si se trata de una prestación de hacer debe identificarse lo más concretamente posible la conducta a que se obliga el deudor, lugar donde ha de ejecutarse, etc. Si la prestación es negativa debe precisarse el tiempo y el espacio de la abstención (p. 278). La determinación de una prestación puede confiarse por las partes, por reenvío a factores externos del criterio y decisión de las partes, a una de ellas o a un tercero.⁸⁴

La licitud de la prestación implica que las partes, al momento de celebrar el acuerdo conciliatorio, han de sujetarse a las pautas fundamentales del ordenamiento jurídico y de las buenas costumbres, que muestran el empeño de la normatividad de que las relaciones entre los miembros de la sociedad se generen, desarrollen y concluyan dentro de los principios y valores de la corrección, la lealtad y la buena fe (p. 271).

⁸³ Artículos 1565 y siguientes del Código Civil.

⁸⁴ Sobre el particular y sus vicisitudes puede consultarse: Hinestrosa, 2002. pp. 278 y ss.

Hablar de licitud de la prestación equivale a referirse a los límites del postulado de la autonomía privada, que en nuestro ordenamiento jurídico son básicamente dos: el orden público y las buenas costumbres⁸⁵. De manera que cuando se pretende configurar un acuerdo conciliatorio entre las partes, deben respetarse estos dos límites básicos que desarrollaremos a continuación.

Sería una posición cómoda y facilista afirmar que las prestaciones ilícitas son aquellas que consagra expresamente el legislador o se determinan en la ley por vía de prohibiciones directas, es decir, sometidas a una tipicidad legal rígida. Hoy el tema no puede examinarse desde esa perspectiva, pues ello debe mirarse apreciando los resultados de la conducta cuestionada (Hinestrosa, 2002, p. 271).

El orden público y las buenas costumbres, como límites de la autonomía privada, han sido considerados como una especie de coordenadas, de cláusulas generales que tienen como misión propiciar:

“La mayor adecuación posible de la reglamentación jurídica a las exigencias de orden sustancial a medida que van aflorando en el ámbito del régimen y deben servir para mantener el sistema jurídico a tono –así en una medida bastante limitada-con los tiempos, evitando dificultades y no infrecuentemente anacronismos, que una aplicación demasiado rígida y mecánica de la ley lleva consigo inevitablemente”.
(p. 272)

⁸⁵El Código Civil se refiere a dichos conceptos en los artículos 16, 1518 y 1524.

El orden público y las buenas costumbres son

“Los instrumentos de que se vale el Estado para encauzar y controlar el ejercicio de aquella, (se refiere a la autonomía privada) asegurar la primacía del interés general, tutelar los intereses de sectores deprimidos de la sociedad e impedir el abuso de posiciones de poder económico o, en general, dominantes, en la formación del contrato, su exposición detallada se reserva para esa oportunidad”. (p. 273)

Examinemos los dos conceptos y su aplicación práctica:

- **El orden público.**

Es importante precisar que el concepto de orden público es mutable, en tanto que depende de factores políticos, económicos e inclusive filosóficos en un momento determinado de la historia. Por esta razón, la interpretación que se daba al mismo en la época de expedición del Código Civil es muy diferente al de hoy, en que el mundo ha evolucionado en todos los sentidos.

Para ese momento el concepto de orden público era estático y circunscrito prácticamente para aquellos casos señalados expresamente en la

ley, porque se presumía en el legislador una capacidad previsor de las circunstancias que podían considerarse como orden público y por tanto no se le daba al juez ni al interprete la posibilidad de conceptualizar sobre circunstancias diferentes a las establecidas por dicho legislador (Arrubla, 2003, p. 43).

Al describir el concepto de orden público, el maestro Fernando Hinestroza señala que:

“El ordenamiento en su integridad ha de entenderse enderezado a lograr que la República sea un Estado Social de Derecho, “fundada en el respecto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general” (art.1 C. P.). En esa razón es deber del Estado, sancionado constitucionalmente (cfr, entre otros, los arts. 2, 3, 88, 333 y ss C. P.), proveer a la protección especial de quienes por distintas razones se encuentran en posición de indefensión o inferioridad, sea permanentemente, sea en forma ocasional o en determinadas circunstancias: p.ej. los trabajadores, los consumidores, los usuarios de servicios públicos, las gentes de menores ingresos; como también asumir la dirección general de la economía, en lo que hace a la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes y en los servicios públicos, con miras “ al mejoramiento de la calidad de vida, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano”, con lo cual se abarcan las varias dimensiones modernas y dinámicas del orden público y del interés general, en lo que respecta al tráfico jurídico:

orden público político, orden público económico y social, orden público de protección, orden público de dirección”. (2002, p. 273)

Lo anterior no significa que el postulado de la autonomía privada haya dejado de existir en la práctica; aún subsiste en cierto grado, pues encaja solamente en los espacios que deja la ordenación estatal a los particulares para que inserten su actividad normativa.

Como con acierto lo sostiene el tratadista Arrubla Paucar:

“La actividad comercial no es un poder al que le corresponda una función, el Estado no ha señalado los límites a los que ese poder deba servir, se ha limitado a señalarle fronteras externas, límites negativos en los cuales no puede actuar. No corresponde a los particulares en su actividad reguladora, tutelar intereses de la comunidad, sino sus propios intereses, pues la regulación estatal es la que entra a regular los intereses generales.

Simplemente, donde se encuentren en juego los intereses superiores, no hay lugar para la autonomía privada. La autonomía privada solamente puede regular intereses privados.

La evolución que ha tenido el concepto de orden público con la doctrina y la jurisprudencia se denota porque abandona ante todo el criterio legalista que se impuso en sus primeras interpretaciones. No solamente se atenta contra el “orden público” cuando la ley expresamente lo advierte, lo importante es que la autonomía

contractual no viole las normas que interesan al orden público, sin importar que el legislador les haya dado o no ese carácter. Es más bien una interpretación que corresponde a juristas y jueces en un momento determinado según la marcha de la solicitud y la evolución de sus conceptos”. (2003, pp. 53 – 54)⁸⁶

Según dice el mismo autor Arrubla Paucar, se ha evolucionado de la concepción de orden público político a la de orden público económico, que se evidencia en la variada intervención estatal en la economía y que está constituido por normas en permanente evolución, las cuales indican los hechos y la conveniencia de la comunidad en un momento determinado, como las normas sobre monopolios, de protección a la producción, al consumidor, al crédito, a la distribución de riquezas, que hacen parte de ese orden público económico, que como tal constituye límite a la autonomía privada (2003, p. 55)

- Las buenas costumbres

Para tratar esta limitante de la autonomía privada al momento de confeccionar el acuerdo conciliatorio, hemos seguido de cerca los lineamientos que, sobre el particular, trae nuestra Corte Constitucional, a la luz de la nueva Constitución Política Colombiana, más que todo en la sentencia C-224 del 5 de mayo de 1994, con ponencia del Magistrado Jorge Arango Mejía.

⁸⁶ Aunque el autor advierte los peligros de este tipo de interpretaciones, que podrían quedar al arbitrio del la ideología de quien la hace.

Porqué el respeto por las buenas costumbres constituye un presupuesto de validez de un negocio jurídico cualquiera y por ende del acuerdo conciliatorio, en cuanto que las declaraciones expresadas por las partes deben ajustarse a ellas?

De antemano podríamos afirmar, sin temor a equivocarnos, que la razón esencial es que las buenas costumbres hacen parte del ordenamiento jurídico.

Para responder, con mayor rigor argumentativo a esta pregunta, es preciso referirse, en primer lugar, al concepto de costumbre y su obligatoriedad y luego al de buenas costumbres.

Según lo expresa Bonnecase:

“La costumbre es una regla de derecho que resulta de la unión de dos elementos: uno, de orden material, que consiste en la práctica por medio de la cual se resuelve, en una época dada y al margen de la ley, una dificultad jurídica determinada; el otro, de orden psicológico, constituido por la convicción en los que recurren a ella, o en los que la sufren, de su fuerza obligatoria. En suma, la costumbre es una regla de derecho que se constituye progresivamente bajo la influencia subconsciente de la noción de derecho y de las aspiraciones sociales, o en otras palabras, de las fuentes jurídicas reales”. (1985, p. 71)

La diferencia fundamental existente entre la costumbre y la ley, radica en que la ley se crea por un acto consciente de un órgano del Estado, al cual le está atribuida la función de crearla, es decir, el poder legislativo, en tanto que la costumbre resulta de la conducta instintiva e inconsciente de la comunidad.

La legislación positiva o el derecho positivo no es solamente la ley dictada por el legislador. Si así fuera, las naciones en las cuales predomina el derecho consuetudinario carecerían de derecho positivo, o éste se reduciría a unas cuantas normas. En otras palabras, derecho positivo o derecho objetivo, es el conjunto de normas vigentes en un pueblo y en un determinado momento. Por esta razón, el artículo 13 de la ley 153 de 1887 ha debido referirse a la "falta de ley dictada por el legislador".

Es importante destacar el origen o fuente de la fuerza obligatoria de las costumbres y por tanto de las buenas costumbres, para lo cual, la Corte Constitucional⁸⁷, hace un didáctico paralelo entre ella y la ley dictada por el legislador. En ésta, su fuerza nace del proceso de su creación a través del órgano legislativo, que a su turno nace del poder que el pueblo le ha delegado, conforme al artículo 150 del texto constitucional.

El preámbulo de la Constitución Política establece que el pueblo de Colombia, en ejercicio de su poder soberano, representado por sus delegatarios, "Decreta, sanciona y promulga la siguiente Constitución Política de Colombia". Y en el artículo tercero señala: "La soberanía reside

⁸⁷ Sentencia C-224 del 5 de mayo de 1994, con ponencia del Magistrado Jorge Arango Mejía.

exclusivamente en el pueblo, del cual emana el poder público. El pueblo la ejerce en forma directa o por medio de sus representantes, en los términos que la Constitución establece".

Por lo tanto la fuerza obligatoria de la costumbre surge directamente de la comunidad, es decir, del pueblo, sin que pueda hablarse de que éste delega su poder. De la misma manera que los hechos sociales llevan al legislador a dictar la ley escrita, esos mismos hechos, en ocasiones, constituyen la ley por sí mismos. No tendría sentido a la luz de la democracia reconocerle valor a la ley hecha por los representantes del pueblo, y negársela a la hecha por el pueblo mismo, que es la costumbre.

En apoyo de esta tesis, la Corte Constitucional cita conceptos de autoridades en la materia como Jean Carbonnier quien afirma que, en una democracia, la costumbre procede del Estado y concluye diciendo que: *"La costumbre, creada por el pueblo, recibe su fuerza obligatoria del pueblo mismo."*

Para entender mejor el concepto de *"buenas costumbres"* es preciso, referirnos a la clasificación de las costumbres y a la relación entre moral y derecho. Seguiremos la clasificación generalmente aceptada,⁸⁸ que tiene su origen en el derecho romano y se basa en la conformidad u oposición entre la ley y la costumbre: Costumbre según la ley (Llamada también *secundum legem*) que tiene fuerza obligatoria por la expresa referencia que de ella hace la ley,

⁸⁸ Adoptada por la sentencia C-224 del 5 de mayo de 1994, con ponencia del Magistrado Jorge Arango Mejía

como en el caso de las reparaciones locativas a que se refiere el artículo 1998 del Código Civil; Costumbre no contemplada en la ley dictada por el legislador (Llamada también *praeter legem*) y la costumbre contraria a la ley creada por el legislador, sea que se limite a su inobservancia o que determine una solución distinta a la contenida en ella (Llamada también *costumbre contra legem*). Las dos primeras son aceptables en Colombia, mientras que la última no, tal como lo señala el artículo 8 del Código Civil y el artículo 246 y 330 de la Constitución Nacional.

No existe en Colombia una definición de buenas costumbres, pero la Corte Constitucional, en la sentencia mencionada, asimila el concepto de buenas costumbres a la costumbre conforme a la moral social o general, de allí concluye que:

“En la legislación colombiana, la alusión a la moral no se encuentra únicamente en el artículo 13 de la ley 153 de 1887. Está en otras normas del Código Civil, con la denominación de buenas costumbres, o con la referencia expresa o tácita a la moral”

Como las buenas costumbres son aquellas conductas que se ajustan a la moral social o general, es preciso destacar, el concepto de moral y su relación con el derecho. Aunque existan diferencias entre la moral y el derecho, no puede concluirse por ello que exista entre ellos una separación absoluta, pues la realidad es la contraria.

Josserand expresó respecto a la relación entre estos dos conceptos que:

*“(...) son ambas productos sociales; tratan igualmente de suministrar al hombre una dirección, una línea de conducta. Son incesantes los servicios que se prestan mutuamente; de una parte, las reglas del derecho son, en su casi totalidad, tomadas a préstamo de la moral, hasta el punto de que el derecho no es sino la moral en la medida en que ésta reviste carácter obligatorio; por otra parte, ocurre que la ley positiva ejerce una repercusión sobre las costumbres de un país; hay leyes que son moralmente saludables y otras que son perniciosas: la famosa frase: **quid leges sine moribus?** es tan sólo una verdad relativa. Entre el derecho y la moral, las afinidades son, pues, ciertas y su interpenetración es permanente y profunda (...)”*
(1952, p. 5)

Georges Ripert destacó al respecto:

“Por mucho que los redactores del Código Civil francés hayan deseado separar el dominio del derecho del de la moral, no han logrado eliminar completamente la necesaria apelación a las buenas costumbres. Si el artículo 6o. del Código Civil puede explicarse como una simple aplicación del valor obligatorio de las leyes de orden público en cuanto por ese precepto la regla moral no se impone al respeto sino después de su consagración legal, los artículos 900 y 1172 sobre la condición, 1133 sobre la causa, 1387 sobre las

convenciones matrimoniales limitan expresamente el poder contractual por el necesario respeto de las buenas costumbres. En virtud de estos textos se confía a los tribunales un derecho de inspección, que consiste precisamente en asegurar la observancia de la regla moral. El juez, constituido en guardián de la moral pública, debe censurar las manifestaciones abusivas de las voluntades individuales” (1946, p. 41).

La Corte Constitucional termina concluyendo que “no es posible negar la relación entre la moral y el derecho. Y menos desconocer que las normas jurídicas en algunos casos tienen en cuenta la moral vigente, para deducir consecuencias sobre la validez de un acto jurídico”⁸⁹.

Nuestro sistema jurídico no ha prescindido del concepto de buenas costumbres tal como puede apreciarse en los artículos 16, 472, 586 ordinal 8, 627, 1524, 1537 del Código Civil. Además, la Constitución se refiere a la moral social en su artículo 34, y consagra la moralidad como uno de los principios fundamentales de la función administrativa, en el 209.

Dice la Corte Constitucional en la sentencia aludida que la referencia que hace el artículo 13 de la ley 183 de 1887 a la moral cristiana debe entenderse como la moral social o moral general del país, por cuanto supone la alusión a uno de los elementos de la costumbre: la *opinio juris*, conforme a la

⁸⁹Sentencia C-224 del 5 de mayo de 1994, con ponencia del Magistrado Jorge Arango Mejía.

cual, para que sea jurídica la costumbre debe generar en la comunidad que la observa la convicción de su obligatoriedad y que no vaya contra la ley.

Igualmente dice la Corte,⁹⁰ que mientras algunos sostienen que la moral es universal e inmutable, esto es, válida para todos los pueblos, en todos los tiempos, otros, por el contrario, afirman que la moral, como todo lo social, está en relación con el espacio y el tiempo histórico, y que es por tanto relativa.

