

**ACCESO A LA JUSTICIA, CONCILIACIÓN
Y MATERIA CONCILIABLE EN DERECHO
PRIVADO**

ALFONSO HERNÁNDEZ TOUS



**UNIVERSIDAD DE CARTAGENA
1827**

ACCESO A LA JUSTICIA, CONCILIACIÓN Y MATERIA CONCILIABLE EN DERECHO PRIVADO

ALFONSO HERNÁNDEZ TOUS ¹

Resumen

La conciliación es un mecanismo de resolución de conflictos que tiene elementos jurídicos tanto sustanciales como procesales, además de interdisciplinarios.

Mirada desde el punto de vista jurídico-procesal la conciliación viene reconocida como un mecanismo de acceso a la administración de justicia, que como tal, tiene límites impuestos por el legislador y que han sido reconocidos como razonables por parte de la Corte Constitucional.

Uno de los temas más importantes de la conciliación desde el punto jurídico sustancial es el atinente a los asuntos conciliables, pues existe un desconocimiento frente a su concepción de carácter general.

Existe una dificultad en la actividad conciliatoria frente al tema de los asuntos conciliables, que proviene de diversas causas que van desde una inadecuada redacción de las normas que regulan el tema, deficiente tratamiento del asunto por parte de la doctrina y jurisprudencia hasta una deficiente formación de los operadores de la conciliación en materia de teoría general de las obligaciones y contratos.

La comunidad académica y en particular el sector de los conciliadores extrajudiciales en derecho que operan la figura en materia de derecho privado, precisan de una herramienta que les permita mirar de forma sistemática, como una teoría general, el tema de los asuntos conciliables, de tal manera que el asunto no se aborde sin un norte definido.

¹ Abogado en ejercicio en el área de derecho y docente de la Universidad de Cartagena. El presente ensayo es parte de una investigación que el autor adelanta, por conducto del Departamento de Investigaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad de Cartagena, dentro de la Maestría en Derecho que cursa actualmente en la Universidad del Norte que podría conducir finalmente a la tesis de grado.

Este trabajo tiene la pretensión de aportar un grano de arena en uno de los temas más complejos de la figura conciliatoria, pues además analiza el papel del conciliador en derecho frente al deber de imparcialidad en el caso concreto.

Se trata apenas de una aproximación al tema, pues una propuesta bien cimentada, con las bases y fundamentos pertinentes, debe ser objeto de un trabajo metodológico científico más profundo.

ABSTRACT

Conciliation is a dispute resolution mechanism that has elements both substantive and procedural legal, as well as interdisciplinary.

Look from the legal point of view, the reconciliation process has been recognized as mechanisms for access to the administration of justice, as such, has limits imposed by the legislature and have been recognized as reasonable by the Constitutional Court.

One of the most important issues of reconciliation since the point is the substantial legal issues relating to reconcile, because there is an ignorance in front of his conception of a general nature.

There is a difficulty in activity against the conciliatory theme of the matters reconcilable, which comes from various causes ranging from inadequate drafting of the rules governing the issue, poor handling of the case by the doctrine and jurisprudence to a poor training operators of conciliation in terms of general theory of obligations and contracts.

The academic community and in particular the sector of the conciliators in extrajudicial right to operate the figure in private law, require a tool that allows them to look in a systematic way, as a general theory, the subject of the matters reconcilable, so so that the matter not be addressed without a defined north. This work has the aim of providing a grain of sand on one of the most complex issues of the conciliatory figure and it would also discusses the role of conciliator in right in front of the duty of impartiality in the case.

This is hardly an approach to the topic, for a well-founded, with the basis and foundations relevant, it must be a deeper scientific methodological work.

Palabras claves

Derecho de acceso a la administración de justicia, sus límites procesales y sustanciales, acuerdo conciliatorio, materia conciliable en derecho privado (civil, comercial y familia), la materia transigible, postulado de la autonomía de la voluntad y sus límites, negocio jurídico, rol del conciliador extrajudicial en derecho, el conciliador frente al acuerdo.

Key words

Right of access to the administration of justice, his procedural and substantial limits, agreement conciliatorio, subject conciliable in private right (civil, commercial and family), the subject transigible, posited of the autonomy of the will and his limit, juridical business, rol of the conciliatory extrajudicial in right, the conciliatory front to the agreement.

Fecha de recepción: Octubre 25 de 2008

Fecha de aceptación: Abril 17 de 2009

1. Introducción

La conciliación viene definida por el legislador 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”.²

Destaca la definición que la conciliación es un mecanismo, expresión que significa “Artificio o estructura de un cuerpo natural o artificial y combinación de sus partes constitutivas”³, lo que indica que a la conciliación hay que entenderla como un gran sistema constituido por diversos componentes.

