

# LA REPRESENTACIÓN EN LA CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL EN DERECHO PRIVADO

Alfonso Hernández Tous\*

## RESUMEN

Este artículo plantea una de las formas de aplicación de la teoría general del negocio jurídico y de las obligaciones a la conciliación extrajudicial en derecho privado, concretamente en lo que respecta a la figura de la representación y sus repercusiones dentro del trámite de la misma.

En este esfuerzo de conexión, planteamos algunos problemas que se suscitan en la práctica conciliatoria al aplicar la figura de la representación, arribando a conclusiones como la aplicación de las normas sobre mandato y representación que existen en el derecho privado; la condición de abogado que debe cumplir el apoderado que representa los intereses de las partes en el trámite conciliatorio ; la circunstancia de que facultad de conciliar no debe ser expresa en el poder que se confiere al profesional del derecho y finalmente que puede asistirse a la audiencia sin apoderado, aún no encontrándose inmerso en las dos causales que consagra la ley de conciliación.

---

\* Abogado egresado de la Universidad de Cartagena .Especialista en Derecho Comercial, Derecho Procesal Civil de la Universidad Externado de Colombia en convenio con la Universidad de Cartagena. Especialista en Conciliación, Arbitraje y Resolución de Conflictos de la Universidad de Cartagena. Candidato a Magister en Derecho de la Universidad del Norte. Docente a nivel de pregrado y posgrado en Derecho Privado y Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos de la Universidades de Cartagena, Libre y Fundación Universitaria Tecnológico Comfenalco-Cartagena. Docente Investigador del Grupo Teoría de la Responsabilidad Civil con énfasis en mecanismos de prevención, administración y solución de conflictos de la Universidad de Cartagena registrado en COLCIENCIAS. Abogado en ejercicio en el campo del derecho privado. alherto@yahoo.es

## **PALABRAS CLAVES**

Conciliación, representación, mandato, teoría del negocio jurídico, derecho privado.

## **ABSTRACT**

*This article presents one way of application of the general theory of juristic act to extrajudicial settlement in private law, notably as regards the figure of representation and its implications.*

*In this connection effort, we raise some problems that arise in practice when implementing conciliatory figure of representation, to arrive at conclusions as the implementation of the mandate and performance standards that exist in the private law, lawyer status must meet the attorney representing the interests of parties in the conciliation process, the fact that power cannot be reconciled expressed in the power that gives the legal professional and eventually may attend the hearing without proxy, not yet found immersed in the two causal law establishes conciliation.*

## **KEY WORDS**

*Settlement, representation, agency, theory of juristic act, private law.*

**Fecha de Recepción: Febrero 10/2010**

**Fecha de Aceptación: Abril 10/2010**

## **INTRODUCCIÓN**

La conciliación extrajudicial en derecho ha tomado un auge inusitado en los últimos años posteriores a la expedición de la Ley 23 de 1991, hasta el punto que se encuentra presente dentro de las alternativas que tiene el ciudadano común y corriente para resolver sus conflictos, ante la evidente dificultad e impotencia del aparato judicial en la atención y resolución de los problemas de la sociedad.<sup>192</sup>

Si el instrumento de la conciliación extrajudicial en derecho pretende ser una excelente alternativa para las personas involucradas en conflictos de derecho privado, es preciso que el manejo de su estructura o procedimiento se haga de manera adecuada, de tal forma que éstas reciban un producto idóneo, que satisfaga sus necesidades y llene sus expectativas.

Uno de los temas jurídicos que se aplican a la conciliación extrajudicial en derecho, no sólo durante su trámite, sino al momento de confeccionar el acuerdo, es la teoría del negocio jurídico y de las obligaciones en general. Este tema surge como inquietud después de la investigación realizada en el curso de la maestría en derecho sobre la incidencia que tiene la aplicación de la teoría general del negocio jurídico y de las obligaciones en la conciliación extrajudicial en derecho, en la adecuada prestación del servicio en esta materia.

---

<sup>192</sup> Como reconocimiento a lo dicho acaba de promulgarse la ley 1395 del 12 de julio de 2010, por medio de la cual se adoptan medidas en materia de descongestión judicial.

Para efectos de esta ponencia, nos circunscribiremos a un aspecto puntual de esa teoría general: la figura de la representación.