Pero concluye la Corte que:

“Esta aparente contradicción no existe si se acepta la distinción entre la moral general y la moral positiva, entendiendo la primera como aquella aceptada por todos los hombres en todas las épocas, y la segunda como la de cada pueblo en el momento particular de su devenir histórico. Dicho en otros términos: la moral es una, pero sus manifestaciones cambian en razón de la diversidad de las sociedades en el espacio y en el tiempo. “Toda la moral consiste en este proceso de sublimación, purificación o catarsis de la conciencia individual, merced al cual ésta se reúne (sic) a lo universal, y en esto concuerdan sustancialmente todos los preceptos morales de todos los pueblos y de todas las filosofías. Concordancia que es bien notable y bien significativa, cuando se piensa que se llega a las mismas conclusiones morales partiendo de diversos criterios (por ejemplo, ateísmo o naturalismo), o usando métodos opuestos (por ejemplo, empírico o

⁹⁰Sentencia C-224 del 5 de mayo de 1994, con ponencia del Magistrado Jorge Arango Mejía.

racional). No es otro el significado de la máxima evangélica: "No hagas a los demás aquello que no querrías que te hicieran a ti" (máxima que fue expresada en forma parecida por CONFUCIO). Y la misma idea, expresada en forma filosófica más rigurosa, es la de KANT: "Obra de modo que la máxima de tu conducta pueda valer como un principio de una legislación universal".

El maestro Fernando Hinestrosa (2002) define a las buenas costumbres:

“Como la moral prevaleciente en la sociedad del presente, que no es una moral ideal, de la mayor exigencia, sino, mas bien, un nivel suficiente, que signifique el mínimo de corrección exigido por las buenas costumbres en el medio, tal como lo siente y reconoce la gente, pero sin posibilidad de vincularlas y, menos aún, assimilarlas a un determinado credo religioso o alguna convicción política en particular”, tema que puede, según el mismo autor, determinarse por los jueces y operadores del derecho”. (pp. 274 – 275)

- Deber del conciliador de develar los parámetros que orientan la materia no conciliable en la conciliación extrajudicial en derecho privado

Este aparte de nuestro trabajo trata de responder a la siguiente pregunta: ¿Está el conciliador en la obligación de advertir a las partes, durante la audiencia de conciliación, que la materia objeto del acuerdo conciliatorio a que han llegado no es conciliable y por tanto no avalarlo?

Algunos, de manera ligera responden que no, por cuanto el conciliador no es quien resuelve el conflicto sino las partes mediante el acuerdo, que tales partes tienen toda la autonomía para confeccionarlo y que el conciliador es un tercero neutral que no puede inmiscuirse en tal aspecto.

Pero el asunto no es tan sencillo como parece. La definición misma de conciliación exige en el conciliador la condición de ser un tercero neutral, lo cual significa, que debe ser independiente, objetivo en el análisis y estudio de las diferencias, interactuar en ausencia de sentimientos, valores o protagonismo evitando tomar partido hacia alguna de las partes (Gil, 2003, pp. 85 y ss.).

Pero la condición de tercero neutral que se exige en el conciliador no quiere decir que sea “un convidado de piedra” en el desarrollo de su actividad, pues tiene enormes responsabilidades en el cumplimiento de su trabajo como tal.

Una de sus obligaciones es “*velar porque no se menoscaben los derechos ciertos e indiscutibles, así como los derechos mínimos e intransigibles*”⁹¹ de las partes en conflicto, deber éste que se traduce en protegerlas frente a acuerdos violatorios del ordenamiento jurídico, es decir, del orden público o de las buenas costumbres.

⁹¹ Parágrafo del artículo 8 de la Ley 640 de 2001.

Lo anterior obedece a que la violación del orden público o de las buenas costumbres genera la nulidad absoluta del acuerdo conciliatorio como negocio jurídico que es; por tanto es un asunto que incumbe a la sociedad misma y no queda al criterio o interés privado de las partes en conflicto. De allí que los jueces deban decretarla aún de oficio si la advierten de manifiesto en un contrato sin perjuicio de que pueda alegarse por cualquiera persona que tenga interés en ello, así como también por el Ministerio Público en interés de la moral y de la ley.⁹²

Si ello es así, mal podría un conciliador⁹³ hacer caso omiso de estas circunstancias y avalar un acuerdo conciliatorio en esas condiciones. Con otras palabras, mientras el Juez declara la nulidad absoluta del negocio jurídico sometido a su consideración, el conciliador, por el contrario, evita que se confeccione un acuerdo conciliatorio bajo esos parámetros.

4.2.2.4. Determinación de la relación sustancial en el trámite conciliatorio y sus efectos

Otro de los problemas que se presentan en la conciliación extrajudicial en derecho en su relación con la teoría general del negocio jurídico y de las obligaciones, tiene que ver con aquellos conflictos que involucran pluralidad de sujetos en los extremos de la relación sustancial fuente del conflicto, pues en un momento determinado surge para el conciliador el interrogante de si es obligatorio o no citar a todas las personas que integran dicha parte, aún a pesar de que quien pidió la conciliación no las haya mencionado en su solicitud.

⁹² Artículo 1742 del Código Civil, subrogado por el artículo 2 de la Ley 50 de 1936

⁹³ Que igualmente es un verdadero administrador de justicia, conforme lo señalan la Constitución Nacional (artículo 116, inciso cuarto) y el artículo 13 numeral tercero de la Ley 270 de 1996.

En este tema es importante distinguir los sujetos de derecho intervinientes en la relación sustancial de la cual se deriva el conflicto y los sujetos de derecho que deben concurrir a la audiencia de conciliación en que se pretende resolver dicho conflicto, a través de otra relación sustancial que es el acuerdo conciliatorio. Así por ejemplo, no es lo mismo celebrar un proceso conciliatorio en que la relación sustancial de la cual se desprende el conflicto sea de carácter contractual, que una relación de origen extracontractual.

El asunto no podemos abordarlo de manera sencilla, pues todo depende de la naturaleza de la relación sustancial que precede al conflicto, del contenido del conflicto en si mismo, de las pretensiones que plantea la parte convocante en su solicitud y de la voluntad del solicitante reflejada en esta.

Por la complejidad del asunto recomendamos al lector examinar todo lo relacionado con las obligaciones complejas y obligaciones con sujeto plural que con maestría desarrolla el jurista Fernando Hinestrosa (2002).

De entrada no podemos afirmar que todo conflicto de origen contractual implica que el conciliador deba hacer concurrir a todas las personas que intervinieron en su celebración, pues todo depende del tipo de contrato, del contenido del conflicto, de la pretensión aducida por el solicitante de la conciliación y de su voluntad expresada en la solicitud de conciliación. Veamos esto con ejemplos.

Se suscita un conflicto por incumplimiento de un contrato de compraventa comercial, consistente en la falta de pago de parte del precio pactado, cuya parte compradora está configurada por tres personas. El vendedor pretende el cumplimiento de dicho contrato, es decir, que le paguen el saldo del precio y sólo cita para esos efectos a uno de los tres compradores. Será que en este caso, el conciliador estará obligado a citar a los otros dos compradores inexorablemente?. Creemos que no, porque, siendo los compradores deudores solidarios⁹⁴, el acreedor (vendedor) puede exigir el pago total de lo adeudado a cualquiera de ellos, a su elección, es decir, estaríamos en el caso de una relación sustancial que es perfectamente divisible, para efectos de lo pretendido en la solicitud de conciliación.

Si se planteara el mismo conflicto anterior, pero la pretensión de la parte solicitante es la resolución del contrato de compraventa por incumplimiento y sólo convoca a uno de los compradores, el asunto tendría una solución diferente, por cuanto en este caso si es necesaria la comparecencia de todos los compradores a la audiencia de conciliación para poder concretar el acuerdo en tal sentido. La razón principal para llegar a esta conclusión se encuentra en el principio de relatividad de los contratos y sus efectos. En efecto, el artículo 1602 del Código Civil dispone que “Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su **consentimiento mutuo** o por causas legales” (Las negrillas no corresponden al texto).

⁹⁴ El artículo 825 del Código de Comercio dispone que “En los negocios mercantiles, cuando fueren varios los deudores se presumirá que se han obligado solidariamente”.

La resolución por mutuo acuerdo ha sido definida por la doctrina como:

“Un modo de disolver y dejar sin efecto un acto jurídico mediante otro acto posterior otorgado por quien o quienes participaron en la celebración del primero. Así se da esta figura cuando las partes en un contrato de compraventa acuerdan desistir de ella.

La revocación de los actos jurídicos, entendida como queda dicho, encuentra su fundamento lógico en el postulado de la autonomía de la voluntad privada. Así como este postulado faculta a los particulares para crear relaciones jurídicas, igualmente los autoriza para modificarlas o para extinguirlas posteriormente” (Ospina F. y Ospina, A. 2000, p. 509)

Si suponemos que el vendedor es quien solicita la conciliación convocando en su solicitud a uno de los compradores, es evidente que el conciliador en este caso concluirá que la relación sustancial que subyace en el conflicto es de carácter indivisible y por tanto deberá cumplir con una de sus principales obligaciones⁹⁵, que consiste en: “Hacer concurrir a quienes, en su criterio, deban asistir a la audiencia de conciliación”.

La mayor parte de la doctrina mira esta obligación de manera simple como una facultad discrecional que tiene el conciliador para convocar a personas que considera deben concurrir a la audiencia; pero no relacionan este tema con conceptos propios de la teoría general del negocio jurídico y de las

⁹⁵ Artículo 8, numeral 2 de la Ley 640 de 2001

obligaciones, como lo hemos expuesto. Así, encontramos en la doctrina autores como José Ignacio Castaño García⁹⁶ que mira esta obligación del conciliador como un simple poder disciplinario asimilable al del juez dentro del proceso judicial.

Recordemos que en materia procesal existe el fenómeno denominado litisconsorcio necesario, conforme al cual deben vincularse al proceso judicial a todas las personas que lo conforman, sea en la condición de demandantes o de demandados so pena de invalidez de la actuación judicial surtida a partir del fallo de primera instancia (Lopez. 2005, p. 305).

La Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia se ha pronunciado sobre la configuración del litisconsorcio necesario en los siguientes términos:

“Cuando la situación jurídica sustancial o la pretensión deducida no pueden ser materia de decisión eficaz si en el respectivo proceso no están presentes todos los litisconsortes, caso que se da cuando dicha relación, por su propia índole o por mandato de la ley, es de tal entidad que para recibir pronunciamiento de mérito requiere la obligada comparecencia de todos aquellos a quienes vincula (CPC, arts. 51 y 83). En otras palabras, surge esta última clase de litisconsorcio cuando sea preciso que recaiga una resolución jurisdiccional uniforme para todos los litisconsortes y, por lo tanto, la

⁹⁶ Tratado sobre conciliación, Editorial Leyer, Bogotá, primera edición, 24 de mayo de 2004, página 128

presencia de todos aparezca de evidente necesidad en el proceso para hacer posible el juzgamiento de fondo sobre la demanda entablada, configurándose así un supuesto de legitimación forzosamente conjunta respecto de los titulares de la relación jurídica controvertida en juicio”⁹⁷

La misma Corte Suprema soslayó así los criterios para determinar la existencia de un litisconsorcio necesario:

“(...) no a toda relación jurídica o pretensión que tenga venero en un acuerdo de voluntades cabe extender, sin distingo, la precedente noción de litisconsorcio necesario; la secuela que deriva su presencia, según la cual, ‘la demanda deberá formularse por todas o dirigirse contra todas...’ sólo encuentra fiel expresión en todas aquellas pretensiones encaminadas a obtener que se reconozca la existencia, validez, modificación, disolución o alteración de determinado acto jurídico; por lo tanto, lo que se impone es hacer un cuidadoso examen de la demanda a fin de verificar exactamente, con vista en ella, cuál es la naturaleza y el alcance personal de la relación sustancial sometida a controversia, para deducir de allí si el litisconsorcio es o no necesario (...)”⁹⁸

⁹⁷ Corte Suprema de Justicia sentencia del 13 julio de 1992 con ponencia del magistrado Carlos Esteban Jaramillo Scholls.

⁹⁸ Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 6 octubre de 1999, con ponencia del Honorable magistrado Silvio Fernando Trejos Bueno.

Aunque el concepto de litisconsorcio necesario puede ser un referente, para efectos de la conciliación extrajudicial en derecho, el asunto debe mirarse desde otra óptica, por cuanto mientras aquel funciona en un proceso judicial donde la solución al conflicto la da finalmente un Juez, en la conciliación el tema debe abordarse desde el punto de vista del derecho sustancial y no el procesal, por cuanto el final deseado en este mecanismo alternativo es el acuerdo conciliatorio, que como hemos visto, no es otra cosa que un negocio jurídico.

Sigamos con los ejemplos. En un conflicto relacionado con el tema de responsabilidad civil extracontractual derivada de un accidente de tránsito consistente en una colisión de vehículos automotores de servicio público, solicita la conciliación el conductor de uno de los rodantes frente al conductor del otro; en este caso el conciliador, al evaluar la relación sustancial que se encuentra presente en este conflicto, debe llegar a la conclusión de que está frente a una relación sustancial de carácter divisible, pues de dicho conflicto se desprenden obligaciones que tienen el carácter de solidarias⁹⁹, en la medida de que el afectado con el accidente puede escoger al responsable directo del accidente, así como también puede escoger a otros responsables como el propietario del vehículo causante del daño, la empresa afiliadora del mismo o a la compañía de seguros que ampara el riesgo pertinente. En este caso, el conciliador, frente a esta evaluación, debe concluir que no está obligado a hacer concurrir a personas no citadas por el convocante y seguirse por los parámetros que éste le ha señalado en la solicitud de conciliación.

⁹⁹ El artículo 2344 del Código Civil dispone que “ Si un delito o culpa ha sido cometido por dos o más personas, cada una de ellas será solidariamente responsable de todo perjuicio procedente del mismo delito o culpa, salvo las excepciones de los artículos 2350 y 2355”.

En conclusión, el conciliador debe estar muy atento al tipo de relación sustancial que se presente en el trámite conciliatorio y que está implícita dentro del conflicto que pretende resolver con el concurso de las partes. Esa relación sustancial, por su contenido, puede ser divisible o indivisible. En el primer caso el conciliador no tendrá porqué cumplir con esta obligación de hacer concurrir a determinados sujetos; en tanto que si la estructura de la relación sustancial es indivisible, surge de manera inexcusable el deber de llamar al trámite conciliatorio a todas estas personas. Este es otro de los problemas que surgen del enlace entre la teoría general del negocio jurídico y la conciliación.

4.2.2.5. La aplicación de la figura de la representación durante el trámite conciliatorio

Otro de los temas polémicos o críticos dentro de la conexión existente entre conciliación extrajudicial en derecho privado y la teoría general del negocio jurídico, es el atinente a la concurrencia de las partes al trámite conciliatorio a través de un representante, lo que implica hacer referencia, así sea de manera muy puntual, a la figura de la representación.

Lo anterior obedece a que las partes en conflicto, cuando acuden a un trámite conciliatorio, lo que buscan básicamente es resolver o solucionar sus diferencias mediante un instrumento, que en esa materia se denomina acuerdo conciliatorio, que, como ya lo hemos advertido hasta la saciedad, es un negocio jurídico.

La concurrencia de las partes en conflicto no siempre ocurre de manera directa, sino que, en diversas oportunidades, sea porque no pueden o no quieren, lo hacen a través de otra persona, utilizando la figura de la representación (Ospina F. y Ospina A. 2000, pp. 340 y ss.).

El maestro Fernando Hinestrosa (2008), invocando a Messineo y a Troplong, describe la representación diciendo que:

“ (...) implica una legitimación excepcional, mejor aún puede decirse que consiste en ella, la esencia de la representación es el poder, cualesquiera que sea su razón de ser o su origen; poder para ante los demás, que le permite a un sujeto (representante) sustituir a otra persona (representado) en la celebración de un negocio jurídico o contrato, y, declarando que obra en nombre y por cuenta ajenos, sin vincularse personalmente, y si haciendo que todos los efectos de su actuación desemboquen inmediatamente en el Dominus (...)” (p.109)

Nuestra ley acepta ampliamente la utilización de la figura de la representación en toda clase de negocios jurídicos, los cuales, en consecuencia, pueden celebrarse a través de representantes (Ospina F. y Ospina A. 2000, p. 340).

El artículo 1505 del Código Civil sienta este principio al disponer que: “Lo que una persona ejecuta a nombre de otra, estando facultada por ella o por la

ley para representarla, produce respecto del representado iguales efectos que si hubiese contratado él mismo”.