Siendo la conciliación un mecanismo, para su cabal comprensión y aplicabilidad es necesario que los operadores e intervinientes en su proceso o

² Ley 446 de 1998, artículo 64, que corresponde al artículo 1 del decreto 1818 de 1998

³ Diccionario de la Real Academia Española

desarrollo, es decir, conciliadores , partes y abogados se apropien por lo menos de tres áreas básicas del conocimiento: jurídico-procesales, en cuanto la conciliación implica un trámite o instrumento para administrar justicia, es un clásico mecanismo de acceso a la justicia, además que en ella se manejan temas exclusivos del área procesal, como la cosa juzgada, el título ejecutivo, el litis consorcio necesario, interrupción de las prescripción e inoperancia de la caducidad, el requisito de procedibilidad, entre otros; área jurídico- sustancial, en cuanto las partes y el conciliador deben conocer el contenido y alcance del derecho sustancial envuelto en el conflicto que se trata de solucionar y en el acuerdo a que se pretenda llegar, con la finalidad de determinar si es o no susceptible de definirse por este mecanismo , además del conocimiento exacto del tema final e ideal que se da en su procedimiento como es el acuerdo.

Finalmente existe un área interdisciplinario, pues siendo la conciliación escenario de encuentro, diálogo y entendimiento, es preciso conocer aspectos inherentes al ser humano en su relación con sus semejantes, como la psicología, sociología, ética, teoría del conflicto, teoría de la comunicación, técnicas de negociación y demás.

En conclusión, no puede decirse que la figura de la conciliación tenga exclusivamente una de las tres connotaciones, pues se nutre de todas, tal como puede observarse en sus diferentes temas que son objeto de estudio .

El presente trabajo tiene la finalidad de precisar algunas ideas sobre el tema del acuerdo conciliatorio y más concretamente sobre uno de los aspectos polémicos que encierra el mismo, que es la materia conciliable, circunscrita a los conflictos relacionados con el derecho privado.

Se orientará inicialmente a encuadrar la conciliación desde un punto de vista constitucional como un mecanismo de acceso a la justicia, el cual , como veremos, puede tener límites impuestos por el legislador , dentro de los cuales podrán existir algunos relacionados con el tema procesal y otros con aspectos sustanciales de la figura conciliatoria.

Dentro de estos últimos destacamos la materia conciliable que, como se tratará de analizar brevemente, tienes algunos asuntos problemáticos que me

propongo destacar y muestran la necesidad de contar con una teoría general sistemática coherente para resolverlo.

2. Derecho de acceso a la administración de justicia y sus límites.

Sobre este tema ha sido mucho lo que se ha planteado tanto por la doctrina como por la jurisprudencia.

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.⁴

Al derecho de acceder a la administración de justicia 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.⁵

Por esa razón nuestra Corte Constitucional⁶ destacó como uno de los fines de la conciliación extrajudicial en derecho garantizar el derecho de acceso a la

⁴ Ver entre otras las sentencias C-059 de 1993 M. P. Alejandro Martínez Caballero ; C-544 de 1993 M. P. Antonio Barrera Carbonell ; T-538 de 1994 M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz ; C-037 de 1996 M. P. Vladimiro Naranjo Meza ; T-268 de 1996 M. P. Antonio Barrera Carbonell ; C-215 de 1999 M. P. Martha Victoria SÁCHICA ; C-163 de 1999 M. P. Alejandro Martínez Caballero ; SU-091 de 2000 M. P. Alvaro Tafur Galvis y C-330 de 2000 M. P. Carlos Gaviria Díaz.

⁵ “Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley”.

⁶ Sentencia C-1195 de 2001 con ponencia de los Magistrados Manuel José Cepeda Espinosa y Marco Gerardo Monroy Cabra

justicia, junto con otros fines, no menos importantes, como promover la participación ciudadana, estimular la convivencia pacífica, facilitar la resolución de controversias sin dilaciones y descongestionar los despachos judiciales, lo que en últimas significa que la conciliación extrajudicial es un inequívoco mecanismo de acceso a la administración de justicia.

Pero el derecho de acceso a la administración de justicia no es un derecho absoluto e ilimitado como se podría creer, pues puede tener condicionamientos para su ejercicio en aras de evitar el desorden y la anarquía en el sistema de administración de justicia. Estas limitaciones para el ejercicio de ese derecho pueden consagrarse por el legislador en virtud de su potestad legislativa general que viene dispuesta en el artículo 150 numeral segundo de la Constitución en concordancia con la potestad particular de que trata el inciso cuatro del artículo 116 ya transcrito.