El conocimiento que tienen los conciliadores en derecho y los abogados en general, sobre la representación, es precario, lo cual amerita un trabajo ilustrativo, en que se refleje de manera didáctica la aplicación de esta figura, en sus diferentes matices, dentro del trámite de la conciliación extrajudicial en derecho privado, de tal manera que ello genere un producto adecuado, que ojalá sea un acuerdo eficaz y de posible cumplimiento. Por el contrario, la indebida aplicación de la representación en este contexto, puede generar un resultado indeseado para las partes, el conciliador y, en general, para la sociedad que espera un servicio óptimo en este mecanismo.

No existe en Colombia un trabajo serio y completo, ni siquiera básico, que muestre ese enlace o conexión entre la conciliación extrajudicial en derecho y la figura de la representación, pues los dos temas se estudian normalmente por separado, razón por la cual puede ser un aporte pertinente para las necesidades de la comunidad que se dedica a la conciliación extrajudicial en cualquier área del derecho. Inclusive el trabajo podría tener la virtud de servir como punto de referencia para los demás países del mundo que trabajan la conciliación extrajudicial o la mediación.

Este esfuerzo investigativo no recoge todos los aspectos de la representación, sino algunos problemas puntuales que se suscitan en la práctica conciliatoria en el área de derecho privado, relacionados con el tema, como la aplicación de las normas sobre mandato y representación que existen en el derecho privado a la conciliación; si el apoderado que representa los intereses de las partes en el trámite conciliatorio debe ser abogado; si la facultad de conciliar debe ser o no expresa en el poder que se confiere al profesional del derecho y finalmente si puede asistirse a la audiencia sin apoderado, aún no encontrándose inmerso en las dos causales que consagra la ley de conciliación.<sup>193</sup>

Igualmente destacamos las consecuencias nocivas que se derivan de la falta o indebida aplicación de la representación en materia de conciliación extrajudicial en derecho privado, frente a la calidad del servicio que la sociedad espera de la figura.

## **METODOLOGÍA**

Este artículo es un resultado parcial de la investigación *“Efectos de la aplicación de la teoría general del negocio jurídico en la calidad de la prestación del servicio de conciliación extrajudicial en derecho privado”*, tesis de Maestría en Derecho cursada durante los años 2007, 2008 y 2009 en la Universidad del Norte de Barranquilla, que desarrolló cuatro ejes temáticos conexos: el primero describe las características que debe reunir una adecuada prestación del servicio de conciliación; el segundo concreta la relación o conexión existente entre la Teoría General del Negocio Jurídico y de las obligaciones con la conciliación extrajudicial en derecho privado; el tercero señala algunas

---

<sup>193</sup> Artículo 1 parágrafo 2 de la ley 640 de 2001.

formas de aplicación de esa teoría general a la conciliación extrajudicial en derecho privado, y finalmente se determinan algunas consecuencias derivadas de una inexistente o inadecuada aplicación de esa teoría general a la figura conciliatoria, por parte de los conciliadores, frente a la calidad en la prestación del servicio.

Dentro de las formas de aplicación de la Teoría General del Negocio Jurídico a la figura conciliatoria, se dedica un aparte especial a la figura de la representación y los problemas derivados de su aplicación.

El enfoque de la investigación es dogmático, de tipo documental, en la cual se revisaron fuentes secundarias, que permitieron el planteamiento y reflexión teórica sobre el tema de la conciliación extrajudicial en derecho privado y la representación.

El desarrollo metodológico, para alcanzar los resultados reflejados en este artículo, se concretaron en los principales problemas que se presentan en la aplicación de la figura de la representación dentro del trámite conciliatorio en el área de derecho privado, el planteamiento de soluciones y finalmente un resumen de las consecuencias nocivas generadas por su inadecuada aplicación.

## **RESULTADO DE LA INVESTIGACIÓN**

### **1. LA APLICACIÓN DE LA REPRESENTACIÓN EN EL TRÁMITE CONCILIATORIO**

Uno 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 configura un clásico 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).

También la doctrina la define como la manifestación de voluntad de una persona, denominada representante, hecha antes o al momento de celebrar un negocio jurídico con un tercero, para ponerle de presente que lo celebra por cuenta y en nombre de otra que lo facultó para ello, denominado representado, con el fin de que el negocio mismo se traslade directamente al patrimonio del último, sin que el apoderado comprometa el suyo. (Escobar S.,1987, p. 259).