Además de esta norma, existen otras, relacionadas particularmente con la patria potestad, las tutelas y curadurías, mandato, sociedades y otros, que no son cosa diferente que aplicaciones de la figura de la representación.

Adoptando como criterio el origen de la facultad, se clasifica la representación en voluntaria y la legal. Y como especie de ésta última se ha incluido la judicial. La representación es voluntaria o negocial cuando tiene su origen en un acto de apoderamiento o investidura que se encuentra en un negocio de procuración o en uno de encomienda de gestiones o mandato; es legal cuando dicho origen se encuentra en una disposición legal aplicada a los hechos que constituyen su supuesto, como en el caso de la patria potestad y es judicial, como especie de la legal, si su origen se encuentra en una providencia judicial que concreta y actualiza la previsión legal al caso concreto, como ocurre con las guardas.

La representación legal, obedece la mayor parte de las veces, a la falta de capacidad del asistido, a su ausencia o a no haber nacido aún, otras a la necesidad de resguardar intereses ajenos a los del interesado y algunas ocasiones en conflicto con los de este; en tanto que la representación voluntaria se finca en la conveniencia o necesidad de encomendar asuntos a un procurador.

En la representación legal el contenido del poder es rígido, pues se encuentra determinado por la ley y ello responde a la circunstancia de que el representado no puede tener injerencia alguna en la actuación del representante, debido a su incapacidad; aquí el representante es el único que puede obrar. De allí la importancia de que cuando se presente este tipo de representación durante un trámite conciliatorio, el conciliador revise detenidamente todas las normas que la regulan, sobre todo las que contienen prohibiciones y limitaciones en la actuación del representante.

Hecho el análisis anterior a nivel general, examinemos el tema de la representación a la luz de las normas sobre conciliación. Si bien esta¹⁰⁰ parte del presupuesto de que las partes en conflicto deben asistir a la audiencia de manera personal y directa, con el acompañamiento o no de apoderado, establece dos excepciones a ese deber, consistentes, en primer lugar, que el domicilio de algunas de ellas no se encuentre en el circuito judicial del lugar donde se vaya a celebrar la audiencia y en segundo término que alguna de las partes se encuentre fuera del territorio nacional. En estos dos últimos casos la audiencia de conciliación podrá celebrarse por intermedio de apoderado debidamente facultado para conciliar, aún sin la asistencia de su representado. Ello indica que en las normas sobre conciliación sólo se contempló el fenómeno de la representación voluntaria o negocial y no se tocó siquiera el tema de la representación legal de incapaces, razón por la cual deberán aplicarse los conceptos ya mencionados.

¹⁰⁰ Parágrafo segundo del artículo 1 de la Ley 640 de 2001

Dentro de los interrogantes que configuran los aspectos polémicos en este campo, encontramos los siguientes: Se aplican las normas sobre mandato y representación que existen en el derecho privado en materia de conciliación?; El apoderado debe ser abogado?; La facultad de conciliar debe ser expresa en el poder?; Puede asistirse a la audiencia sin apoderado, aún no encontrándose inmerso en las dos causales mencionadas? Veamos cada uno de estos aspectos.

- Las normas sobre mandato y representación que existen en derecho privado se aplican a la conciliación

Sin lugar a dudas estimamos que todas las normas sobre representación y mandato que existen en derecho privado, es decir, las regulaciones contenidas tanto en el Código Civil como en el de Comercio, tienen perfecta aplicación dentro de la figura conciliatoria, pues, tal como lo hemos repetido, lo que persiguen las partes en conflicto es obtener acuerdo que resuelva sus diferencias, configurando ese acuerdo un negocio jurídico, la representación opera durante las negociaciones y la celebración de cualquiera de ellos.

Obviamente que serán de aplicación preferente las normas especiales que existan sobre conciliación frente a las de derecho privado mencionadas, si contemplan situaciones de hecho específicas o entran en contradicción con éstas.

- **El apoderado que representa los intereses de las partes en una conciliación debe ser abogado.**

El artículo 76 de la ley 23 de 1991 dispone en su inciso final que “A la conciliación, las partes podrán concurrir con o sin apoderado”

El párrafo segundo del artículo primero de la ley 640 de 2001 a su turno dispuso que:

“Las partes deberán asistir a la audiencia de conciliación y podrán hacerlo junto con su apoderado. Con todo, en aquellos eventos en los que el domicilio de alguna de las partes no esté en el Circuito Judicial donde se vaya a celebrar la audiencia o alguna de ellas se encuentre fuera del territorio nacional la audiencia de conciliación podrá celebrarse por intermedio de apoderado debidamente facultado para conciliar, aún si la asistencia de su representado”

De las normas transcritas pueden deducirse varias conclusiones. En primer lugar, no es obligatorio que las partes concurren a un trámite conciliatorio con la asistencia de apoderado; más bien lo que se deduce es la obligatoriedad de que las partes concurren de manera personal y directa, pues así lo indica la expresión “deberán”.¹⁰¹ El acompañamiento de apoderado es

¹⁰¹ Ello posiblemente obedece a que la conciliación es un escenario de diálogo que, como tal, está abierto para humanos sin necesidad de preparación jurídica.

facultativo, con excepción de los conflictos contencioso administrativo en que se exige expresamente dicho acompañamiento.¹⁰²

La inquietud se suscita frente a la pregunta de si ese apoderado debe tener la condición de abogado. Luego de reflexionar sobre el tema, creemos que si, por varias razones que expongo seguidamente.

Si aplicamos las normas sobre representación y mandato que se encuentran en los códigos Civil y de Comercio, la conclusión es que no es necesaria la condición de abogado. Ello se debe a que dichas normas están concebidas para representación en negocios jurídicos comunes y corrientes de la vida cotidiana de relación, por ejemplo para compraventas, arrendamientos, cuentas corrientes, etc., en que, por regla general, no se exigen especiales conocimientos en derecho.

En el caso de la conciliación es diferente, por cuanto la representación se utiliza concretamente en el terreno de la resolución de conflictos, área que implica confrontación de intereses por vía de diálogo y por tanto exige una defensa de los mismos, lo que precisa, en muchos, casos de conocimientos jurídicos.

De la misma manera que en la figura de la conciliación extrajudicial en derecho se exige que el conciliador sea abogado titulado, inscrito en un Centro

¹⁰² Tal como lo exige el parágrafo tercero del artículo primero de la Ley 640 de 2001.

de Conciliación y que haya aprobado la capacitación en mecanismos alternativos de solución de conflictos, es coherente sostener, sin faltar a la lógica, que quien sea designado como apoderado tenga necesariamente la condición de abogado, por cuanto obraría como representante de su cliente en una conciliación extrajudicial en derecho.

De igual forma que en los procesos judiciales, por regla general, se exige la comparecencia de las partes a través de abogado¹⁰³, máxime si se tiene en cuenta que la conciliación, así como el proceso judicial, es un instrumento de acceso a la justicia, tal como reiteradamente lo ha sostenido la Corte Constitucional.¹⁰⁴

La línea institucional del Ministerio del Interior y de Justicia, mediante concepto número 12919 del 22 de septiembre de 2004, señaló que el apoderado que representa los intereses de las partes en el trámite conciliatorio, desde la solicitud en adelante, debe ser abogado, aunque reconoce que no existe una norma expresa que así lo exija. Es de los pocos casos en que el Ministerio del ramo ha aceptado que se pueden aplicar en este evento las normas del Código de Procedimiento Civil sobre apoderados, ante el vacío existente.

¹⁰³ Artículo 63 del Código de Procedimiento Civil, en concordancia con el artículo 229 de la Constitución Nacional.

¹⁰⁴ Corte Constitucional, Sentencia C-1195 de 2001 Magistrados ponentes Manuel José Cepeda Espinosa y Marco Gerardo Monroy Cabra.

Siguiendo los lineamientos expuestos por Harvey Peña Sandoval (2009)¹⁰⁵, con base en esta Línea Institucional del Ministerio, el poder puede ser general o especial dirigido al operador de la conciliación ante quien se presenta la solicitud¹⁰⁶, se debe identificar el objeto de la conciliación y nombres de las partes, autenticarse mediante comparecencia personal ante notario o autoridad judicial¹⁰⁷ y el abogado debe aceptarlo expresamente o mediante su ejercicio.

- **La facultad de conciliar debe deducirse del texto del poder.**

Se discute también si la facultad de conciliar debe aparecer o no de manera expresa en el texto del poder. El parágrafo 2 del artículo 1 de la ley 640 de 2001 dice que “la audiencia de conciliación podrá celebrarse por intermedio de apoderado **debidamente facultado para conciliar**, aún sin la asistencia de su representado”. (Las negrillas no corresponden al texto).

El texto transcrito ha sido entendido e interpretado de manera exegética por los entendidos en conciliación, en el sentido de que todo poder que se confiera para un trámite conciliatorio, debe indicar de manera expresa e inequívoca, la facultad de conciliar. Para ello se ha invocado el artículo 70 del Código de Procedimiento Civil, que se refiere a las facultades del apoderado, entendiendo implícitas en el poder las mencionadas en los tres primeros incisos, concluyendo la norma que deben indicarse de manera expresa en el

105 Peña Sandoval Harvey. El procedimiento conciliatorio en Colombia, extraído desde <http://www.camaramedellin.com.co/Portals/0/docs/masc/7.pdf>, en fecha octubre 20 de 2009.

106 Artículo 65 del Código de Procedimiento Civil

107 Artículo 84 del Código de Procedimiento Civil

poder todas aquellas facultades que impliquen disposición del derecho en litigio y recibir.

Estimamos que esa apreciación es equivocada, por cuanto no es un parámetro lógico y coherente, para los efectos que estudiamos, comparar un poder otorgado a un profesional del derecho para litigar, es decir, para procesos judiciales, con un poder para representación en materia de conciliación. Mientras que en el primer caso, el poder tiene el propósito de representar a la parte en conflicto dentro de un proceso judicial que finalmente termina, de manera normal, con una decisión adoptada por un Juez de la República que se denomina sentencia; en la conciliación se contrata al abogado para que represente en un trámite que busca finalmente resolver el conflicto mediante un consenso, que se denomina acuerdo conciliatorio.

Esa es la razón por la cual el apoderado para un proceso judicial tiene implícitas todas las facultades para actuar durante todo el trámite del proceso judicial y aún después de su terminación normal con sentencia, mientras que las facultades que debe tener expresa son las de recibir y aquellas que impliquen disposición del derecho en litigio, porque éstas tienen que ver con situaciones que no son normales dentro del proceso judicial.¹⁰⁸

En la conciliación extrajudicial en derecho no sucede lo propio, porque en esta lo normal es que el representante o apoderado disponga del derecho

¹⁰⁸ De allí que el desistimiento, la transacción y la conciliación dentro de un proceso judicial, se consideren como formas anormales de terminación del mismo.

en litigio, a través de la figura del acuerdo, que es la fase final del trámite conciliatorio.

De manera que la facultad de disponer del derecho en litigio es la que debe entenderse implícita en ese apoderamiento, es de la esencia del mismo.

Ahora bien, “estar debidamente facultado para conciliar” no significa la exigencia de que en el poder se indique o señale esa facultad de manera perentoria, por la sencilla razón de que ese poder es precisamente para ese trámite y dentro de las posibilidades de la actuación del apoderado está que se llegue a un acuerdo.

Por esta razón consideramos que cuando se confiere poder a un abogado para que adelante una conciliación relacionada con determinado y concreto conflicto, éste poder debe entenderse para todo el trámite conciliatorio incluyendo el acuerdo. Por lo tanto la expresión “debidamente facultado para conciliar” que utiliza la norma en mención, debe entenderse, según la definición misma de conciliación,¹⁰⁹ que esa facultad es para gestionar la solución de las diferencias entre las partes, con la ayuda de un tercero neutral y calificado denominado conciliador, gestión que implica todo el trámite conciliatorio incluyendo el acuerdo, que, como lo hemos advertido antes, es el final ideal que las partes buscan en dicho procedimiento.

¹⁰⁹ Artículo 64 de la Ley 446 de 1998.

- Las dos causales señaladas por la ley que permite a las partes asistir a la audiencia por conducto de apoderado no son taxativas.

Decíamos que en el párrafo segundo del artículo primero de la ley 640 de 2001 se señaló la regla general de que las partes deben asistir a la audiencia de manera directa y queda a su discreción hacerlo junto con su apoderado y señaló sólo dos excepciones, en que pueden concurrir por intermedio de apoderado, sin su presencia directa: cuando su domicilio no se encuentre en el circuito judicial donde se vaya a celebrar la audiencia o que se encuentren fuera del territorio nacional.

Conforme al tenor de la norma, en principio, podría sostenerse, que las dos eventualidades citadas son taxativas, en el sentido de que fuera de ellas no es factible la asistencia a audiencia por intermedio de apoderado. Sin embargo, el Ministerio del Interior y de Justicia en concepto contenido en oficio No.12781 del 14 de junio de 2006,¹¹⁰ abrió las puertas para la concurrencia por conducto de apoderado, cuando existan motivos razonables para no hacerlo de manera directa, invocando claros principios que orientan la conciliación, tales como la flexibilidad, celeridad y eficiencia. En este concepto el Ministerio citado le dio una interpretación bastante amplia al párrafo segundo del artículo 1 de la ley 640 de 2001, en los siguientes términos:

“Sobre el alcance del párrafo 2 del artículo 1 de la ley 640 de 2001, este Ministerio quiere hacer énfasis en una interpretación y

¹¹⁰ El cual compartimos, en aras de darle fluidez al funcionamiento de la figura.

aplicación integral que permita cumplir con los principios de la conciliación tales como la flexibilidad, celeridad y eficiencia ya que en principio son las partes las que deben asistir directamente a la audiencia de conciliación; sin embargo en determinados casos en los cuales por motivos razonables una de las partes citadas no puede asistir y faculta a su abogado con poder general o especial para que lo represente, se deberá permitir que éste cumpla con la función para la cual fue habilitado y se realice la audiencia de conciliación sin presencia de su poderdante”.

En conclusión, las partes pueden intervenir en el trámite conciliatorio, a través de apoderado, sin concurrir de manera personal, cuando existan motivos razonables para no asistir en esa forma.

4.2.2.6. La construcción del acuerdo conciliatorio

Esta es otra de las manifestaciones de conexión existente entre la conciliación extrajudicial en derecho privado y la teoría general del negocio jurídico, que sin lugar a dudas, implican una estructuración de criterios orientados hacia el mejoramiento de la calidad en la prestación del servicio en esa materia.

Una de las más importantes responsabilidades que tiene el conciliador en nuestro sistema es redactar el acta que contiene el acuerdo a que han llegado las partes en conflicto.¹¹¹

El acta debe contener determinados requisitos formales. Uno de ellos se refiere al contenido del acuerdo logrado por las partes, con indicación de la cuantía, modo, tiempo y lugar de cumplimiento de las obligaciones pactadas.

Este es uno de los temas más sensibles en materia de conciliación, por cuanto, los términos del acuerdo, por regla general, sólo se conocen dentro del trámite de la audiencia y dependiendo de lo ocurrido en la misma, es decir, ni el mismo conciliador puede advertir anticipadamente cómo serán esos términos.

Anteriormente hemos señalado que el acuerdo conciliatorio es un clásico negocio jurídico, por cuanto es manifestación de voluntad reflexivamente encaminada a producir efectos jurídicos, los cuales pueden consistir en la creación, modificación o extinción de una relación jurídica concreta (Ospina F. y Ospina A. 2000, p. 30 Y ss.). Ello indica, sin lugar a dudas, que no siempre del acuerdo conciliatorio se desprenden obligaciones para las partes, pues es factible que el objeto del acuerdo consista en que las partes se declaren a paz y salvo en cuanto a una relación contractual o extracontractual precedente, sin embargo la norma en mención partió del presupuesto de que todo acuerdo genera obligaciones para las partes, lo cual se entiende, por cuanto, en la práctica es la regla general.