Dentro de tales limitaciones puedo mencionar, a nivel ejemplificativo, las de carácter temporal, como en el caso de la caducidad para ejercitar acciones judiciales ; las eminentemente procesales como el denominado de manera genérica requisito de procedibilidad que se consagra en algunos casos para poder acceder a la administración de justicia, tales como el de agotar la vía gubernativa para poder demandar, en algunos eventos, por vía contencioso administrativa, la intervención en los procesos a través de abogado, la necesidad de utilizar una técnica jurídica para algunos actos procesales específicos como la demanda y para el asunto que nos ocupa, la necesidad de agotar un trámite conciliatorio como condición indispensable para poder demandar ante la justicia del estado.

En relación con la institución de la conciliación se observa que existen límites tanto procesales como sustanciales para acceder a la administración de justicia.

En efecto, si se examina con detenimiento la figura de la conciliación como requisito de procedibilidad no es otra cosa que una limitante impuesta por el legislador para acceder a la administración de justicia formal del estado, pues el no agotar el trámite conciliatorio, cuando la ley lo exige, implica cerrar las puertas del aparato judicial , hasta el extremo que si pretendo acceder a él presentando la

demanda de manera directa, el juez me cierra el acceso con un acto de rechazo de plano de la misma.

Pero también existe una limitante cuando queremos acudir a la figura de la conciliación extrajudicial en derecho, como mecanismo de acceso a la administración de justicia, que tiene una connotación eminentemente sustancial, el cual produce un efecto contrario al señalado en el párrafo anterior: permite teóricamente acudir de manera directa a la justicia formal del estado, sin necesidad de acudir al mecanismo de la conciliación. Se trata de la materia conciliable, lo que en otras palabras quiere decir, que si el conflicto que quiero resolver no es susceptible de conciliación y ello lo puedo determinar previamente a la celebración de la audiencia, en ese caso no tendría que acudir a la utilización de la figura conciliatoria y por el contrario podría demandar directamente ante los jueces de la república.

3. Momento para determinar la materia conciliable.

Tanto la legislación como la doctrina y la jurisprudencia parten del presupuesto indiscutible de que la materia conciliable la debe determinar el conciliador apriorísticamente, es decir, de manera previa a la realización de la audiencia que permite el encuentro de las partes en conflicto ; más aún, Oestima el legislador que apenas el conciliador conozca de la solicitud de conciliación debe estar en disposición de determinar si el asunto es conciliable o no, pues de no serlo, estaría imposibilitado para citar a las partes.

Un análisis conjunto de los artículos 2, 20 y 38 de la ley 640 de 2001 permite llegar a la anterior conclusión, que, como ya lo anotamos, hasta donde hemos podido apreciar, no ha sido puesta en discusión por los entendidos en la materia.

Para efectos de ilustración transcribiré textualmente la parte pertinente de estas normas y seguidamente haremos los comentarios de rigor :

Artículo 2 : “El conciliador expedirá constancia al interesado...., en cualquiera de los siguientes eventos : 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”.

Artículo 20 : “Si de conformidad con la ley el asunto es conciliable, la audiencia de conciliación extrajudicial en derecho deberá intentarse en el menor tiempo posible...”.

Artículo 38 : “Si la materia de que se trate es conciliable, la conciliación extrajudicial en derecho deberá intentarse antes de acudir a la jurisdicción civil...”.

Del contenido de estas normas pueden extraerse las siguientes conclusiones generales :

3.1. Conforme al artículo 2 transcrito no es necesario celebrar , ni siquiera convocar a audiencia de conciliación cuando el asunto no es conciliable, lo que en últimas quiere decir, que la determinación de si lo es o no, debe hacerse antes de la audiencia, hasta el punto de que el conciliador puede expedir la constancia a las partes de que el tema no es conciliable dentro de los diez días siguientes a la solicitud.

3.2. Los artículos 20 y 38 condicionan la realización de la audiencia a que la materia sea conciliable, lo que implica realizar esa valoración antes .

Como lo decía, ante la claridad de la ley, la doctrina ni la jurisprudencia discuten siquiera de que la valoración del asunto, para determinar si es conciliable o no, debe hacerse por el conciliador antes de la audiencia y desde el mismo momento en que tiene conocimiento del conflicto, en virtud de la solicitud de conciliación.

Así por ejemplo, la materia conciliable debe evaluarse, según Gil Echeverry,⁷ 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.

Luego de analizar el tema, particularmente me aparto de esta tesis general y mas bien planteo ésta eventualidad como la excepción, para concluir que, por regla general, el análisis y la valoración de si el asunto es conciliable debe hacerse, no antes de la audiencia, así como tampoco en cualquier momento de su desarrollo, sino en el momento en que se concreta el acuerdo de las partes; solo

⁷ La Conciliación extrajudicial y la amigable composición, Bogotá, editorial Temis, 2003, página 153 y 154

conociendo el contenido de este acuerdo es que puede determinarse si el asunto es conciliable.