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 ésta<sup>194</sup> parte del presupuesto de que las partes en conflicto

---

<sup>194</sup> Parágrafo segundo del artículo 1 de la Ley 640 de 2001.

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.<sup>195</sup> Ello indica que en las normas sobre conciliación solo 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.

## **2. ASPECTOS POLÉMICOS DE LA APLICACIÓN DE LA REPRESENTACIÓN EN LA CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL EN DERECHO PRIVADO**

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.

### **2.1. 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.

### **2.2. 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”.

---

<sup>195</sup> Debe destacarse que, según la misma norma, en materia contencioso administrativa, deben siempre las partes concurrir a través de abogado titulado.

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 concurran a un trámite conciliatorio con la asistencia de apoderado; más bien lo que se deduce es la obligatoriedad de que las partes concurran de manera personal y directa, pues así lo indica la expresión “deberán”.<sup>196</sup> El acompañamiento de apoderado es facultativo, con excepción de los conflictos contencioso administrativo en que se exige expresamente dicho acompañamiento.<sup>197</sup>

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 sí, 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<sup>198</sup>, inscrito en un Centro de Conciliación y que haya aprobado la capacitación en mecanismos alternativos de solución de conflictos<sup>199</sup>, 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.

---

<sup>196</sup> Ello posiblemente obedece a que la conciliación es un escenario de diálogo que, como tal, está abierto para humanos sin necesidad de preparación jurídica.

<sup>197</sup> Tal como lo exige el párrafo tercero del artículo primero de la Ley 640 de 2001.

<sup>198</sup> Artículo 5 de la Ley 640 de 2001.

<sup>199</sup> Artículo 7 de la Ley 640 de 2001.

De igual forma que en los procesos judiciales, por regla general, se exige la comparecencia de las partes a través de abogado<sup>200</sup>, máxime si se tiene en cuenta que la conciliación, así como el proceso judicial, es un instrumento de acceso a la justicia, tal como lo ha sostenido la Corte Constitucional.<sup>201</sup>

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.

Siguiendo los lineamientos expuestos por Harvey Peña Sandoval (2009), 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 solicitud<sup>202</sup>, se debe identificar el objeto de la conciliación y nombres de las partes, autenticarse mediante comparecencia personal ante notario o autoridad judicial<sup>203</sup> y el abogado debe aceptarlo expresamente o mediante su ejercicio.

Gran parte de la doctrina en Colombia no ha planteado su punto de vista sobre este específico tema, pues mientras algunos tratadistas en la materia, guardan silencio sobre el particular, como José Ignacio Castaño García (2004), Melba Arias Londoño, otros se limitan a transcribir las normas mencionadas al inicio, como Jorge Hernán Gil Echeverri (2003, pp. 122), José Roberto Junco Vargas (2002, pp. 112) y el suscrito (2005, pp.45 ss).

### 2.3. 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. (Romero, H., 2006, pp. 69) Para ello se ha invocado el artículo 70 del Código de Procedimiento Civil, que se refiere a las facultades del

---

<sup>200</sup> Artículo 63 del Código de Procedimiento Civil, en concordancia con el artículo 229 de la Constitución Nacional.

<sup>201</sup> Véase, CConst, C-163/1999, M-Martínez, C-1195/2001, M. Cepeda y G. Monroy.

<sup>202</sup> Artículo 65 del Código de Procedimiento Civil.

<sup>203</sup> Artículo 84 del Código de Procedimiento Civil.

apoderado, entendiendo implícitas en el poder las mencionadas en los tres primeros incisos<sup>204</sup>, concluyendo la norma que deben indicarse de manera expresa en el poder todas aquellas facultades que impliquen disposición del derecho en litigio<sup>205</sup> 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.<sup>206</sup>

En la conciliación extrajudicial en derecho no sucede lo propio, porque en esta lo normal es que el representante o apoderado disponga del derecho 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 nosotros creemos que cuando se confiere poder a un abogado para que adelante una conciliación relacionada con determinado y concreto conflicto<sup>207</sup>, 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<sup>208</sup>, 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

---

<sup>204</sup> Como solicitar medidas cautelares, adelantar todo el trámite del proceso, realizar actuaciones posteriores que sean consecuencia de la sentencia, cobrar ejecutivamente las condenas impuestas, recibir notificación del auto admisorio de la demanda o el mandamiento ejecutivo y representar al poderdante en la reconvenición e intervención de terceros.

<sup>205</sup> Como transigir, conciliar o desistir.