¹¹¹ El numeral 6 del artículo 8 de la Ley 640 de 2001 señala como obligación del conciliador levantar el acta de la audiencia de conciliación

Para los efectos de este trabajo es importante destacar los elementos que debe contener todo acuerdo conciliatorio y que son los aplicables a cualquier negocio jurídico en general, los cuales se encuentran contenidos en el artículo 1501 del Código Civil: elementos esenciales, elementos de la naturaleza y elementos accidentales.

Son esenciales aquellos elementos sin los cuales el negocio jurídico no produce efecto alguno o degenera en otro; “Constituyen lo mínimo que las partes deben declarar para precisar el interés que pretenden desarrollar jurídicamente y el sentido en que quieren hacerlo” (Ospina F. y Ospina A. 2000, p. 36).

Son de la naturaleza aquellos elementos que no siendo esenciales, se entienden pertenecerle sin necesidad de una cláusula especial. Estos elementos pueden pactarse por las partes, pero ante su silencio, se aplica espontáneamente la ley supletiva llenando ese vacío, como en el caso de la obligación del vendedor de indemnizar los perjuicios en caso de incumplimiento.

Son accidentales aquellos elementos que ni esencial ni naturalmente le pertenecen al negocio jurídico y que se le agregan mediante cláusulas especiales; son “los pactos que varían los efectos subsidiarios normales establecidos por la ley según la naturaleza del acto en cuestión” (Ospina F. y Ospina A. 2000, p. 37), como los plazos, las condiciones, la cláusula penal, etc.

De manera que, cualquiera que sea el contenido del acuerdo conciliatorio, es preciso tener claros estos elementos, en el momento de su redacción.

Seguidamente trataremos de suministrar unos parámetros u orientaciones para la adecuada confección del acuerdo conciliatorio, dependiendo de si el mismo crea una relación jurídica concreta, si modifica una que ya existía o la extingue.

- **Acuerdos que crean una relación jurídica concreta.**

Normalmente de los acuerdos conciliatorios que crean una relación jurídica concreta entre las partes, se desprenden derechos y obligaciones, lo cual supone referirse a la relación obligatoria.

Conforme al maestro Fernando Hinestrosa (2002, p. 55) obligación significa ligamen, atadura, vínculo, que implica relación jurídica, es decir, sancionada por el derecho, establecida entre dos personas determinadas, el uno denominado acreedor, que espera un determinado comportamiento, que es la prestación, a cargo de otro, llamado deudor, quien debe ajustar su conducta al contenido del nexo, so pena de quedar expuesto a padecer ejecución forzada y resarcir los daños derivados de su incumplimiento.

El mismo autor en la obra citada destaca los elementos de la obligación: el objeto, que es la prestación; los sujetos activo, que es el acreedor y pasivo o deudor y un contenido (p. 57-58).

La prestación es un deber de conducta determinada a cargo del deudor y en beneficio del acreedor. Puede consistir en un acto (positiva) o en una abstención (negativa). A su turno la conducta positiva puede ser de dar o hacer.

Igualmente la prestación, en cualquiera de sus modalidades, puede ser simple o compleja, ésta última cuando prevenga varios actos o abstenciones o porque exija la cooperación de varias personas.

Para los efectos de este trabajo, es importante precisar el concepto de la prestación como objeto del negocio jurídico denominado acuerdo conciliatorio, sus características, aspectos esenciales que la conforman, etc.

Más precisamente, la prestación puede definirse (p. 107) como un comportamiento humano, comisivo u omisivo, de cooperación o colaboración ajena; es el deber de una persona de actuar en determinada forma y que debe corresponder al poder de la otra parte de esperar y si es caso exigir ese desempeño, como la prestación de dar o entregar un cuerpo cierto o bienes de género, realizar una actividad, personalísima o fungible, ejecutar una obra, omitir determinados actos, alcanzar un resultado, garantizarlo a plenitud, infundir seguridad o tranquilidad frente a determinados riesgos, etc.

El contenido de la obligación se refiere a la estructura del vínculo, los matices que presenta, las particularidades de la orientación que el deudor debe imprimir a su conducta, la determinación de la cosa sobre la cual recae; son, en otras palabras, las circunstancias de modo, tiempo y lugar a las que está sujeta la prestación y por tanto a las que está sometido el deudor, en cuanto a su diligencia, esmero, idoneidad y presteza que son finalmente las determinantes de efectividad del cumplimiento y de la validez del pago (p. 110).

Nuestro sistema jurídico, así como el común de los demás ordenamientos, incorpora una clasificación de las prestaciones, que responde a la lógica y las tradiciones y se sustenta en el saber común y la práctica: prestaciones de dar, de entregar, de hacer y de no hacer.

Es importante destacar que este carácter de la prestación se determina por sus rasgos sobresalientes, porque es muy factible que en la conducta asumida por el deudor, al momento de suscribirse el acuerdo conciliatorio, se de una combinación de prestaciones de diferente naturaleza. Así, por ejemplo, en la prestación de entregar un cuerpo cierto va implícita la prestación de custodia de la cosa que es un hacer esmerado (p. 118).

- **Acuerdos que contienen obligaciones de dar.**

En sentido estricto, la obligación de dar, consiste técnicamente en el deber de transferir el dominio total o parcial de una cosa o de constituir un derecho real sobre ella. No debe confundirse la obligación de dar con la

obligación de entregar un bien, porque, en rigor conceptual y práctico, las obligaciones de dar y entregar tienen caracteres, funciones y efectos diferentes. La obligación de dar lleva implícita otras obligaciones accesorias como las de conservar el bien y la de entregar, que son finalmente, obligaciones de hacer (p. 120-121).

La obligación de dar o transferir la propiedad puede recaer sobre bienes muebles o inmuebles, de manera que al redactar el acuerdo en que conste dicho acto es preciso tener en cuenta dos requisitos: un título traslativo de dominio y un modo derivativo por acto entre vivos que se denomina tradición, que no es otra cosa que un negocio jurídico, abstracto y de cumplimiento, cuya validez está sometida al lleno de los requisitos de los negocios jurídicos en general y a los específicos suyos (p. 123).

La tradición de bienes muebles se perfecciona por medio de la entrega del bien¹¹², lo que no constituye un obstáculo para que un acuerdo conciliatorio tenga como objeto la transferencia del dominio, a cualquier título, de este tipo de bienes; lo importante es que el acuerdo defina con claridad los términos de esa entrega.

El problema se presenta cuando una de las partes en la conciliación se obliga a transferir a favor de la otra los derechos de dominio o a constituir un gravamen sobre inmuebles, por cuanto en este caso la tradición se perfecciona por la inscripción del título en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos y si se trata de tradición en materia mercantil se exige además la entrega

¹¹² Artículos 740, 754 y siguientes del Código Civil.

material del bien¹¹³. Las Oficinas de Registro de Instrumentos Públicos del país podrían negarse a inscribir este tipo de acuerdos conciliatorios, basados en que dicho acto debe constar en escritura pública.

El tema ha sido sometido al criterio de la Superintendencia de Notariado y Registro, entidad que mediante Instrucción Administrativa número 05 del 5 de febrero de 2004, ha negado dicho registro con base en los siguientes argumentos básicos: en primer lugar, porque ese tipo de actos deben constar en escritura pública tal como lo señala el artículo 12 del decreto ley 960 de 1970, solemnidad que, a juicio de dicha Superintendencia, es esencial al acto, de tal manera que sin ella no se produce el efecto previsto en la ley; en segundo lugar, porque ésta disposición no fue derogada de manera expresa ni tácita, pues de ser así la consecuencia inmediata hubiera sido la desaparición del régimen jurídico colombiano de la escritura pública como sistema de solemnidad sustancial y prueba de los actos y contratos; en tercer lugar, porque para que un instrumento constituya título de dominio de un inmueble determinado, realizado en el modo de la tradición ante la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos pertinente, se requiere que una disposición legal le otorgue esa característica, como ocurre, entre otros casos, con las sentencias judiciales en firme, resolución de adjudicación de tierras proferidas por Incoder, enajenaciones hechas por Inurbe en materia de vivienda interés social y las actas de acuerdo de restructuración empresarial contentivas de dación en pago a los acreedores; en el caso de las actas de acuerdo conciliatorios no existe norma expresa en tal sentido.

¹¹³ Artículos 922, 1427 y 1445 del Código de Comercio.

En dicha Instrucción Administrativa se señala igualmente que existen otros acuerdos conciliatorios que recaen sobre inmuebles no registrales, como la constitución de patrimonio de familia o afectación a vivienda familiar, actos de afectación del dominio.

Concluye dicha entidad señalando que:

“El acta de acuerdo conciliatorio si es registrable como medio de publicidad de ellos, cuando contengan la determinación o definición de derechos. Entre estos la existencia de un uso o habitación, de un usufructo, de una servidumbre (no la constitución de ellos); amojonamiento para establecer límites de vecindad, derechos comunales en la propiedad horizontal o en la copropiedad de los condominios; confirmación del derecho de dominio en cabeza de uno de los cónyuges o compañeros permanentes dentro del acto de disolución y liquidación de la sociedad de bienes, aclaraciones y modificaciones de actos y contratos contenidos en escrituras públicas”.

No compartimos el criterio esbozado por cuanto se ha perdido de vista que la conciliación es un esquema de administración de justicia, conforme lo establece de manera clara el artículo 116 inciso cuarto de la Constitución Política de Colombia, lo cual permite asimilar el acta de acuerdo conciliatorio con la sentencia judicial en firme, pues al fin y al cabo, ambas tienen la finalidad de definir o resolver un conflicto. Este concepto, sin lugar a dudas, viola el derecho de acceso a la justicia, pues siendo la conciliación uno de los

instrumentos para ello, con este criterio no se completa la solución del asunto, quedando a mitad de camino.

Afortunadamente el artículo 51 de la ley 1395 de 2010, que adicionó un párrafo al artículo 1 de la ley 640 de 2001, precisó el punto al indicar que :

“En ningún caso, las actas de conciliación requerirán ser elevadas a escritura pública”

No obstante lo anterior, si el conciliador tiene dudas sobre el alcance de esta nueva norma, y se le presenta la circunstancia de que entre las partes se ha logrado un acuerdo en tal sentido , aconsejamos aprovecharlo, utilizando la figura de la promesa de contrato, que por su carácter general es recepticia de cualquier figura negocial. Por ejemplo, si el acuerdo consiste en que el deudor reconoce una obligación dineraria a favor del acreedor y se obliga a pagarla mediante la dación en pago de un inmueble, creemos que esta voluntad de las partes puede plasmarse a través de la figura de la promesa de dación en pago, para finalmente cumplir con la transferencia del dominio en una fecha posterior en la Notaría señalada en el acta de acuerdo conciliatorio.

La obligación de dar puede recaer sobre cuerpos ciertos o cosas de género, caso en el cual la redacción debe manejarse de manera diferente. Los cuerpos ciertos se determinan por los rasgos individuales que los caracterizan y distinguen de cualquier otra cosa, tal como ocurre con los inmuebles, que se individualizan por su referencia catastral, folio de matrícula, ciudad y barrio de

ubicación, nomenclatura, linderos y medidas. Las cosas de género se determinan en relación a su especie o género próximo o determinado, número o cantidad y eventualmente su calidad.

Hay un tipo de obligación de dar que merece algunos comentarios: se trata de la obligación de pagar sumas dinerarias. Este tipo de obligación tiene su individualidad propia, que la distingue de la demás, consistente en la naturaleza misma de su objeto: el dinero. Es importante destacar que este tipo de obligación es la mas universal y frecuente de todas, porque se observa su aplicación en las diferentes fuentes de las obligaciones: contractual, extracontractual, enriquecimiento sin causa y la ley

- **Acuerdos que contienen obligaciones de hacer.**

Las obligaciones de hacer son aquellas (p. 205) cuyo objeto consiste en una actividad del deudor, sea material o intelectual, tomada como labor o considerada en su resultado.¹¹⁴

En el pasado este tipo de obligaciones tenía poca importancia y los ejemplos eran contados, como el que tenía el deudor de conservar la cosa debida (artículo 1605 del Código Civil) o las obligaciones del mandatario o del depositario de la cosa. En cambio, en los actuales momentos, dada su ocurrencia y complejidad, en la medida que aumenta la prestación de servicios

¹¹⁴ De estos dos tipos de obligaciones se ocupan los artículos 2053 y siguientes y 2063 y siguientes del Código Civil

en todos los niveles y la división del trabajo, este tipo de obligaciones se dan con inusitada frecuencia; así tenemos obligaciones de asistencia técnica, promoción, construcción, revisión y mantenimiento, reparación, asesoría, las cuales exigen preparación técnica y profesional, habilidades y destrezas; igualmente cabe resaltar, en los momentos actuales, deberes de información, instrucción y asistencia al consumidor inherentes a la venta de productos. Estas obligaciones de hacer se encuentran circunscritas normalmente a un periodo de tiempo, sea por su duración mínima o máxima.

Si al redactar el acuerdo conciliatorio estamos en presencia de una prestación de hacer, debe indicarse lo más concretamente posible la conducta a que se obliga el deudor, lugar donde ha de ejecutarse, el término de duración de la misma y demás características que permitan su identificación plena.

- **Acuerdos que contienen obligaciones de no hacer.**

Las obligaciones de no hacer consisten en un deber de abstención; el interés del acreedor se basa en que una determinada situación permanezca inalterada y en que el deudor está obligado a no ejecutar durante el tiempo señalado, en determinado territorio, una actividad propia, que en condiciones normales sería lícita y libre y de cuyo ejercicio prescinde, en virtud del pacto (p. 222).

No deben confundirse las obligaciones de no hacer con los deberes generales de abstención, en cuanto éstos significan que toda persona está compelida a comportarse de tal manera que no cause daño a los demás.

También la obligación de no hacer ha tenido un desarrollo importante en los tiempos modernos, pues mientras que inicialmente los ejemplos casi se circunscribían a no levantar un muro o a no transitar por un predio, actualmente se presenta este tipo de obligaciones en diversos actos de la vida en sociedad, como por ejemplo, el deber de no transferir a extraños cuotas sociales, en virtud del pacto de derecho de preferencia; no abrir un establecimiento de comercio en determinado sitio en aras de la tranquilidad de los vecinos o de la conservación de la clientela de otro establecimiento vecino; la obligación de exclusividad pactado en un contrato de agencia comercial, etc.

En el acuerdo conciliatorio que verse sobre obligaciones de no hacer se debe individualizar con toda precisión el acto o comportamiento prohibido para el deudor, así como también el tiempo y el ámbito territorial de la conducta no permitida (p. 224).

- **Acuerdos que contienen obligaciones de entregar bienes.**

Esta obligación implica la carga del deudor de poner a disposición del acreedor, sea que la entrega se haga como consecuencia de la tradición, es decir, de una obligación de dar, o a título de tenencia, etc. En este caso es importante que en el acuerdo se identifique con toda claridad y precisión el bien

sobre el cual recae, porque la obligación de entregar se refiere a la cosa misma, mientras que el de dar se refiere al derecho sobre la cosa (p. 126).

Obviamente el cumplimiento de la obligación será legítimo dependiendo de si se trata de una especie o cuerpo cierto o de cosas de género, las cuales tienen su régimen jurídico particular.

- **Acuerdos que modifican una relación jurídica preexistente.**

Es muy factible que el conflicto que conduce a las partes a intentar una conciliación tenga como fuente un negocio jurídico y que luego de las discusiones de rigor, el acuerdo consista en modificar uno o varios aspectos de ese negocio jurídico. Así por ejemplo, las partes discuten el monto y los reajustes del canon de arrendamiento de un local comercial y finalmente llegan a un acuerdo consistente en fijar determinada suma durante cierto término y renovar el contrato por cinco años más, con unos reajustes anuales definidos del precio.

En este caso, el acta de acuerdo, conjuntamente con el documento que contiene el contrato de arrendamiento, constituye un todo coherente, del mencionado negocio jurídico.

- **Acuerdos que extinguen una relación jurídica preexistente.**

En este caso, el acuerdo conciliatorio configura una manera de extinguir el negocio jurídico preexistente, como cuando consiste en dar por terminado el contrato de arrendamiento a partir de determinada fecha y por ende el arrendatario se obliga a restituir el bien arrendado en ese momento.