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 afirmación, pero en aras de la brevedad presento dos a los lectores:

A) 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.

Pues bien, es posible que se adelante un proceso conciliatorio para resolver un problema de alimentos obligatorios y al momento de llegar al acuerdo me encuentre con la sorpresa de que como conciliador no le puedo dar el aval, por cuanto el asunto no es conciliable. Imaginemos por ejemplo 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.⁸

B) 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 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

⁸ Artículos 2474 en concordancia con el 425 del Código Civil.

establecimiento de comercio. Es claro que en este caso, este derecho es irrenunciable por expresa disposición legal imperativa.⁹

4. Problemas para la determinación de la materia conciliable en derecho privado.

Antes de entrar a fondo a plantear el problema, es necesario precisar que mientras que el juez administra justicia canalizando los conflictos que se le plantean, a través de un procedimiento que viene señalado de manera anticipada y detallada por la ley, culminando su trabajo, en cada caso concreto, mediante una decisión judicial, que normalmente satisface los intereses de una de las partes y no los intereses de la otra; el conciliador igualmente agota un procedimiento, obviamente mucho más flexible, menos engorroso en su trámite, más personalizado en la relación con las partes, sirviendo como facilitador de un proceso de diálogo y entendimiento de las partes, culminando su tarea con un acuerdo de las partes o no.

Por eso la conciliación viene definida como un
”.. mecanismo 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”¹⁰ (las negrillas no corresponden al texto).

Dentro del trámite conciliatorio, tal como lo indica la definición señalada, el conciliador “ayuda” a la solución de las diferencias y dentro de las probabilidades de resultados de su gestión está que las partes logren un acuerdo o no. En caso de lograrse un acuerdo, es más probable que el conflicto finalice, por cuanto se trata de una solución compartida por las partes, avalada por el conciliador y no impuesta por un tercero.

Nuestra ley de conciliación¹¹ clasifica la conciliación extrajudicial en dos tipos: en derecho y en equidad; la diferencia entre una y otra está dada por la persona que cumple la función de conciliador, pues mientras que en la primera se realiza ante conciliadores en derecho, cuya competencia varía dependiendo del

⁹ Artículos 518 y 524 del Código de Comercio.

¹⁰ Artículo 64 de la ley 446 de 1998

¹¹ Artículo 3 de la ley 640 de 2001

área del derecho en que se lleve a cabo, la segunda opera ante conciliadores en equidad.

Si la ley hace esta distinción es porque el conciliador en derecho tiene algunas responsabilidades y obligaciones que para cumplirlas deben reunir unos requisitos en diferentes escenarios.

Uno de los problemas o dificultades que más afronta el conciliador mientras cumple con el ejercicio de sus funciones es la determinación concreta de los asuntos que pueden ser sometidos a conciliación o, en otras palabras, la materia conciliable y por supuesto, la no conciliable.

La dificultad anotada tiene varias fuentes o motivos entre los cuales podemos destacar los siguientes:

4.1.1. Los conciliadores en derecho no tienen una herramienta apropiada para acometer un estudio riguroso y sistemático sobre la materia conciliable y por tanto, en no pocas oportunidades tienen una apreciación equivocada sobre el asunto;

4.1.2. La ley¹² ha tratado el tema de manera antitécnica, a tal punto que, en apariencia, vuelve el asunto simplista y sencillo, por cuanto dice que

“ serán conciliables todos los asunto susceptibles de transacción, desistimiento y aquellos que expresamente determine la ley”, siendo que el camino que traza ese enunciado es equivocado, pues realmente no conduce a encontrar la materia conciliable¹³.

4.1.3 La dificultad anterior no ha sido subsanada por la doctrina ni la jurisprudencia, porque, a mi modo de ver, también han mirado el tema como sencillo y de poca importancia. En algunas oportunidades se observa que los autores pasan por encima del tema, de manera simplista, y en otras oportunidades, lo tratan de manera equivocada.

¹² Artículo 65 de la ley 446 de 1998, que corresponde al artículo 2 del decreto 1818 de 1998

¹³ Ver comentarios en el libro “La Conciliación Extrajudicial en Derecho como requisito de procedibilidad” de la autoría del suscrito.

4.1.4. También se observa contradicción entre la doctrina sobre el punto, porque en ningún caso se han dado a la tarea de organizar una teoría general sobre la materia conciliable que sea comprensible y orientadora para quienes de una u otra manera, nos enfrentemos a encontrar dichos temas de manera sistemática, sin necesidad de que sea casuística.

4.1.5 Lo anterior se agudiza aún más si tenemos en cuenta que gran cantidad de abogados que fungen como conciliadores tienen escasa o precaria formación en materia de teoría general de las obligaciones y contratos, que es una base necesaria para la cabal comprensión del tema.