<sup>206</sup> De allí que el desistimiento, la transacción y la conciliación dentro de un proceso judicial, se consideren como formas anormales de terminación del mismo.

<sup>207</sup> Determinado en circunstancias de modo, tiempo y lugar.

<sup>208</sup> Artículo 64 de la Ley 446 de 1998.

todo el trámite conciliatorio incluyendo el acuerdo, que, como lo hemos advertido antes, es el final ideal que las partes buscan en dicho procedimiento.

#### **2.4. 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 mencionó solo 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<sup>209</sup> 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. Así, José Roberto Junco Vargas (2002, pp.112), invocando textualmente el artículo 1 párrafo 2 de la ley 640 de 2001 es partidario de esta taxatividad hasta el extremo de que el incumplimiento de este mandato genera la invalidez del acuerdo.

Sin embargo, el Ministerio del Interior y de Justicia<sup>210</sup> en concepto contenido en oficio N° 12781 del 14 de junio de 2006<sup>211</sup>, 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 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.

---

<sup>209</sup> Por ejemplo, la parte se encuentra domiciliada en Bogotá o Medellín y la conciliación se surte en Cartagena.

<sup>210</sup> Que maneja la línea institucional en materia de mecanismos alternativos de solución de conflictos.

<sup>211</sup> El cual compartimos, en aras de darle fluidez al funcionamiento de la figura.

### 3. CONSECUENCIAS QUE SE DERIVAN DE LA INDEBIDA APLICACIÓN DE LA REPRESENTACIÓN EN EL TRÁMITE CONCILIATORIO

#### 3.1. 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), dice 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 sí 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 la 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<sup>212</sup>.

### **3.2. 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 anteriormente.

### **3.3. 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.

---

<sup>212</sup> 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.

Por tanto las dos causales consagradas en el artículo 1 párrafo 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.

## CONCLUSIONES

El análisis desarrollado presenta un enlace lógico jurídico de la conciliación extrajudicial en derecho privado, la representación y las repercusiones de la adecuada aplicación de ésta durante el trámite de aquella, desde un enfoque de la teoría general del negocio jurídico y de las obligaciones, lo cual constituye un análisis novedoso al problema planteado, no abordado por la doctrina, y desconocido por la jurisprudencia constitucional.

Una adecuada aplicación de la figura de la representación durante el proceso conciliatorio genera un producto de excelente calidad para el ciudadano que acude al mecanismo de la conciliación para resolver sus conflictos. Por el contrario una inadecuada comprensión y aplicación del asunto por parte de los operadores de la conciliación puede generar acuerdos defectuosos para las partes que finalmente no contribuirían al fin de la conciliación que es resolver problemas de los ciudadanos de manera definitiva.

## BIBLIOGRAFÍA

### Doctrina

ARIAS LONDOÑO, M. (2003) *La Conciliación en Derecho de Familia*, Bogotá: Legis.

CASTAÑO GARCIA, J. (2004) *Tratado sobre conciliación*, Bogotá: Leyer.

ESCOBAR, G. (1987) *Negocios civiles y comerciales, tomo I, negocios de sustitución*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

GIL ECHEVERRI, J. (2003) *La Conciliación extrajudicial y la amigable composición*, Bogotá: Temis.

HERNÁNDEZ TOUS, A. (2005), *La Conciliación extrajudicial en derecho como requisito de procedibilidad*, Bogotá: Leyer.

HINESTROSA, F. (2008), *La representación*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

JUNCO VARGAS, J. (2002) *La Conciliación, aspectos sustanciales y procesales*. Bogotá: Temis.

OSPINA, G., Ospina, E. (2000) *Teoría general del contrato y del negocio jurídico*, Bogotá: Temis.

PEÑA, H. (2009) *El procedimiento conciliatorio en Colombia versión mayo de 2009*, Bogotá: web.

ROMERO DÍAZ, H. (2006) *La conciliación judicial y extrajudicial*. Bogotá: Legis.

### **Sentencias de la Corte Constitucional**

C-163 de 1999 M.P. Alejandro Martínez.

C-1195 de 2001 M.P. Manuel Cepeda y Marco Gerardo Monroy.

### **Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil**

Sentencia de 30 de noviembre de 1994 M. P. Héctor Marín Naranjo.

### **Conceptos Ministerio del Interior y de Justicia**

Oficio N° 12781 de 14 de junio de 2006.