Igualmente se puede dar este tipo de acuerdos cuando dos personas involucradas en un accidente de tránsito deciden resolver su conflicto asumiendo cada uno el costo de las reparaciones de sus respectivos vehículos, caso en el cual no se configura propiamente una relación obligatoria.

De esta manera hemos concluido la revisión de algunos aspectos que reflejan la aplicación adecuada de la teoría general del negocio jurídico a la conciliación extrajudicial en derecho privado, en diversas etapas del trámite conciliatorio y que sirven de criterio orientador de calidad en la prestación de servicio de conciliación.

5. CONSECUENCIAS QUE SE DERIVAN DE LA FALTA O INADECUADA APLICACIÓN DE LA TEORÍA GENERAL DEL NEGOCIO JURÍDICO EN LA CONCILIACION EXTRAJUDICIAL EN DERECHO PRIVADO, FRENTE A LA CALIDAD EN LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO

En este capítulo desarrollaremos algunas ideas relacionadas con una especie de patología del trabajo conciliatorio, derivada de la falta o de la inadecuada aplicación de los conceptos ya vistos, durante el trámite conciliatorio, incluyendo el acuerdo.

No nos referiremos aquí a las circunstancias que ocurren con posterioridad a la celebración del acuerdo conciliatorio, como el fenómeno del incumplimiento o de la revocación voluntaria del mismo, por cuanto estos temas no tienen que ver con la calidad del trabajo que despliegan los conciliadores durante el trámite de la conciliación, ni al momento de confeccionar el acuerdo, en cuanto a la aplicación de la teoría general del negocio jurídico.

Aquí nos dedicaremos es a mostrar que la falta o indebida aplicación de conceptos relacionados con el negocio jurídico y el derecho de las obligaciones durante el trámite conciliatorio, pueden generar productos defectuosos en la conciliación, que finalmente afectarían los intereses de las partes y de la sociedad misma.

5.1. En cuanto a los efectos de la solicitud de conciliación

En principio, podríamos afirmar que este es un tema cuya aplicación no le corresponde al conciliador, sino al juez ante quien se tramita la demanda en que se discute la prescripción de la acción judicial impetrada; en esa línea de pensamiento, es preciso resaltar que la interpretación en el sentido de que el efecto de la presentación de la solicitud de conciliación consiste en la suspensión de los términos de prescripción y de caducidad, es atentatoria contra el derecho fundamental de acceso de la administración de justicia, por cuanto recorta para el demandante dicho término, lo que no ocurre si se considera que el fenómeno es la interrupción.

En todo caso, el conciliador, en esta materia, tiene una carga importante, consistente en dejar claro el contenido del conflicto y la reclamación en la constancia que expida, para que opere el fenómeno de la interrupción, pues si el conflicto y la reclamación que aparece en dicha constancia no coincide con el planteado en la demanda que da inicio al proceso judicial, se corre el riesgo de que no funcione el efecto mencionado, porque puede entenderse en el sentido de que la reclamación judicial es diferente a la contemplada en la conciliación cuya solicitud generó el efecto de interrumpir la prescripción.

5.2. En cuanto a la materia conciliable

Como el conciliador tiene la obligación de determinar la materia conciliable, es factible que, por desconocimiento del asunto, permita acuerdos sobre asuntos no conciliables.

La pregunta obligada que surge ante esta situación sería: ¿Cuáles son las manifestaciones de esta anomalía y sus efectos prácticos? La respuesta a esta pregunta no es absoluta ni uniforme para todos los casos.

Ello nos obliga a plantear las diferentes patologías que puede adoptar el negocio jurídico denominado acuerdo conciliatorio y que surgen del contenido del mismo, en lo que respecta exclusivamente a la materia contenida en él.

5.2.1. El acuerdo conciliatorio ilícito

La primera consecuencia que podría generarse para un acuerdo conciliatorio sobre materia no conciliable es su ilicitud, por estar incurso su contenido en objeto o causa ilícitos.

La ilicitud en el objeto del negocio jurídico es un concepto genérico y comprende tres especies de objeto ilícito: el objeto ilegal, el objeto prohibido y el objeto inmoral (Baquero, 2008, p. 154).

El objeto es ilegal cuando los intereses que los sujetos vinculan al negocio jurídico son contrarios a normas imperativas. En este evento los sujetos negociales inclinan su querer en procura de resultados, estados o situaciones que el orden legal imperativo no quiere que sean obtenidos por los sujetos de derecho.

En este punto es importante destacar que las normas sobre conciliación disponen que son conciliables, es decir, materia de un acuerdo conciliatorio, los asuntos susceptibles de transacción, desistimiento y aquellos que expresamente determine la ley. Concretamente en la materia transigible encontramos varias normas imperativas que, por lo tanto, no permiten transigir sobre determinados temas, como el estado civil de las personas, renunciar o compensar alimentos obligatorios futuros, etc.

El objeto prohibido se configura cuando los intereses de las partes concretados en el negocio jurídico son contrarios al orden público, es decir, cuando el ánimo de los sujetos se inclinan hacia un resultado, estado o situación que se encuentra en oposición con los principios o fundamentos que inspiran e irradian el ordenamiento jurídico vigente en una sociedad en una época determinada o se movilizan en contravía con los intereses comunes a todo el colectivo social (Ramírez, 2008, pp. 154 y ss.).

Finalmente el objeto inmoral se presenta en el acuerdo conciliatorio, cuando los intereses de los sujetos que intervienen en el mismo son ofensivos para las buenas costumbres que una sociedad reconoce y práctica basada en su moral colectiva (Ramírez, 2008, pp. 156-157).

La reacción contra este tipo de acuerdos es, por regla general, la nulidad absoluta, aunque la sanción podría ser otra, como más adelante lo indicaremos.

Conforme lo expone el tratadista Edgar Ramírez Baquero (2008) la nulidad absoluta es una especie de invalidez negocial, que

“Irrumpe cuando con motivo del proceso genitor del negocio quienes participan en este trámite han agredido normas imperativas del ordenamiento legal, el orden público o las buenas costumbres, ofendiendo con ello intereses y valores en cuya intangibilidad toda la colectividad está interesada, introduciendo en el negocio un defecto gravísimo” (p. 86)

Según el autor citado la nulidad absoluta se encuentra dentro de las circunstancias que generan la ineficacia del negocio, entendiéndose por este, el acto que no es apto, idóneo, vigoroso y eficiente para la producción de efectos en derecho, en términos amplios y generales, y de carácter estable y definitivos (p. 21).

Puede concebirse como una circunstancia consistente en que los sujetos que participaron en el ajuste del negocio jurídico, en su formación, desatendieron alguna o algunas prescripciones del orden jurídico que gobierna el ejercicio de la autonomía privada originando una entidad defectuosa.

Los sujetos de derecho que originan un negocio jurídico, en este caso el acuerdo conciliatorio, tienen una carga sustancial de trascendental importancia que gravita sobre ellos en el periodo que antecede al perfeccionamiento del mismo y que consiste en construirlo con puntual respeto de las normas

imperativas del orden legal, del orden público y las buenas costumbres, de tal manera que no sea susceptible de reproche por este concepto (p. 51).

El sistema de las nulidades obra en el tráfico jurídico como un mecanismo de defensa del orden jurídico, que se protege así mismo frente a posibles afrentas que los sujetos de derecho le puedan inferir; por ello se considera como una sanción, tiene un claro tinte represivo, en cuanto que a una lesión del orden jurídico le sigue una consecuencia adversa (p. 52).

A la conclusión de si determinado acto es nulo absolutamente se llega a través de un juicio mediante el cual se confirma que existe disconformidad entre la manera como las partes del acto vicioso dispusieron de sus intereses que han intentado regular y las reglas, principios y valores superiores que el sistema jurídico cuida con especial esmero. La patología del acto inválido es intrínseca, es decir, se encuentra dentro de él y no por fuera (pp. 52-53).

En razón de la gravedad que reviste un acuerdo conciliatorio nulo absolutamente, el mismo sistema jurídico, prevee dos consecuencias: privándolo de toda clase de efectos negociales, de raíz, haciéndolo inepto para generar efecto alguno, previa decisión judicial y en segundo lugar propiciando la eliminación de las mutaciones que se hayan operado en razón del acto por parte de los sujetos, es decir, fomentando que las cosas retornen al estado anterior al perfeccionamiento del negocio (p. 59).

Como decíamos anteriormente, la ilicitud del acuerdo conciliatorio no siempre genera la nulidad absoluta del mismo, porque existen varios casos en que teniendo objeto ilegal, de acuerdo con las circunstancias de cada caso, la sanción o consecuencia es la imposición de una pena. Ilustremos el asunto con dos ejemplos.

Dos personas asisten a una audiencia de conciliación y luego de dialogar y discutir los términos de un conflicto relacionado con una obligación dineraria, llegan a un acuerdo consistente en que uno se obliga a pagar al otro determinada suma de dinero, dentro de un plazo definido y pactan intereses remuneratorios y moratorios que exceden los topes máximos que permite el ordenamiento jurídico. En este caso la sanción que viene definida por la ley¹¹⁵ es la pérdida de todos los intereses por parte del acreedor; es decir, el contrato de mutuo celebrado no se afecta con la nulidad absoluta.

Arrendador y arrendatario en el escenario de una conciliación tratan de resolver un conflicto y convienen en llegar a un acuerdo consistente en dar por terminado un contrato de arrendamiento de vivienda urbana que venía ejecutándose entre ellos y celebrar uno nuevo sobre otro inmueble pactando un precio y unos reajustes anuales, que no se acompañan con las normas imperativas existentes sobre el tema. En este caso, la sanción para ese acuerdo no es la nulidad absoluta del contrato de arrendamiento por ser violatoria de norma imperativa, sino la devolución de los excedentes recibidos,

¹¹⁵ Artículo 884 del Código de Comercio, modificado por el artículo 111 de la Ley 510 de 1999.

previo trámite de un procedimiento administrativo e inclusive la imposición de multa, si esta devolución no se produjere en el plazo ordenado.¹¹⁶

5.2.2. El acuerdo conciliatorio ineficaz de pleno derecho.

También puede ocurrir que el conciliador avale un acuerdo conciliatorio que sea calificado por la ley como ineficaz de pleno derecho, figura ésta que es importante precisar.

Se trata de una creación legislativa consignada en el artículo 897 del Código de Comercio que a la letra dice: “Cuando en este código se exprese que un acto no produce efectos, se entenderá que es ineficaz de pleno derecho, sin necesidad de declaración judicial”.

El texto de esta norma ha llevado a la doctrina a otorgar a esta figura las siguientes características: es exclusivamente aplicable a los negocios jurídicos mercantiles, no sólo porque viene consagrada en el estatuto comercial, sino porque los casos concretos de aplicación deben encontrarse en dicho estatuto y en normas complementarias; es una figura de estirpe legal y por lo mismo sólo se aplica a las situaciones tipificadas con esta sanción; no tiene causales genéricas como las de nulidad absoluta o relativa, sino que su existencia está basada en el querer del legislador, sin ningún criterio sistemático; el acto ineficaz de pleno derecho esta privado de raíz de efectos negociales, es decir, de manera fulminante; la condición de ineficaz de pleno derecho del negocio

¹¹⁶ Este procedimiento se encuentra consagrado en los decretos 1919 de 1986 y 2223 de 1996.

jurídico no requiere declaración judicial, es decir, la participación del juez no es necesaria, pues se produce de manera automática, por ministerio de la ley; la sanción de ineficacia de pleno derecho debe atenderse por todos los sujetos de derecho que entren en contacto con el negocio jurídico pertinente, es decir, deben prescindir de su presencia en el tráfico jurídico, como en el caso de los encargados de los registros públicos mercantiles cuando un acto de esta naturaleza sea sometido a registro (Ramírez, 2008, p. 357 y ss).

Aunque el artículo 897 mencionado dispone que “Cuando en este Código se exprese que un acto no produce efectos” es necesario precisar que la formulación legal no necesariamente debe corresponder a esa precisa terminología, por cuanto el legislador puede utilizar expresiones similares y con el mismo alcance, como por ejemplo que determinado acto será ineficaz o que determinadas cláusulas se tendrán por no escritas.¹¹⁷

Dentro del contexto del Código de Comercio y otras normas complementarias, se encuentran diversos negocios jurídicos y cláusulas que hacen parte de ellos, sancionadas con la ineficacia de pleno derecho, entre las cuales podemos mencionar las siguientes: la indeterminación del objeto social contenida en el artículo 110 numeral 4 del Código de Comercio¹¹⁸; ineficacia del aumento de capital con reavalúo de activos¹¹⁹; ineficacia de cláusulas que priven del reparto de utilidades a algunos de los socios¹²⁰; ineficacia de decisiones societarias adoptadas incumpliendo requisitos legales y estatutarios

¹¹⁷ Ver artículo denominado “La sanción de ineficacia en el derecho colombiano” escrito por el doctor Mauricio Carvajal Córdoba, abogado de Estudios Jurídicos de la Cámara de Comercio de Medellín, 1999.

¹¹⁸ Hoy este tema ha variado en el caso de las sociedades anónimas simplificadas.

¹¹⁹ Artículo 122 inciso segundo del Código de Comercio.

¹²⁰ Artículo 150 del Código de Comercio.

sobre lugar, convocatoria y quórum¹²¹; ineficacia de las cláusulas sobre inamovilidad de administradores¹²²; ineficacia de cláusulas sobre irresponsabilidad de socios en sociedades colectivas ¹²³; ineficacia de cláusulas sobre exoneración de rendición de cuentas de los administradores¹²⁴; ineficacia de cesión de cuotas sociales hecha por medio diferente a la escritura pública¹²⁵; ineficacia de decisiones adoptadas por miembros de junta directiva vinculadas por determinado parentesco¹²⁶; ineficacia en materia de responsabilidad del asociado de hecho¹²⁷; ineficacia en materia de protección al establecimiento de comercio, como el derecho a la renovación del contrato de arrendamiento que recaiga sobre local comercial; el derecho a subarrendar hasta el 50% de dicho local, etc.¹²⁸; ineficacia sobre cláusulas de irresponsabilidad del transportador en el contrato de transporte¹²⁹ y así existen muchas otras normas sobre ineficacia de pleno derecho.

5.2.3. Consecuencias de la determinación de la materia conciliable antes del acuerdo conciliatorio

En el capítulo anterior de este trabajo expresamos que, en nuestro sentir, la materia conciliable sólo podía determinarse por el conciliador al momento de conocer los términos del acuerdo y no antes, aunque la ley disponga que debe ser antes de citar a audiencia de conciliación.

¹²¹ Artículo 190 en concordancia con el 196 del estatuto mercantil.

¹²² Artículo 198 del Código de Comercio

¹²³ Artículo 294 del Código de Comercio

¹²⁴ Artículo 318 del Código de Comercio.

¹²⁵ Artículo 366 del Código de Comercio.

¹²⁶ Artículo 435 del Código de Comercio.

¹²⁷ Artículo 501 del Código de Comercio.

¹²⁸ Artículo 524 del Código de Comercio en concordancia con los artículos 515 a 523 del estatuto mercantil.

¹²⁹ Artículo 992 del Código de Comercio, modificado por el artículo 10 del decreto 001 de 1990.

El argumento central para arribar a esa conclusión se basa concretamente en que, lo que el legislador persigue al instituir la materia conciliable, es que no se logre por las partes acuerdos violatorios de normas imperativas, orden público o buenas costumbres.

Aquí sólo nos queda agregar que si el conciliador, de manera anticipada estima que el asunto sometido a su consideración no es conciliable, sin hacer el menor esfuerzo siquiera por citar a las partes y escucharlas, expidiendo la constancia pertinente en ese sentido, no está haciendo otra cosa que violar a las partes el derecho de acceso a la administración justicia, pues ello atenta contra la filosofía misma de la conciliación que implica diálogo entre las partes.

El derecho de acceso a la administración de justicia tiene una consagración constitucional expresada en el artículo 229 que textualmente dice: “Se garantiza el derecho de toda persona para acceder a la administración de justicia. La ley indicará en que casos podrá hacerlo sin representación de abogado”.