4.1.6. Existe una confusión bastante generalizada entre el tema del conflicto y el tema objeto del acuerdo y esa confusión ha llevado a muchos conciliadores a estimar apriorísticamente que el asunto que comprende el acuerdo no es conciliable cuando realmente si lo es.

4.1.7. También es palmario ver como los conciliadores en derecho confunden los asuntos conciliables con la posibilidad de llevar a un trámite conciliatorio determinado conflicto;

4.1.8. No hay suficiente claridad en los conciliadores en derecho sobre la oportunidad o momento en que debe evaluarse si determinado asunto es conciliable o no;

4.1.9. Hay confusión entre los conceptos de asuntos conciliables y la capacidad de los sujetos en conflicto para llegar a acuerdos, siendo dos temas completamente diferentes y que merecen un trato separado.

4.1.10. Muchos conciliadores tienen la impresión que en materia de derecho comercial todo o la mayoría de los conflictos son conciliables por tratarse de asuntos que encierran intereses económicos o de lucro.

Estas son apenas algunas de las dificultades que afronta el conciliador en su noble tarea de facilitador en los procesos de entendimiento de las partes involucradas en un conflicto.

La comunidad académica tiene el reto de brindar a los actores en el tema de conciliación un trabajo sistemático, claro y coherente que conduzca a una teoría general que les permita encontrar en su casuística de conciliación cuándo y bajo qué circunstancias un asunto es conciliable o no en el área de derecho privado y por ende una teoría que sirva de base a las demás áreas del derecho.

El reto es que el funcionamiento de la figura mejore cada día más y para ello es necesario que sus operadores, es decir, los conciliadores en derecho, le impriman un manejo claro y uniforme de todos los temas que encierra, entre los cuales merece destacarse la materia conciliable. Y esto se extiende, igualmente, a los conciliadores en equidad, quienes también tienen el deber de respetar esta materia.

Sería lamentable para la figura, que un futuro se cometieran errores en este sentido por falta de preparación de los conciliadores y de una teoría general sistemática sobre el particular, pues ello originaría otros conflictos desprendidos precisamente y de manera paradójica, de quienes tienen la noble tarea de resolverlos.

No olvidemos que la materia conciliable debe mirarse como parte del acuerdo conciliatorio, que no es otra cosa que un negocio jurídico sui generis, pues es el resultado de un acuerdo entre personas que venían enfrentando un conflicto y no un negocio jurídico cualquiera por ejemplo en la esfera comercial rutinaria.

5. Necesidad de proponer una teoría sistemática sobre la materia conciliable en derecho privado.

Es necesario proponer una teoría sistemática sobre la naturaleza jurídica del acuerdo conciliatorio y los asuntos conciliables en conflictos relacionados con el derecho privado.

Esa teoría buscaría desarrollar los siguientes objetivos específicos:

5.1. Determinar si el acuerdo conciliatorio configura o no un negocio jurídico.

5.2. Determinar si la teoría general del negocio jurídico es perfectamente aplicable al acuerdo conciliatorio en todas sus manifestaciones.

5.3. Dilucidar si en el sistema jurídico colombiano existe claridad y precisión sobre los asuntos conciliables en el derecho privado.

5.4. Determinar si en Colombia puede funcionar una teoría jurídica sobre la materia conciliable en conflictos de derecho privado, sustentada en la teoría general del negocio jurídico.

5.5. Concretar cuál sería la estructura básica de esa teoría general sobre los asuntos conciliables en derecho privado.

6. El estado del conocimiento sobre el tema.

Una revisión de la legislación existente, la doctrina y la jurisprudencia sobre el tema, me permite contextualizar la materia conciliable en 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,..”.

A su turno, la doctrina especializada sobre la materia en Colombia y la jurisprudencia han abordado el tema desde diferentes perspectivas o enfoques, como paso a mostrarlo:

6.1. Se relaciona la materia conciliable con la libre disposición de derechos.

Si dice 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 acuerdo. Esta posición es asumida por autores como Jorge Hernán Gil Echeverry¹⁴, quien al respecto expone que

¹⁴ La Conciliación extrajudicial y la amigable composición, Bogotá, editorial Temis, 2003, página 152

“...: 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..”.

Al referirse al tema de familia este autor señala que “En los asuntos de familia la conciliación rompe los esquemas tradicionales de la disponibilidad de derechos propios y de contenido patrimonial, como es lo natural en las relaciones de derecho privado. En las relaciones de familia siempre hay nociones de orden público que necesariamente involucran a la sociedad, pues la familia es la principal célula de ésta. Lo que le sucede a la familia importa no solamente al individuo, sino también a la comunidad entera.”

Finalmente concluye que el principio de disponibilidad de derechos propios se encuentra limitado por la primacía de los derechos del menor.

