

Aspectos procesales de la conciliación extrajudicial en derecho en el área civil, a la luz de lo previsto en la Ley 640 de 2001



Gabriel Hernández Villarreal*

1. INTRODUCCIÓN

A pesar de que la conciliación no es novedosa en nuestro sistema legal, en los últimos tiempos esta figura ha adquirido una capital importancia, acentuada aún más a raíz de la expedición de la Ley 640 de enero 5 de 2001, toda vez que ella exige que su trámite se surta previamente a la iniciación del respectivo proceso.

En otros términos, con la entrada en vigencia de la aludida ley, la conciliación extrajudicial en derecho se torna un requisito obligatorio de procedibilidad de la acción para determinados asuntos, por lo que, surgido el conflicto, no es viable entonces acudir de inmediato a formular la demanda, como tradicionalmente venía ocurriendo, sino que primero habrá necesidad de agotar este mecanismo alternativo de solución de controversias; de tal suerte, que sólo cuando fracase por falta de acuerdo entre las partes, o porque se desconoce el paradero de una de ellas, resultará procedente demandar el servicio de la administración de justicia ante los jueces ordinarios.

Los propósitos del legislador al instar a los asociados a que se acojan a este instrumento son, de una parte, descongestionar los despachos judiciales; de la otra, desarrollar el artículo 116 de la Constitución Política, que autoriza a los particulares para que en su calidad de



* Profesor de derecho procesal, Universidad del Rosario.

conciliadores y de manera transitoria procuren avenir a los contendientes con el fin de que sean ellos quienes por sí mismos prescindan del litigio o superen sus discrepancias¹ y, por último, fomentar una cultura ciudadana menos propensa a judicializar sus asuntos y más habituada al diálogo y la concertación.

Desde luego que bajo estos parámetros la conciliación extrajudicial en derecho debe entenderse desde un punto de vista meramente instrumental, esto es, como el cumplimiento de una exigencia sin la cual queda vedada la posibilidad de iniciar un proceso judicial, mas en momento alguno como la obligatoriedad de llegar a un acuerdo por esa vía, pues es claro que nadie puede ser constreñido a conciliar.

Desde esta perspectiva, lo que busca la Ley 640 es crear los espacios para que los afectados por un conflicto, una vez se encuentren dentro de la audiencia de conciliación, tengan la oportunidad de acercarse y en virtud de la libre autonomía de su voluntad, concilien o no. En el primer evento y por sustracción de materia,

ya no habría controversia que dirimir y en consecuencia tampoco sería menester instaurar ningún tipo de demanda, salvo que el acuerdo fuere parcial. En caso contrario, nuevamente se le abren las puertas a las partes para que concurren a la jurisdicción, anexando al libelo demandatorio la constancia de que se cumplió con el requisito extrajudicial en comento.

2. ANTECEDENTES GENERALES

Como se mencionó anteriormente, la conciliación no ha sido ajena a la legislación nacional, puesto que se contempló desde los albores del siglo XIX, inspirada al parecer en la Carta de Cádiz de 1812, que precisaba que el alcalde oficiaría como conciliador antes de que se presentara una demanda de carácter judicial. De igual manera, la ley del 13 de mayo de 1825, "*...que en estricto sentido se le podría considerar como el primer estatuto procesal civil colombiano*" al decir del tratadista López Blanco,² reguló aspectos tales como la observancia de las leyes, la conciliación, los recursos, etc., que confirman la histórica existencia de esta instancia instrumental.

¹ El artículo 64 de la Ley 446 de 1998 y el Decreto 1898 de 1998 definen a la conciliación 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 Hernán Fabio López Blanco, *Instituciones de Derecho Procesal Civil Colombiano*, tomo I, Parte General, 6a. edición, 1993, p. 11.

En el Código de Procedimiento Civil de 1970 (Decretos 1400 y 2019) se estableció la conciliación para el proceso verbal —no escindido todavía en sumario y de mayor y menor cuantía—, pero sin ningún régimen sancionatorio y únicamente para situaciones taxativamente señaladas, que no tenían mayor transcendencia y cuyo impacto por consiguiente dentro de la dinámica procesal era mínimo.