Se trata de un derecho calificado como fundamental y que hace parte del núcleo esencial del debido proceso. Se le han atribuido varios significados o alcances, entre los que me permito mencionar los siguientes: disponer de procedimientos idóneos y efectivos; obtener la resolución de controversias sin dilaciones injustificadas y con la aplicación del debido proceso; tener a disposición del ciudadano un conjunto amplio de mecanismos para reclamar los

derechos como la acción de tutela, acción de cumplimiento, de grupo y demás consagradas por la Constitución y la ley; disponer de autoridades administrativas de manera excepcional como administradores de justicia y finalmente disponer del concurso de los particulares para administrar justicia de manera transitoria, tal como con claridad lo ha señalado el inciso cuarto del artículo 116 de la Constitución Nacional.

En conclusión si una persona solicita una conciliación y ésta le es negada expidiéndole la constancia respectiva, por cuanto de entrada el conciliador estima que la materia no es conciliable, con esta conducta se le viola el derecho de acceso a la administración de justicia y por tanto puede promover una acción de tutela para que se le proteja el mencionado derecho sustancial.

Igualmente consideramos que las normas que consagran la posibilidad de negar un trámite conciliatorio expidiendo la constancia respectiva, con el argumento de que el asunto no es conciliable, son inexecutable debido a que violan el artículo 229 de la Constitución Política, en cuanto atentan contra el derecho de los ciudadanos de acceder a la administración de justicia, en este caso utilizando el instrumento de la conciliación.

5.3. En cuanto a la determinación de la relación sustancial en el trámite conciliatorio y sus efectos.

En el capítulo anterior tuvimos la oportunidad de concluir que el conciliador debe estar muy atento al tipo de relación sustancial que se presenta en el trámite conciliatorio, la cual está implícita dentro del conflicto que pretende resolver con el concurso de las partes.

Igualmente decíamos que esa relación sustancial, por su contenido, puede ser divisible o indivisible: en el primer caso el conciliador no tendrá porqué cumplir con la obligación de hacer concurrir a determinados sujetos; en tanto que si la estructura de la relación sustancial es indivisible, surge de manera inexcusable el deber de llamar al trámite conciliatorio a todas estas personas.

La pregunta que surge en esta parte del presente trabajo es la siguiente: ¿Qué ocurre si el conciliador realiza la audiencia de conciliación sin la presencia de uno o varios sujetos de derecho que, en virtud de la estructura de la relación sustancial, debían estar inevitablemente presentes en la audiencia para confeccionar el acuerdo, porque son quienes tienen la legitimación negocial ?.

La legitimación negocial es un presupuesto necesario para la configuración de los negocios jurídicos y por ende para la debida confección

del acuerdo conciliatorio; consiste en una especie de habilitación que tienen los sujetos que intervienen en el mismo, para disponer de los intereses involucrados en él. Si falta esta legitimación en alguna de las partes, el negocio jurídico así celebrado no será efectivo para reglamentar los intereses jurídicos vinculados al mismo; de allí que se afirme que este presupuesto tiene íntima conexión con el principio de la relatividad de los negocios jurídicos (Ramírez, 2008, p. 432).

Conforme a este principio, los negocios jurídicos crean reglas de autorregulación de intereses para las partes que intervinieron en el mismo, generando únicamente para ellas relaciones jurídicamente relevantes, no siendo vinculantes, por regla general, para terceras personas (Ramírez, 2008, p. 429).

De manera que el conciliador deberá tener en cuenta dicha legitimación negocial al momento de convocar a las partes del conflicto a audiencia y obviamente al instante de confeccionar el acuerdo conciliatorio. Si cumple adecuadamente con este propósito su labor es impecable y generará la calidad esperada.

La aparente dificultad se suscita, cuando no convoca a las personas con legitimidad negocial para ello al trámite conciliatorio e inclusive cuando construye un acuerdo con esos mismos sujetos de derecho. En este caso, es apenas obvio concluir que los intereses en juego se encuentran en cabeza de otra persona que no concurrió a la celebración del acuerdo y que por tanto debe calificársele como tercero en la relación negocial. La pregunta obligada es

¿Qué ocurre con estos intereses?. Sencillamente ese negocio jurídico y sus efectos son impotentes para modificar los intereses de ese tercero, lo cual quiere decir que le es inoponible, por cuanto nadie puede trasladar derechos diferentes a los que tiene. Se trataría entonces de un negocio jurídico inocuo e indiferente para el tercero (Ramírez, 2008, p. 444).

Por otra parte, si se pretende utilizar la figura de la estipulación por otro, es preciso que el conciliador deje claros los alcances y efectos de esta, para evitar malos entendidos de las partes que intervienen en la audiencia y en el acuerdo. Consiste en que un sujeto de derecho promete al otro u otros que un tercero ejecutará en su favor determinada prestación. Es claro que esta promesa es inoponible a ese tercero a quien se intenta sujetar a dicho compromiso, pues sólo lo vinculará si la asume de manera expresa mediante su ratificación; si ello no ocurre, el beneficiario tendrá acción resarcitoria de perjuicios contra quien hizo la promesa.¹³⁰

Pero lo que pretendemos destacar, son las incidencias que puede tener el hecho de que, el conciliador no convoque y haga partícipes a determinados sujetos de derecho dentro del trabajo conciliatorio, convirtiéndolos de esta manera en terceros.

Hay que diferenciar dos situaciones: que la relación sustancial no implique para el conciliador el deber de vincular a determinados sujetos de derecho o que de la misma se desprenda dicha obligación.

¹³⁰ Artículo 1507 del Código Civil.

Así por ejemplo si nos encontramos frente a una relación sustancial configurada por varios sujetos de derecho en ambos extremos, pero existe solidaridad entre ellos, el hecho de llegar a un acuerdo en algún asunto no exceptuado por la ley, sin la intervención de todos, no afecta para nada la calidad en el servicio conciliatorio porque dicho acuerdo es perfectamente viable, debido a que sencillamente la figura de la solidaridad permite que se cumpla la obligación con uno solo de ellos, quedando éste con algunas cargas respecto de los demás miembros de ese extremo del negocio jurídico.

El problema se presenta es cuando se avala un acuerdo en que debieron intervenir determinados sujetos, que finalmente no fueron convocados o que habiéndolos sido no consintieron en el acuerdo conciliatorio. Frente a ese acuerdo esas personas deben calificarse, por tanto, como terceros al negocio jurídico y por tanto, no vinculados obligatoriamente al mismo.

Un acuerdo confeccionado en esos términos no puede calificarse como adecuado, por cuanto puede afectar los intereses tanto de las personas que lo suscribieron, como de las que no hicieron lo propio, que reitero, serían terceros. Veamos porqué.

En lo que respecta al beneficiario de la prestación derivada del acuerdo conciliatorio, no tendría herramientas para reclamar el derecho o los derechos que corresponden a ese tercero, que por lo mismo, no está obligado, por no haber consentido en ese negocio jurídico.

Quienes intervinieron en el acuerdo como deudores de la prestación, sin tener la legitimación negocial se enriquecerían injusta e ilícitamente con la prestación recibida del acreedor, sin que a su turno, cumpla con lo suyo, pues los intereses en juego no se encuentran a su nombre.

Finalmente, el tercero puede verse afectado con el acuerdo por cuanto el mismo generó una mutación de cosas que lo podrían afectar, como por ejemplo la entrega de bienes, etc.

Respecto a ésta última situación planteada, es importante destacar que aún existiendo el principio de la relatividad de los negocios jurídicos, no puede perderse de vista que los efectos que puede producir un negocio jurídico tienen enormes probabilidades de entrar en contacto con terceras personas ajenas al mismo, por cuanto los sujetos negociales no son personas totalmente aisladas en el entorno social. En otras palabras un negocio jurídico puede afectar positiva o negativamente a terceras personas, sin que éstas intervengan en el mismo.

Los terceros en un negocio jurídico se han clasificado en absolutos y relativos (Ramírez, 2008, p. 419). Los primeros son aquellos terceros que no tienen ningún tipo de contacto o relación con el negocio jurídico ajeno, es decir, con sus efectos, así como tampoco con las consecuencias que se deriven de su extinción; son personas ajenas y totalmente marginales, para quienes el negocio jurídico es una realidad extraña que no le despiertan ningún tipo de interés. Para efectos de nuestro trabajo de investigación estos terceros no

tienen ningún tipo de relevancia, porque el negocio jurídico denominado acuerdo conciliatorio no les genera ningún tipo de afectación.

En cambio los terceros relativos, son aquellos que aún a pesar de no haber asumido posición negocial vinculatoria, entran en contacto con un negocio jurídico ajeno, en cuanto a sus efectos o con las consecuencias de su desaparición, de tal manera que no puede predicarse la marginalidad de los terceros absolutos.

La posición de estos terceros relativos reviste cierta complejidad frente al postulado de la relatividad de los negocios jurídicos, por cuanto la relación o punto de contacto entre ellos y el negocio jurídico celebrado no siempre es el mismo.

La doctrina (Ramírez, 2008, p. 420) ha puntualizado dos tipos de situaciones de conexión entre el tercero y el negocio jurídico:

La primera se ha denominado conexidad presencial, en que el tercero no deja de ser tal, por cuanto no asume la condición de parte en el negocio jurídico; el acto jurídico ajeno y sus secuelas activas o pasivas no son entidades reguladoras de sus intereses; es un tercero relativo por cuanto las secuelas del negocio ajeno han entrado en contacto con él, sin que le sea admisible negar su conexidad, por cuanto dicho encuentro se ha producido entre dicho acto y su esfera de actividad jurídica.

Ante este tipo de situación de conexidad entre el tercero y el negocio jurídico denominado acuerdo, puede el tercero asumir dos posiciones, que son diametralmente opuestas: en una primera no puede mantenerse indiferente ante la presencia del negocio jurídico ajeno, debiendo considerar su existencia, no pudiendo hacer abstracción del mismo, por cuanto le afecta un derecho suyo o le amenaza alguna expectativa, como en el caso del acreedor que se afecta con el negocio jurídico en que su deudor enajena sus activos embargables, lo que elimina las perspectivas para el recaudo de su crédito. Este escenario puede denominarse como oponibilidad presencial.

La segunda posición, que ha sido llamada inoponibilidad presencial (Ramírez, 2008, pp. 424-425), implica que el tercero obre en la vida de relación haciendo caso omiso del negocio jurídico ajeno, por cuanto su esfera de actividad jurídica se mantiene incólume, resultando intrascendente dicho encuentro entre él y dicho negocio, como si nunca se hubiese producido, porque las secuelas activas o pasivas del acto no son elementos que le generen incomodidad o que le amenacen o priven de un derecho concreto o que por lo menos le cercenen sus probabilidades de acción en el mundo de las relaciones jurídicas. El ejemplo sobre este tipo de posición se encuentra en el negocio jurídico simulado frente a terceros de buena fe.

La segunda situación de conexión entre el negocio jurídico y el tercero se ha denominado oponibilidad relacional o vinculante (Ramírez, 2008, pp. 426 y ss.). En este escenario dicha conexión es profunda hasta el punto que incursiona en su esfera de derecho y por tanto crea vinculaciones en derecho con una o con ambas partes del negocio jurídico, a pesar de que no es parte en el mismo. Este es un escenario que se sale de lo común y ordinario y configura

una excepción al principio de la relatividad de los negocios jurídicos, por cuanto vincula a terceros relativos sin que estos lo hayan autorizado voluntariamente.

Como ejemplo de este tipo de situaciones encontramos los contratos colectivos que son aquellos que pueden producir efectos respecto de terceros que ni directa ni por representación han participado en su celebración (Ospina Fernandez y Ospina Acosta, 2000, pp. 387-388). Como ejemplo de este tipo de negocios jurídicos podemos mencionar el acuerdo de reorganización empresarial que deberá ser aprobado con el voto favorable de un número plural de acreedores que representen, por lo menos, la mayoría absoluta de los votos admitidos.¹³¹

Otro caso de aplicación de esta situación lo encontramos en acuerdos conciliatorios que recaigan sobre relaciones jurídicas precedentes de carácter solidario, como en el caso de que se extinga una relación preexistente mediante el pago a uno de los acreedores solidarios, caso en el cual este negocio jurídico genera efectos respecto de los demás acreedores solidarios, que son terceros relativos para efectos de ese preciso negocio jurídico.

¹³¹ Ver artículo 31 de la Ley 1116 de 2006 sobre régimen de insolvencia empresarial.

5.4. En cuanto a la aplicación de la figura de la representación en todas sus manifestaciones.

5.4.1. Inoponibilidad del acuerdo conciliatorio por falta de poder o por ausencia de facultades para el caso concreto. Las prohibiciones existentes para determinados negocios jurídicos de los representantes legales

Refiriéndose a la legitimación representativa, Fernando Hinestrosa (2008, pp. 203-204), señala que para obrar en nombre ajeno y obtener que los efectos del negocio celebrado se radiquen en la persona por quien se obra, es indispensable contar con un poder, que puede surgir de previo acto de apoderamiento, es decir de un título que autorice la injerencia en la esfera ajena, que puede provenir de un negocio de procuración (en la representación voluntaria) una calidad legal por si sola o con un discernimiento del juez (representación legal), lo que quiere decir que el poder de representación es el fundamento de la eficacia del negocio representativo.

Ello significa que el representante debe estar investido de una autorización, investidura que se denomina poder, término con el que se indica la correspondiente atribución. En la representación voluntaria puede designarse en términos generales como un acto de apoderamiento, tradicionalmente asimilado al mandato o que deriva de él o de cualquier otro negocio de gestión; en la representación legal el poder viene directamente de la relación de parentesco o indirectamente de la mediación del juez y en la representación orgánica se remite a la norma jurídica para la generalidad de las personas

jurídicas de derecho público, o a los estatutos de la sociedad, corporación o fundación (Hinestrosa, 2008, pp.204 y ss.).

En el evento de que se celebre un acuerdo conciliatorio por una persona que invoque la calidad de representante y realmente no tenga poder o teniéndolo carezca de facultad suficiente para el respectivo acto, ese acuerdo es inoponible al presunto representado, lo cual, quiere decir, según las expresiones utilizadas por los tratadistas Guillermo Ospina Fernández y Eduardo Ospina Acosta, “Que no lo afecta en manera alguna, por ser respecto de él *res inter alios acta*” (2000, p. 344), excepto en dos casos: cuando el presunto representado ratifica o aprueba el acuerdo celebrado o cuando se está frente a la representación aparente.

Siendo inoponible este acuerdo conciliatorio al presunto representado, quiere decir que dicho acto vincula directamente la responsabilidad personal de quien actuó como representante para con la otra parte (Hinestrosa, 2008, pp.244).

Respecto de este tema nuestra Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, en sentencia de fecha 30 de noviembre de 1994, con ponencia del Magistrado Héctor Marín Naranjo, expresó:

*“(...) Las personas jurídicas desarrollan su capacidad de obrar por medio de sus **órganos** o **representantes**, quienes ante la falta de una voluntad natural del ente colectivo, actúan en las relaciones*

jurídicas comprometiéndola, dentro de los límites trazados por la ley, los estatutos y la finalidad de la persona jurídica. Cuando tales órganos o representantes rebasan esos hitos, las relaciones que de ese modo nacen no vinculan a la persona jurídica (...).

Resulta, pues, atendible sostener que los actos de los representantes que desborden los límites antedichos son sancionados por el ordenamiento con una particular forma de ineficacia que se conoce como la inoponibilidad del negocio frente al representado, figura distinta a cualquier otro tipo de sanción de los actos irregulares, especialmente los dimanantes de la incapacidad de la persona (...).

La inoponibilidad no conduce a la desaparición del negocio, sino que neutraliza la producción de los efectos del mismo en frente de alguien, todo bajo el entendido de que su validez entre las partes es incontrovertible. En este caso, el negocio es, en sí mismo, válido, pero es la expansión de sus efectos propios la que se ve disminuida ante quienes de otro modo, serían sus destinatarios naturales. O lo que es igual, la inoponibilidad hace siempre relación a alguien que, por determinadas circunstancias, suscitadas en su propia génesis, no es afectado por el negocio. Pero como éste, entre quienes le dieron origen, no tiene ningún reproche, sigue siendo válido y por ende eficaz (...).