Otros autores comparten el criterio de disponibilidad, entre los cuales merecen destacarse Jorge Pallares Bossa¹⁵ y José Roberto Junco Vargas¹⁶. 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 Díaz¹⁷ 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..”.

¹⁵ Arbitraje Conciliación y resolución de conflictos, teoría, técnicas y legislación, Bogotá, editorial Leyer, 2003, página 105 y 106-

¹⁶ La Conciliación , aspectos sustanciales y procesales, editorial Jurídica Radar y Temis, cuarta edición, 2002, páginas 128 y siguientes

¹⁷ La Conciliación judicial y extrajudicial, Bogotá, editorial Legis, primera edición, 2006, página 86 y siguientes.

La Corte Constitucional¹⁸ 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”.

6.2. Se relaciona la materia conciliable con la materia transigible.

Jorge Hernán Gil Echeverry¹⁹ 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 del artículo 2469 C.C. : Las partes terminan un litigio pendiente o precaven uno eventual”.

Expresa²⁰ que el concepto de derecho mínimo no encaja en los asuntos civiles y mercantiles y que

“...la única labor preventiva y de control de legalidad común a todo tipo de conciliación viene dada por la materia transigible, porque aquí si existe una expresa prohibición legal y, por lo tanto, su desconocimiento produciría nulidad absoluta”.

Jorge Pallares Bossa²¹ parte del presupuesto de que la gran mayoría de los asuntos son conciliables y solo unos pocos precisados por la ley no lo son porque en principio casi todo es susceptible de transacción.

José Roberto Junco Vargas²² en principio pareciera delimitar la materia conciliable a la susceptible de transacción ; sin embargo más adelante²³ cuando

¹⁸ Sentencia C-893 de 2001, Magistrada Ponente : Clara Inés Vargas Hernández

¹⁹ Obra citada, página 77

²⁰ Obra citada página 152

²¹ Obra citada, página 105

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 mas 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 si podrán ser objeto de transacción, por ejemplo, en los procesos de declaración de pertenencia, pago por consignación sin oposición, divisorios, de expropiación., etc.²⁴

José Ignacio Castaño García²⁵ 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.

Melba Arias Londoño²⁶ 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,

²² Obra citada , página 77

²³ Obra citada, página 91 y siguientes

²⁴ Obra citada , página 91 y siguientes.

²⁵ Tratado sobre conciliación, Bogotá, editorial Leyer, mayo de 2004, página 52 y siguientes.

²⁶ La Conciliación en derecho de familia, Bogotá, editorial Legis, 2003, página 113 y 114

homicidio doloso o terrorismo; asuntos de orden público, derechos ajenos, litisconsorcio y los prohibidos en el contrato de transacción.

Héctor Romero Díaz²⁷ 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 Gacharná²⁸ 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.

Seguidamente enumera una larga lista tanto de asuntos conciliables como de no conciliables ; entre los últimos menciona estado civil de las personas, derechos de incapaces, nacionalidad, derecho de propiedad y demás derechos adquiridos y otros.

Martha Eugenia Lezcano Miranda²⁹ 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.

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

Gil Echeverry³⁰ es del criterio 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

²⁷ Obra citada, página 151

²⁸ La eficacia de la conciliación, Bogotá, Librería Ediciones del Profesional Ltda, primera edición, 2004, página 69 y siguientes

²⁹ La Justicia de todos-Mecanismos alternativos de resolución de conflictos, Bogotá, Señal Editora, Luis Amigó Fundación Universitaria, primera edición, 2006, página 227 y 228

³⁰ Obra citada, página 69

conciliable el legislador debe disponerlo expresamente por vía negativa y de excepción.

Similar criterio sostiene Jorge Pallares Bossa³¹ para quien la gran mayoría de los asuntos son conciliables y solo unos pocos, precisados por la ley, no lo son.

Castaño García³², a su turno, 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 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 Díaz³³ 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.

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

En la sentencia mencionada anteriormente la Corte Constitucional señaló que no son conciliables los derechos de los incapaces.

En igual sentido Pallares Bossa habla de capacidad para disponer del derecho en cuestión.³⁴

A su turno, el tratadista José Roberto Junco Vargas³⁵ menciona dentro de los casos de materia no conciliable cuando una de las partes se encuentra representada por curador ad-litem .

6.5. La materia conciliable relacionada con la materia objeto del conflicto.

El tratadista Jorge Hernán Gil Echeverry³⁶ equipara las dos nociones y al colocar un ejemplo concluye que

³¹ Obra citada, página 105

³² Obra citada, página 53

³³ Obra citada, página 86

³⁴ Obra citada, página 105

³⁵ Obra citada, página 249

³⁶ Obra citada, página 75

“...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”.

6.6. 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 García³⁷ para quien todo lo que se lleva ante el conocimiento de un juez es desistible.