Posteriormente, el Decreto 2282 de 1989, que reformó el Código de Ritos Civiles de 1970, en el artículo 1º numeral 51 modificó el artículo 101 de ese estatuto, y dio paso a la hoy en día conocida como *audiencia preliminar del artículo 101*, que se surte en los procesos ordinarios y en algunos abreviados. Dicha audiencia está compuesta de diversas fases que tienen por objeto evacuar la conciliación, sanear el proceso, decidir las excepciones previas que requieren de práctica de pruebas distintas de la documental, y fijar los hechos del litigio.

Como novedad, en esta oportunidad sí se previeron sanciones de carácter jurídico y pecuniario para la parte que injustificadamente se abstenga de asistir a la diligencia, y es así como en relación a las primeras, su conducta se apreciará como indicio grave en contra de sus pretensiones o excepciones de mérito según sea

el caso; y en lo que atañe al aspecto económico, se le harán efectivas unas multas que oscilan entre cinco y diez salarios mínimos mensuales.

Sin embargo, la conciliación como fórmula para descongestionar los despachos judiciales únicamente fue incorporada en el ordenamiento jurídico colombiano con la expedición de la Ley 23 y el Decreto 2651, ambos de 1991, que estaban concebidos para desjudicializar los conflictos, lo que dio pie a la creación de centros de conciliación aprobados por el Ministerio de Justicia. El Decreto 2651 de 1991 extendió esta figura a prácticamente todos los procesos civiles, como quiera que habría lugar a la misma si la controversia versaba sobre un asunto susceptible de transacción e, inclusive, cobijó a los procesos ejecutivos cuando en ellos el extremo pasivo había propuesto excepciones de mérito. Adicionalmente, el artículo 10 del referido Decreto hizo mucho más gravosas las consecuencias jurídicas por la injustificada inasistencia a la audiencia de conciliación, al extremo de que en no pocos casos este proceder traía consigo la terminación de la actuación judicial, con los consabidos efectos negativos para la parte ausente.

Demostradas empíricamente las bondades de las disposiciones del

Decreto 2651 de 1991, que en principio estaba presupuestado para una vigencia de sólo cuarenta y dos meses, luego de unas prórrogas anuales finalmente se expidió la Ley 446 de julio 7 de 1998, cuyo contenido modificó y adicionó el Código Contencioso Administrativo; reformó el Código de Procedimiento Civil; adoptó como legislación permanente a la mayoría de las normas de descongestión de despachos judiciales que traía el Decreto 2651 de 1991; derogó varios artículos de la Ley 23 de 1991 y del Decreto 2279 de 1989 (sobre arbitramento), y contempló otros sobre eficiencia y acceso a la justicia.

Específicamente en el tema de la conciliación, la Ley 446 de 1998 la incluyó de modo definitivo e introdujo algunas definiciones; precisó lo atinente al incumplimiento de ésta cuando recaía sobre inmuebles arrendados y terminó conservándola de manera genérica para todos los procesos, manteniendo incólume la audiencia preliminar del artículo 101 del C. de P.C. Así mismo, en los artículos 82 y 88 preceptuó que la conciliación debería intentarse previamente a la iniciación del correspondiente proceso judicial en las áreas laboral y de familia, con lo que condicionó la procedibilidad de la acción en estas materias a la satisfacción de ese requisito, tratando evidentemente de contribuir a la reducción de la

carga judicial, pero también de promover a través de los métodos alternativos de solución de conflictos, el uso razonable de los instrumentos de que se vale la justicia formal, elevando la calidad de la convivencia ciudadana y agilizando la resolución de las controversias.

Tan loables fines se cumplieron parcialmente, en la medida en que la Corte Constitucional en sentencia C-160 de 1999 con ponencia del Dr. Antonio Barrera Carbonell, declaró inexecutable algunos artículos de la Ley 446 de 1998, en particular el que versaba sobre la conciliación como requisito de procedibilidad en materia laboral. Por ende, la susodicha exigencia continuó operando en la jurisdicción de familia, aunque sometida a matices derivados del pronunciamiento de la Corte Constitucional que en sentencia C-247 del 21 de abril de 1999, cuyo ponente fue el Dr. Alfredo Beltrán Sierra, estableció la exequibilidad condicionada del artículo 88 de la mencionada ley.