Lo que se desea poner de relieve es cómo ante el representado, el acto que excede los poderes que ha otorgado, no lo afecta. Por el contrario, la aptitud vinculante del contrato sólo recae sobre el representante (...)"

En materia de representación legal existen igualmente prohibiciones para los padres, tutores, curadores, etc. que es necesario tener en cuenta al momento de darle aval a un acuerdo conciliatorio celebrado por cualquiera de estos representantes legales.¹³²

5.4.2. La exigencia de facultad expresa para conciliar en el poder es violatorio del derecho de acceso a la justicia

Anteriormente habíamos concluido que estar debidamente facultado para conciliar no puede entenderse en el sentido de que en el poder debe indicarse de manera expresa esa facultad, por cuanto ese poder es precisamente para adelantar un trámite conciliatorio y dentro de las probabilidades está que se logre un acuerdo, que es la finalidad última del trámite.

Si un conciliador exige perentoriamente ese requisito, ello es una conducta violatoria del derecho de acceso a la administración de justicia, porque se le priva a la parte que concurre a través de un representante, de resolver un problema a través del trámite de un mecanismo de administración de justicia como es la conciliación, tal como lo recalcamos atrás.

¹³² Por ejemplo, la prohibición para los padres de disponer de los bienes inmuebles del hijo, que consagra el artículo 303 o de las prohibiciones para el guardador respecto de determinados actos contratos que contiene el artículo 501 del Código Civil.

5.4.3. La aplicación de las dos causales de manera exegética viola el derecho de acceso a la justicia

Finalmente debe destacarse la conveniencia de que los conciliadores seamos abiertos en la interpretación de las causales para que una o ambas partes en conflicto puedan concurrir al trámite conciliatorio a través de un apoderado.

Por tanto las dos causales consagradas en el artículo 1 parágrafo segundo de la ley 640 de 2001, no deben interpretarse en el sentido de que son taxativas, es decir, que fuera de ellas no existe motivo para concurrir al trámite conciliatorio a través de apoderado. Una interpretación exegética de la norma igualmente produce el efecto de violar a la parte respectiva el derecho de acceder a la administración de justicia, por conducto del mecanismo de la conciliación.

5.5. En cuanto a la construcción o redacción del acuerdo.

En este momento abordaremos algunas anomalías o irregularidades que se pueden presentar al momento de redactar un acuerdo conciliatorio, pues las directrices para su adecuada redacción fueron dadas en el capítulo anterior.

5.5.1. Problemas de inexistencia

La inexistencia del acuerdo conciliatorio se podría configurar, en primer lugar, por no tener los elementos esenciales, al momento de su confección. Hoy no existe duda alguna que la falta de elementos esenciales en un determinado negocio jurídico genera su inexistencia. El artículo 1501 del Código Civil, al describir los elementos del negocio jurídico señala que “Son de la esencia de un contrato aquellas cosas sin las cuales, o no produce efecto alguno, o degenera en otro contrato diferente”.

Otra de las posibilidades de inexistencia del acuerdo se configura si éste consiste en un negocio jurídico que implique disposición o gravamen sobre bienes inmuebles, pues, como ya lo expusimos en su momento, este tipo de actos debe hacerse constar en escritura pública.

Finalmente puede ocurrir que un acuerdo conciliatorio pueda resultar inexistente por la imposibilidad física del objeto, por cuanto la conducta vertida en el acuerdo sea contraria a las leyes de la naturaleza, porque no sea posible la conducta o la cosa.

5.5.2. Acuerdo defectuoso

Un acuerdo conciliatorio igualmente puede redactarse defectuosamente por el conciliador, por diversas razones, que es difícil anticipar o predecir. Por vía de ejemplo, porque el acuerdo implica que una parte se obliga a pagar a la

otra una suma determinada de dinero, pero se omitió fijar el plazo para el cumplimiento de dicha obligación. En este caso estaríamos en presencia de una obligación pura o simple que, por tanto, necesitaría un requerimiento para constituir en mora al deudor y por tanto para que se generen intereses, en caso de incumplimiento.

Nuestra Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, al respecto dijo:

“Si los indicados son los únicos casos en que la ley consagra la mora automática, es obvio que solo en ellos se da una coincidencia simultánea entre los conceptos entre exigibilidad y mora. En cualquiera otra hipótesis diversa a las de las excepciones consideradas, la coincidencia entre exigibilidad y mora no se produce sino en forma sucesiva y mediante la reconvención judicial del deudor por el acreedor. Por eso se dice que si bien la mora supone la exigibilidad siempre, la regla inversa no es exacta, porque no toda exigibilidad supone mora.

*“Significa lo anterior, entonces, que **las obligaciones puras y simples**, no comprendidas como desde luego no lo están dentro de los casos de excepción de los numerales primero y segundo del artículo 1608 del Código Civil, deben por lo tanto ser ubicadas dentro de la regla general contemplada por el numeral 3º de dicho precepto, o sea que ellas, **aunque exigibles desde el mismo momento de su nacimiento, no colocan por sólo ello al respectivo deudor en la condición de moroso, pues para que***

tal cosa suceda se necesita que medie la reconvención judicial del acreedor".¹³³

Otras de las variantes de acuerdos defectuosos se da cuando se contrae una obligación a cargo de alguien que no intervino en la audiencia, como por ejemplo que determinada persona se obliga a que un tercero arregle los daños de un vehículo automotor averiado en un accidente de tránsito, sin que este tercero haya intervenido en la audiencia y por tanto aceptado. Al momento que la parte beneficiada con el compromiso acuda a ese tercero, éste legalmente no estaría obligado a ese cumplimiento con base en el acuerdo, pues no fue parte en la audiencia y por lo mismo no contrajo obligación alguna, en virtud de los efectos relativos del negocio jurídico.

En fin pueden ser muchos los casos de acuerdos irregulares que finalmente le pueden generar complicaciones a sus acreedores, debido a su mala o inadecuada redacción.

¹³³ Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 16 de diciembre 1968, (Resaltado fuera del texto)

5.6. Implicaciones de las anomalías que se presenten dentro del trámite conciliatorio para las partes, el conciliador y demás vinculados con el mismo y frente a la calidad del servicio de conciliación.

No nos dedicaremos aquí a mencionar las incidencias para cada uno de los eventos examinados en este capítulo, sino que describiremos dichas implicaciones a nivel general, aunque ejemplifiquemos en algunos casos.

En primer lugar examinando las diferentes situaciones presentadas, podríamos decir que se afectan los intereses de una o ambas partes, quienes, confiando en la gestión del conciliador en derecho, suscribieron el acta de acuerdo. Baste citar como ejemplo que el conciliador redacte y avale un acta que contenga un acuerdo consistente en que una de las partes reconoce a favor de la otra una obligación dineraria y se obliga a pagarla mediante la dación en pago de un inmueble; dicha acta es rechazada al momento de su inscripción en la competente Oficina de Registro de Instrumentos Públicos y posteriormente el bien objeto de dicha dación es embargado por un tercero; es claro, entonces, que en este caso, se ha generado un enorme perjuicio al acreedor, lo que implica señalar un responsable, pero además es un hecho que desdice mucho de la calidad en la prestación del servicio de conciliación en derecho que, por tanto, generaría también inconformidad de las partes frente al mismo y por tanto reticencia en la utilización de la figura.

En relación con la responsabilidad de los operadores de la conciliación extrajudicial en derecho privado resulta importante destacar que no existe

regulación expresa sobre el tema, razón por la cual, existen diversos criterios sobre el particular, aunque no pretendemos ahondar sobre este específico tema que merece un estudio especial más profundo y se sale de los límites de esta investigación.

Autores como Jorge Hernán Gil Echeverri (2003, PP. 94 y ss.), consideran que los conciliadores pueden incurrir en responsabilidad extrancontractual frente a las partes en la conciliación y por tanto deben indemnizar los perjuicios que le causen, cuando rompen los principios de neutralidad, imparcialidad e independencia o cuando incumplen con la obligación de realizar el control de legalidad sobre el acuerdo conciliatorio y responden como un profesional en la materia debido a su preparación y calificación especial que exige la ley y que se espera de ellos.

Otro sector de la doctrina (Castaño, 2004, p. 130) estima que en materia de conciliación puede existir responsabilidad del Estado, conforme a los artículos 13, 65 y 74 de la ley 270 de 1996 o estatuto orgánico de la administración de justicia, por cuanto los conciliadores en derecho son verdaderos administradores de justicia de manera transitoria.

Finalmente no puede descartarse la idea de que exista responsabilidad civil contractual de los Centros de Conciliación, por cuanto en el escenario de una conciliación extrajudicial en derecho privado, se observan vínculos claros entre las partes que acuden a los mismos en busca de la prestación del servicio, así como también vínculos entre dichos centros y los conciliadores que hacen parte de su lista y que finalmente adelantan todo el trámite conciliatorio.

Todo lo anterior sin perjuicio de los vínculos existentes entre los centros de conciliación y el Estado a través del Ministerio del Interior y de Justicia, entidad que tiene la misión de vigilar y supervisar las actividades de dichos centros.

Reiteramos que esto es objeto de otro trabajo investigativo que de manera exhaustiva examine dichas relaciones o vínculos y pueda arribar a conclusiones en materia de responsabilidad.

CONCLUSIONES

La conciliación es un mecanismo alternativo de resolución de conflictos, a través del cual dos o más personas gestionan la solución de sus diferencias con la ayuda de un tercero neutral y calificado denominado conciliador. Como mecanismo contiene dos elementos básicos: jurídicos y interdisciplinarios. Los primeros pueden ser, a su turno, procesales, como la cosa juzgada, el título ejecutivo, el litis consorcio necesario, interrupción de la prescripción y caducidad, el requisito de procedibilidad, entre otros; y sustanciales, como el acuerdo conciliatorio y la materia conciliable. En cuanto al área interdisciplinaria se destacan aspectos inherentes al ser humano, como la psicología, sociología, ética, teoría de la comunicación, teoría del conflicto etc.

La conciliación puede enfocarse igualmente como un esquema o instrumento diseñado por el Estado para cumplir con su labor de administrar justicia, junto con otros como el proceso judicial y el proceso arbitral, tal como lo señala el inciso cuarto del artículo 116 de la Constitución Nacional.

Según la Corte Constitucional el derecho de acceso a la administración de justicia se garantiza a través del uso de los mecanismos alternativos de solución de conflictos. En otras palabras, la conciliación se enmarca dentro del movimiento de reformas para garantizar el acceso a la justicia y forma parte de las políticas encaminadas a promover el acceso a la justicia.

La exigencia de “eficiencia” que debe revestir la prestación del servicio de administración de justicia, en general, y de conciliación, pretende que el trabajo encomendado a los conciliadores guarde directa proporción con la responsabilidad asignada a ellos, es decir, que resuelvan en forma clara, cierta y sensata los asuntos sometidos a su conocimiento; es decir, haciendo gala de su seriedad, su conocimiento del derecho y su verdadero sentido de la justicia, para que el producto final de su trabajo se enmarque dentro del concepto de excelencia.

Para que el servicio de conciliación sea idóneo es preciso que cumpla una serie de requisitos, entre los cuales podemos mencionar: un buen diseño normativo que sea claro y coherente, reglas del juego claras en materia de interpretación de sus normas y principios, apoyo logístico-administrativo de los centros de conciliación que sirven de escenario para desarrollar las conciliaciones, una adecuada vigilancia y seguimiento del Gobierno sobre su funcionamiento y finalmente garantizar la calidad en la prestación del servicio por parte de los conciliadores, sin pretender que esta breve lista sea taxativa.

Examinar la prestación del servicio del conciliador en función de su papel como tercero que gestiona la solución de diferencias, nos muestra que el conciliador no solo tiene la misión de gestionar exitosamente las diferencias mediante un acuerdo, sino liderar la confección adecuada de éste.

La calidad en la prestación de los servicios de los conciliadores en derecho, tiene que ver, en parte, con su preparación integral, es decir, no sólo en conocimientos jurídicos, tanto sustanciales como procesales, que lleva implícita la figura, sino también en materia de asuntos interdisciplinarios.

Pero si examinamos las funciones del conciliador desde el punto de vista de las estrategias que debe orientar su actividad, encontramos en la doctrina diferentes criterios de intervención y de medidas que debe adoptar durante su trabajo. En cuanto a las calidades personales y profesionales que exigen las normas que regulan la conciliación y luego otras que se derivan de los estudios sobre procesos y técnicas de negociación.

Existe una estrecha relación entre la conciliación extrajudicial en derecho privado y la teoría general del negocio jurídico y el punto de contacto de las dos instituciones es el acuerdo conciliatorio, por cuanto éste configura un clásico negocio jurídico, aunque pueda darse o no en su trámite.

Hay dos teorías o enfoques sobre el negocio jurídico en la doctrina y la jurisprudencia: la teoría del negocio jurídico como manifestación de voluntad encaminada a producir un efecto jurídico y la teoría del negocio jurídico como autorregulación de intereses (Bigliuzzi, Breccia, Busnelli y Natoli, 1995, pp. 592 y ss.). Los elementos que hacen parte del negocio jurídico pueden extraerse tanto de una teoría general del negocio jurídico como de una teoría general del contrato.

La autonomía privada, autonomía negocial, autonomía de la voluntad o expresiones similares configura el eje central de la teoría general del negocio jurídico, por cuanto, cualquiera que sea la visión de la doctrina sobre el negocio jurídico, sigue siendo el mismo concepto.

Todo acuerdo conciliatorio, cualquiera que sea su contenido, puede calificarse como un negocio jurídico, independientemente de la visión que se tenga sobre este preciso concepto. La generalidad de la doctrina y jurisprudencia nuestras son coincidentes en aceptar la idea de que el acuerdo conciliatorio configura un clásico negocio jurídico.

Hemos identificado algunas formas puntuales en que se puede aplicar la teoría general del negocio jurídico a la conciliación extrajudicial en derecho privado. Así tenemos, que en cuanto a los efectos de la solicitud de conciliación frente al fenómeno de la prescripción que extingue las acciones judiciales, luego de aplicar los métodos de interpretación gramatical, sistemática, histórica y teleológica , hemos concluido que tal efecto consiste en la interrupción de la prescripción o no en la suspensión como se dice literalmente en la ley, con todas las consecuencias que ello amerita frente al derecho de acceso a la administración de justicia.

Con relación a la materia conciliable hemos puesto de presente la falta de precisión y coherencia de la ley , la doctrina y la jurisprudencia en cuanto a su determinación y el momento para hacerlo, lo que podría dificultar la labor del conciliador y bloquea el derecho de acceso a la administración de justicia de las partes en conflicto. Sugerimos una metodología para dicha determinación tomando como sustento el postulado de la autonomía privada y sus límites , haciendo énfasis en el deber del conciliador de develar la materia conciliable sin que ello viole su deber de imparcialidad o neutralidad y finalmente concluimos que solo puede determinarse dicha materia al momento de conocer el contenido del acuerdo y no antes.

La determinación de la relación sustancial cuando una de las partes en conflicto se encuentra configurada por varias personas, es otro de los aspectos que conectan la teoría general del negocio jurídico y la conciliación extrajudicial, pues deben distinguirse entre relaciones de carácter divisible o indivisible. Cuando el conciliador se encuentra frente a las divisibles solo debe hacer comparecer a las personas señaladas en la solicitud de conciliación, en tanto que si la relación sustancial es indivisible constituye deber insoslayable citar a todas las personas que hacen parte de dicha relación

Al referirnos a la aplicación de la figura de la representación, en sus diferentes matices, cuando se trabaja en conciliación, hemos desarrollado tres problemas puntuales que se presentan en la práctica conciliatoria con relativa frecuencia. En primer lugar, hemos concluido que el apoderado que representa los intereses de las partes debe ser abogado, aunque la ley no lo diga de manera expresa, por cuanto este apoderamiento se dirige a representar personas para la resolución de conflictos y no para negocios jurídicos de la vida ordinaria. En segundo lugar la facultad de conciliar debe deducirse del texto del poder y no exigirse de manera expresa, como ocurre con los poderes para procesos judiciales, pues en estos el poder se confiere para litigar y en la conciliación para dialogar y buscar consensos, lo cual cambia el espectro de los dos tipos de poder. Finalmente hemos planteado que las dos causales señaladas en la ley que permiten a las partes concurrir a la audiencia a través de apoderado, no son taxativas, sino enunciativas, porque pueden existir motivos razonables diferentes para no asistir y en esa medida se da aplicación a principios claros de la conciliación como la flexibilidad, la celeridad y la eficiencia.