6.7. La materia no conciliable.

Al momento de definir la materia no conciliable, la doctrina y la jurisprudencia han 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 legislador³⁸ ; no son conciliables aquellos asuntos en que se comprometa el orden público, pero disiente del concepto de orden público según la doctrina nacional³⁹ ; 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 ley⁴⁰ ; 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 nada⁴¹ .

Por otra parte, Jose Roberto Junco Vargas⁴² 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

³⁷ Obra citada, página 53

³⁸ Obra citada, página 69

³⁹ Obra citada página 70

⁴⁰ Obra citada, página 78

⁴¹ Obra citada, página 152

⁴² Obra citada página 128

potestad, etc. además de los casos mencionados en el contrato de transacción; señala como causales de improcedencia de la conciliación los asuntos no susceptibles de transacción, los 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 Londoño⁴³ 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 Díaz⁴⁴ 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 Constitucional⁴⁵ 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.”

7. Conclusiones y marco teórico que se sugiere.

De la revisión del conocimiento sobre la materia conciliable expresada, 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.

El gran problema radica no solo en las diferentes visiones sobre el tema sino en que cada una de ellas no presenta un panorama que permita a las personas que trabajan la conciliación desde el punto de vista práctico o

⁴³ Obra citada, página 113

⁴⁴ Obra citada, página 88 y siguientes

⁴⁵ Sentencia C-893 de 2001, Magistrada Ponente: Clara Inés Vargas Hernández

académico, tener unas herramientas 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.

Es preciso, entonces, proponer un marco teórico que permita realizar un enlace entre la teoría general del negocio jurídico y la conciliación.

La idea es partir de una base teórica conceptual sobre el negocio jurídico en general que sirva de guía a toda la teoría y que nos permita generar una nueva teoría, pero a un nivel diferente que es concretamente el nivel de la conciliación y más concretamente del acuerdo conciliatorio.

En ese orden de ideas debe demostrarse que el acuerdo conciliatorio configura un clásico negocio jurídico, entendido éste, según las palabras de los tratadistas Guillermo Ospina Fernández (q.e.p.d.) y Eduardo Ospina Acosta como "...la manifestación de voluntad directa y reflexivamente encaminada a producir efectos jurídicos"⁴⁶.

Si el acuerdo conciliatorio configura un negocio jurídico debe contener los dos elementos básicos que estructuran esta figura creada por el derecho : la manifestación de voluntad y el objetivo específico a que dicha voluntad se encamina, que no es otra cosa que la producción de efectos jurídicos, los cuales pueden consistir en la creación, modificación o extinción de una relación jurídica, que a su turno, puede o no tener connotaciones patrimoniales.

Si logramos demostrar que el acuerdo conciliatorio constituye un clásico negocio jurídico, tal afirmación la debemos corroborar con la aplicación de todos los conceptos básicos propios de la teoría general del negocio jurídico, entre los que podemos mencionar : las condiciones de existencia , las condiciones de validez, características que distinguen al acuerdo conciliatorio de los demás negocios jurídicos que no son el resultado de un conflicto, cómo funciona el proceso de formación del consentimiento previo a un acuerdo conciliatorio , posibilidad o no de responsabilidad precontractual en materia de conciliación, posibilidad y mecanismos para cuestionar o impugnar un acuerdo conciliatorio desde el punto de vista de su gestación o de su cumplimiento y, en fin, son

⁴⁶ Teoría general del contrato y del negocio jurídico, editorial Temis, sexta edición, 2000, página 59

muchos los aspectos que pueden examinarse enfocando el acuerdo conciliatorio como un negocio jurídico.

Seguidamente y teniendo en cuenta la problemática que hemos planteado en este trabajo y el desarrollo legal, doctrinal y jurisprudencial sobre la materia conciliable, procederemos a describir y conjuntamente evaluar de manera crítica, el estado del conocimiento sobre este aspecto para concluir finalmente que el asunto amerita un replanteamiento teórico claro y coherente.

Habiendo determinado el anterior aspecto es preciso entrar a fondo en uno específico : el que tiene que ver con el objeto del acuerdo, no solo desde el punto de vista de las condiciones de existencia del mismo sino también de su validez. En este contexto es que determinaremos si en Colombia puede funcionar una teoría jurídica sobre la materia conciliable en conflictos relacionados con el derecho privado, sustentada en una teoría general del negocio jurídico que sería la teoría base.

Recordemos que la teoría general del negocio jurídico es uno de los pilares fundamentales del derecho privado, puesto que el negocio jurídico es por excelencia el instrumento que utilizan los hombres para realizar sus transacciones.

De allí que autores importantes como Hernán Valencia Restrepo⁴⁷ incluya la teoría del negocio jurídico como una de las tres grandes teorías generales del derecho.