En cuanto a la construcción del acuerdo, como se trata de un negocio jurídico, puede generar obligaciones, modificar relaciones preexistentes o extinguirlas y en aquellos que las crean, se concretan los diferentes tipos como las de dar, de hacer o de no hacer, con toda su problemática.

Como tema final hemos logrado señalar con precisión las consecuencias que se derivan de una falta o inadecuada aplicación de la teoría general del negocio jurídico a la conciliación extrajudicial en derecho privado, por parte de los conciliadores, frente a la calidad en la prestación del servicio, precisando una especie de patología del trabajo resultante y sus implicaciones para el futuro de la figura.

En cuanto los efectos de la solicitud de conciliación hemos destacado la importancia de aplicar la tesis de la interrupción de la prescripción pues es una teoría más garantista porque hace posible el derecho de acceso a la administración de justicia de quien utiliza la figura conciliatoria.

Cuando se viola la materia conciliable y se permiten acuerdos que no encajan en el postulado de la autonomía privada, se pueden presentar irregularidades en el mismo, como negocio jurídico, tales como ilicitud, ineficacia de pleno derecho; en lo que respecta a la determinación de la materia conciliable antes del acuerdo, viola el derecho de acceso a la administración de justicia, porque no permite a las partes el empleo a cabalidad de la conciliación extrajudicial en derecho.

En caso de no atenderse por parte del conciliador los parámetros de la relación sustancial indivisible, omitiendo la citación de personas cuya concurrencia es obligatoria, se pueden generar irregularidades en el acuerdo, tales como la inoponibilidad negocial. Un acuerdo confeccionado en esos términos no puede calificarse como adecuado, por cuanto puede afectar los intereses tanto de las personas que lo suscribieron, como de las que no hicieron lo propio, que reitero, serían terceros. En lo que respecta al beneficiario de la prestación, no tendría herramientas para reclamar el derecho o los derechos que corresponden a ese tercero, que por lo mismo, no está obligado, por no haber consentido en ese negocio jurídico.

En el evento de que se celebre un acuerdo conciliatorio por una persona que invoque la calidad de representante y realmente no tenga poder o teniéndolo carezca de facultad suficiente para el respectivo acto, ese acuerdo es inoponible al presunto representado, es decir, el acto vincula directamente la responsabilidad personal de quien actuó como representante para con la otra parte.

La exigencia de facultad expresa para conciliar en el poder es violatorio del derecho de acceso a la justicia, porque se le priva a la parte que concurre a través de un representante, de resolver un problema a través del trámite de un mecanismo de administración de justicia como es la conciliación.

En cuanto a las anomalías o irregularidades que se pueden presentar al momento de redactar un acuerdo conciliatorio, encontramos la inexistencia del acuerdo, por no tener los elementos esenciales o porque verse sobre disposición o gravamen de bienes inmuebles, pues, en tal caso debe constar en escritura pública o por la imposibilidad física del objeto, debido a que la conducta vertida en el acuerdo sea contraria a las leyes de la naturaleza, porque no sea posible la conducta o la cosa.

Las anomalías descritas anteriormente tienen graves implicaciones para las partes, el conciliador y demás vinculados con el mismo y frente a la calidad del servicio de conciliación. En primer lugar se afectan los intereses de una o ambas partes, quienes, confiando en la gestión del conciliador en derecho, suscribieron el acta de acuerdo. En relación con la responsabilidad de los operadores de la conciliación extrajudicial en derecho privado resulta importante destacar que no existe regulación expresa sobre el tema, razón por la cual, hay diversos criterios sobre el particular.

Consideramos que este trabajo contribuirá a superar las dificultades que afrontan las personas que de una u otra manera trabajan en la institución de la conciliación, como los directores de Centros de Conciliación, los conciliadores en derecho y aún los en equidad, las partes involucradas en el conflicto, sus asesores o apoderados, los académicos que tienen la misión de impartir enseñanza en mecanismos alternativos de solución de conflictos y, en general, todas las instituciones que tienen relación con la operación de la conciliación como instrumento de paz nacional, incluyendo al estado.

Creemos brindar a la comunidad académica colombiana un trabajo sistemático, claro y coherente que permita a los conciliadores en derecho, a los abogados y, en general a los conocedores del tema, encontrar una teoría general que les permita definir en su práctica conciliatoria cuándo y bajo qué circunstancias la teoría general del negocio jurídico es perfectamente aplicable al esquema conciliatorio y en qué medida incide en la estructuración de criterios identificadores de calidad en la prestación del servicio en la materia.

El reto es que el funcionamiento de la figura mejore cada día más y para ello es necesario que todos los partícipes en su práctica, le impriman un manejo claro y uniforme de todos los temas que encierra, entre los cuales merece destacarse esa conexión entre teoría general del negocio jurídico y la conciliación en sus diferentes etapas o facetas. Esto se extiende, igualmente, a los conciliadores en equidad, quienes también tienen el deber de respetar esta materia.

Aunque la investigación se limita a los conflictos en el área de derecho privado, creemos haber sentado una base teórica conceptual aplicable a la conciliación en las diferentes áreas del derecho. Así por ejemplo, es posible que dentro de una conciliación laboral, administrativa o penal se puedan presentar problemas de representación de una o ambas partes en conflicto, que por tanto se orientan por las normas de derecho privado ; igualmente en la materia conciliable laboral se puede partir de la base teórica del negocio jurídico en general.

Este trabajo crea las bases para otras investigaciones sobre temas puntuales de enlace entre la teoría general del negocio jurídico y las obligaciones con el esquema de conciliación extrajudicial en derecho para todas las áreas jurídicas, que incluyan un estudio de campo que permita verificar cómo se está trabajando en la actualidad este tema por parte de todas las personas que de una u otra forma tienen contacto con esta figura propia de los mecanismos alternativos de solución de conflictos y los remedios necesarios para conjugar las irregularidades detectadas.

Finalmente para quien escribe ésta resultó siendo una experiencia extraordinaria en materia de investigación, que abre el horizonte para retos futuros.

BIBLIOGRAFÍA

Alterini, A., De Los Mozos, J., Soto. C. (2000) *Contratación contemporánea, teoría general y principios*. Bogotá, Colombia: Temis.

Arias, M. (2003) *La conciliación en Derecho de Familia*. Primera Reimpresión. Bogotá, Legis

Arrubla, J. (2003) *Contratos Mercantiles*. Tomo I. Medellín, Colombia: Biblioteca Jurídica Dike.

Barreto, A, Hernández y otros (2002) *Curso de Conciliación*. Bogotá, Ediciones Doctrina y Ley.

Betti, E. (1959) *Teoría General del negocio jurídico*, 2º edición. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, España.

Bigliuzzi, L., Breccia, H., Busnelli, F., Natoli, U. (1995) *Derecho Civil*. Tomo I, Volumen 2. *Hechos y Actos jurídicos*. Bogota, Colombia: Universidad Externado de Colombia.

Cariota, L. (1956) *El Negocio Jurídico*. Madrid, España: Aguilar.

Carvajal, M (1999) *La sanción de ineficacia en el derecho colombiano*, Medellín, Colombia

Castaño, J. (2004) *Tratado sobre conciliación*. Bogotá, Colombia: Leyer

Corte Constitucional de Colombia: Sentencias, T- 597 de 1992, SU- 067 de 1993, T.- 004 de 1995, C- 037 de 1996, C-. 242 de 1997, C- 157 de 1999, C- 160 de 1999, C- 893 de 2001, C- 1195 de 2002.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Garantías judiciales en estados de emergencia, Opinión consultiva OC-9-87 del 9 de octubre de 1987, serie A, Nº 9, párrafo 24.

Donaldson, Michael y Donaldson, Mimi (1996) *Negociación para Dummies*. Bogotá, Colombia: Grupo Editorial Norma.

Du Pasquier, C. (1984) *Introducción al Derecho*. Traducción del francés por Julio Ayasta (5ª. Ed), Lima, Perú : Jurídica Portocarrero.

Echeverri, J. (2004) *La Conciliación extrajudicial y la amigable composición*, Bogota, Colombia: Temis.

Entelman, R. (2005) *Teoría de Conflictos, hacia un nuevo paradigma*. Barcelona, España: Gedisa.

Escobar, G. (1994) *Negocios Civiles y Comerciales*, Tomo II. Bogotá : Biblioteca Jurídica Dike.

Fantova, F (2003) *Perspectivas en gestión de servicios sociales*, no publicada.

Farina, J. Astrea, A. Y Ricardo D. (1997) *Contratos comerciales modernos*. (2º Ed.) Buenos Aires, Argentina: Editorial Astrea

Flórez, J. (2004) *La eficacia de la conciliación* .Bogotá : Editorial ABC.

Galindo, I. (Septiembre- Diciembre 2002) "La naturaleza unitaria del derecho". : *Revista de derecho privado. Nueva época*, Año I, N° 3,. Pág. 23- 31.

García, M De Sousa, B (2004) *El caleidoscopio de las justicias en Colombia*, tomo I, Bogotá : Colciencias, Instituto Colombiano de Antropología e historia, Universidad de Coimbra-Ces, Universidad de los Andes, Universidad Nacional de Colombia, Siglo del Hombre editores

García, E. (1999) *Elementos de Familia*, Bogotá Editorial Facultad de Derecho EFD.

García, M. J. (2001) *Derecho Económico de los contratos*. Colombia: Librería del Profesional.

García R, F. (2004) *La conciliación en Derecho Administrativo*. Bogotá : Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia.

Gil, J. (2003) *La Conciliación extrajudicial y la amigable composición*, Bogota, Colombia: Temis.

Giraldo, J. (2004) *Mecanismos Alternativos de Solución de conflictos*. Bogotá : Editorial ABC,

Goldschmidt, W. (1987) *Introducción filosófica al Derecho*. (6º Ed.) editorial ABC.

Hayek, F. (1985) *Derecho, legislación y libertad*. Vol. I. Madrid, España: Unión Editorial.

Hernández, A. (2005) *La Conciliación extrajudicial en derecho como requisito de procedibilidad*, Bogota, Colombia: Leyer.

Hinestrosa, F y otros. (1986) *Estudios de Derecho Privado*. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.

Hinestrosa, F. (2002) *Tratado de las obligaciones: Conceptos, estructuras, vicisitudes*, Tomo I. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.

Hoyos, Consuelo. (2002) *Conciliación: Un modelo bioético, hermenéutico*: Medellín, Colombia: Señal Editora

Junco, J. (2002) *La Conciliación, aspectos sustanciales y procesales*. Bogota, Colombia: Temis.

Lafont, P. (2001) *Manual de Contratos*, Tomo I. Bogotá , Colombia: Ediciones del Profesional.

Larroumet, C. (1993) *Teoría del Contrato*. Volumen I. Bogotá, Colombia: Temis.

Latorre, A. (1976) *Introducción al Derecho*. (7° Ed.) Caracas, Venezuela: Ariel.

Kelsen, H. (1941) *La teoría Pura del Derecho*. México: Losada.

Lezcano, Martha. (2006) *La justicia de todos*. Medellín, Colombia : Señal Editora.

Mantilla, F. Ternera, F. (2007) *Los contratos en el Derecho Privado*. Bogotá, Colombia: Legis- Universidad del Rosario

Mayer, B. (2008) *Más allá de la neutralidad*. Barcelona, España: Gedisa.

Mercado, D. (2008) *Manual de Teoría Constitucional*. Bogotá, Colombia: Rodríguez Quito Editores.

Messineo, F. (1952) *Doctrina General del Contrato*. Tomo I. Buenos Aires, Argentina: Jurídicos Europa- América.

Ministerio del Interior y de Justicia. (2007) *Guía Institucional de conciliación en civil*. Bogotá, Colombia: Kronos Impresores y Cía.

Morales, A. (2006) *Lecciones de Derecho de Familia*, Bogotá, Colombia: Leyer

Narváez, J. (2002) *Derecho Mercantil Colombiano*, Parte General. Bogotá, Colombia : Legis.

Narváez, J. (2002) *Derecho Mercantil Colombiano, Obligaciones y Contratos Mercantiles*, Tomo V (2º Ed.). Bogotá, Colombia : Legis.

Núñez, J. Revelo, A. y Zuluaga, J. (2008) *Manual Práctico de Mediación*. Bogotá, Colombia: Legis.

Ospina, G. y Ospina, E.(2000) *Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico*. (6º Ed.) Bogotá, Colombia: Temis

Palacio, J. (2001) *La conciliación en materia contencioso administrativa*. Bogotá, Colombia : Librería Jurídica Sánchez R- Ltda.

Pallares, J. (2003) *Arbitraje, Conciliación y Resolución de Conflictos*. Bogotá, Colombia: Leyer.

Parra, C. (2002). El nuevo derecho internacional de los contratos. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia- J.M. Bosch. Barcelona.

Pascua, M. (1979) *Introducción a la ciencia del Derecho*. Madrid, España, Tecnos.

Peña, H (2009) El procedimiento conciliatorio en Colombia, Bogotá.

Pinkas, F. (2003) *Negociación Integral, cómo negociar y conciliar para resolver conflictos*. Lima, Perú : Jurídica GrijLey.

Plazas, M (1999) El neoliberalismo. Bogotá : Ediciones Rosaristas

Ramirez,E (2008) La ineficacia en el negocio jurídico.Bogotá : editorial Universidad del Rosario.

Real Academia Española (1984) *Diccionario*. Tomo II, Vigésima Edición. Madrid: editorial Espasa-Calpe S. A.

Romero, H. (2006) *La conciliación judicial y extrajudicial*. Bogotá, Colombia: Legis.

Scognamiglio, R. (1996) *Teoría General del Contrato*. Trad. Fernando Hinestrosa, Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.

Silva, E.; Mantilla, F y autores varios. (2005) *El contrato de arbitraje*, Bogotá, Colombia: Universidad del Rosario, Facultad de Jurisprudencia- Legis.

Sistema de información de la conciliación SIC, Ministerio del Interior y de Justicia, Dirección de Acceso a la Justicia, gobiernoenlinea.gov.co.

Suárez, M. (2002) *Mediación, conducción de disputas, comunicación y técnicas*, Buenos Aires, Argentina: Paidós.

Suescún, J. (2003) *Derecho Privado, Estudios de Derecho Civil y Comercial contemporáneo. Tomo II, (2º Ed.)*: Bogotá, Colombia: Legis,

Torres, A. (2001) *Introducción al Derecho*. Bogotá, Colombia: Temis.

Valencia, H. (2003). *Las tres grandes teorías generales del Derecho (3º Ed.)*. Medellín, Colombia : Señal Editora.

Valencia, H. (2007). *Nomoárquica, Principialística jurídica o Filosofía y Ciencia de los principios generales del derecho (4º Ed.)*. Medellín, Colombia : Librería Jurídica Comlibros.

Valencia Z, A; Ortiz, A., (1997) *Derecho Civil, Parte General y Personas*. Tomo I, Bogotá, Colombia: Temis.

Veccio, G. *Filosofía del Derecho (1960), Madrid ,España : Bosch*.

Vélez, S. (2008), Trabajo presentado en el marco del “V Congreso Internacional de Conciliación, mediación, arbitraje y negociación”, Centro de Conciliación y Arbitraje Talid. Agosto, Cartagena de Indias.

Velorio, M. (1984) *Introducción al estudio del Derecho*. México: Pornea S.A.

WWW.conciliación.gob.co. Programa Nacional de conciliación

Wilhelmson, T. (1988) “¿Racionalidad de las necesidades en el derecho privado?” En: *Revista Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 5, págs. 297-310.

Extraído desde <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=128434>