En efecto éste autor plantea tres grandes teorías generales del derecho que como tales las califica de “..omnicomprensivas de los conocimientos fundamentales, básicos o esenciales, subyacentes a todas las teorías especiales”.

Esas tres grandes teorías, según el autor, son : la de las personas o sujetos de derecho ; la de las cosas u objetos del derecho y la de los derechos.

Esta última que se refiere a la adquisición, modificación y extinción de los derechos se concentra en los negocios jurídicos en cuanto a su etimología, definición, clases, requisitos, elementos , efectos y sanciones.⁴⁸

⁴⁷ Las tres grandes teorías generales del derecho, Señal Editora, tercera edición, 2003,página 11

⁴⁸ Obra citada, página 17

El autor entiende las tres grandes teorías generales del derecho como comprensivas de las categorías jurídicas fundamentales, básicas o esenciales, aplicables indistintamente a toda clase de personas.

Merece destacarse una conclusión importante del autor⁴⁹ que transcribo textualmente :

“...: los institutos conformadores de las tres (3) grandes teorías generales del derecho, que han nacido en el rezago del derecho civil, al pasar a todas las demás ramas jurídicas, conservan su univocidad, esto es, siguen teniendo la misma significación que tienen en el derecho civil. Con lo cual se descarta cualquier equivocidad o analogía al efectuar el tránsito señalado. Para uno convencerse de la verdad del aserto, baste enumerar categorías fundamentales, básicas o esenciales como persona, estado civil, obligación, negocio jurídico, derechos reales, derechos personales, derechos intelectuales, etc.”.

Finalmente pretendo describir con base en los aspectos anteriores, como podría proponerse una teoría general, una estructura básica coherente de la materia conciliable, que le permita al lector determinar de manera muy simple cuando un asunto es conciliable o cuando no.

Haré énfasis sobre el núcleo fundamental del negocio jurídico que es el postulado de la autonomía de la voluntad, uno de los cardinales principios que orienta la teoría general del mismo.

Es importante destacar que hoy debe enfocarse y visionarse este postulado desde un punto de vista constitucional y concretamente en el marco de un estado social de derecho. La mayor parte de nuestros académicos expertos en derecho privado han omitido esa visión y ha sido la Corte Constitucional la que ha recogido una concepción diferente de la autonomía de la voluntad, desarrollando temas como los fundamentos constitucionales del mismo, en cuanto se deduce de la garantía y protección de varios derechos que lo concretan , entre los cuales menciona : el derecho a la personalidad jurídica contenido en el artículo 14 de la Constitución Nacional ; el derecho a la propiedad privada consagrado en el artículo 58 ; el derecho de asociación consagrado en los artículos 38 y 39 ; el

⁴⁹ Obra citada, página 17

derecho a la libre actividad económica e iniciativa privada que contempla el artículo 33 y la libertad de empresa.

Curioso resulta el lenguaje empleado por la Corte Constitucional⁵⁰ al tratar los límites de la autonomía de la voluntad, los cuales describe como el bien común, el principio de solidaridad y los derechos ajenos.

Se trata en conclusión de proponer una teoría jurídica general coherente y concreta sobre la materia conciliable en derecho privado que seguramente servirá de soporte a la materia conciliable en otras áreas del derecho.

Como puede observarse, se trata de un tema que reviste trascendental importancia dentro del campo de estudio de la conciliación, pues es el fruto de un esfuerzo y un trabajo armado en conjunto entre las partes y el conciliador que no solo implica organización para su consecución sino que tiene una serie de connotaciones o repercusiones en derecho.

BIBLIOGRAFIA

Arias Londoño, Melba, La Conciliación en derecho de familia, Legis, 2003.

Castañó García, José Ignacio, Tratado sobre conciliación, editorial Leyer, primera edición, 2004.

Escudero Alzate, Maria Crisitina, Mecanismos alternativos de solución de conflictos (Código de legislación y Jurisprudencia) (incluye CD)-Editorial Leyer-2006.

Gil Echeverri, Jorge Hernán, La Conciliación extrajudicial y la amigable composición, editorial Temis, primera edición 2003.

Junco Vargas, José Roberto. La conciliación, aspectos sustanciales y procesales, cuarta edición, 2002, jurídica Radar

Hernández Tous , Alfonso, la Conciliación Extrajudicial en derecho como requisito de procedibilidad, editorial Leyer, primera edición, 2005.

⁵⁰ Ver sentencia SU-157 de 1999 con ponencia del Magistrado Alejandro Martínez Caballero

Pallares Bossa , Jorge, Arbitraje, conciliación y resolución de conflictos, Leyer, 2003.

Romero Díaz , Héctor, La Conciliación judicial y extrajudicial-Su aplicación en el derecho colombiano-Editorial Legis-2006.