Con fundamento en las razones de la sentencia C-160 de 1999 que llevaron a la Corte Constitucional a estimar contraria a la Carta Magna la exigencia de la conciliación como requisito de procedibilidad en el derecho laboral, el Ministerio de Justicia y del Derecho se dedicó a trabajar en el diseño de una nueva política y le-

gislación sobre la conciliación, pensando en una ley que *"manteniendo el espíritu voluntario de la conciliación y la transitoriedad de la función de administrar justicia de los conciliadores, lograra ampliar lo que podríamos llamar el Sistema Nacional de Conciliación Extrajudicial en Derecho, para que esta figura se convirtiera en un mecanismo real de acceso a la justicia (...), y a su vez en un instrumento de cambio social"*.³

El resultado fue la expedición de la Ley 640 de enero 5 de 2001, que entre muchos otros aspectos recogió las observaciones plasmadas en la sentencia antes citada, las cuales giraban alrededor de requisitos tales como: a). Que existieran suficientes elementos personales y materiales para atender la demanda, b). Que se indicara puntualmente cuáles asuntos quedarían sujetos al requisito de procedibilidad, c). Que hubiera un pronunciamiento acerca de que la conciliación extrajudicial en derecho interrumpiría los términos de prescripción, d). Que se precisara cuál era el tiempo de que disponían las partes para intentar la conciliación, pues la anterior Ley 446 de 1998 había omitido pronunciarse sobre ello.

No obstante que la Ley 640 de 2001 adecuó sus disposiciones a

las circunstancias transcritas, como lo reflejan los artículos 7, 11, 23, 27, 28 y 31, que amplió el espectro de conciliadores; que concretó las materias susceptibles de conciliación en los artículos 34, 37, 38, 39 y 40; que en los artículos 20 y 21 aclaró que la solicitud de conciliación extrajudicial en derecho ante el conciliador tendrá que surtirse dentro de los tres meses siguientes a su presentación, y que en el interregno se interrumpen los términos de prescripción y caducidad (aunque lamentablemente empleó un lenguaje antitécnico, al decir que los mismos se "suspenden"); aun así la Corte Constitucional, en fallo ampliamente debatido, mediante sentencia C-893 de 2001 declaró inexecutable la posibilidad de conciliar asuntos laborales y de lo contencioso-administrativo ante conciliadores de los centros de conciliación, y la obligación de cumplir con el requisito de procedibilidad para acudir ante la jurisdicción laboral.

En síntesis, en criterio de la ilustre corporación judicial, la Ley 640 desconocía los artículos 116 y 228 de la Constitución Política, debido a que al determinar que la conciliación en los campos laboral y contencioso-administrati-



³ Adriana Covelli Soto, Asesora del Despacho del Ministerio de Justicia y del Derecho, artículo publicado en *Ámbito Jurídico*, separata bimestral, noviembre de 2001, p. 4.

vo fuera susceptible de tramitarse ante conciliadores de los centros de conciliación, se le estaba entregando permanentemente a éstos la función de administrar justicia y, de contera, se le restringía a las partes la opción de dirigirse a otros conciliadores ajenos a esos centros.

En el mismo sentido sostuvo la Corte que se transgredía el artículo 228 de la Ley Fundamental, por cuanto mantener la conciliación como requisito de procedibilidad para demandar ante la jurisdicción laboral terminaba conculcando los derechos de los intervinientes en estas lides, toda vez que la obligación de un arreglo conciliatorio previo obstruía la libertad de acceder a la administración de justicia. Para el alto tribunal constitucional, el pluricitado requisito también implicaba que, a pesar de que el trabajador gozara de un derecho cierto e indiscutible, no podía acudir directamente ante la jurisdicción ordinaria a reclamarlo, lo cual no es de recibo a la luz de las normas constitucionales.

Como comentario general a esta providencia resulta pertinente recordar que los conciliadores, sea que pertenezcan a un centro de

conciliación o no, están transitoria y no permanentemente investidos de jurisdicción, pese a que este punto no es unánime en la doctrina nacional, al extremo de que autores como el Dr. Bejarano Guzmán sostienen que *"El conciliador, a pesar de la indebida referencia del artículo 116 de la Constitución Política, no administra justicia, no ejerce jurisdicción, pues en ningún caso dicta el derecho"*.⁴

De igual forma, es diáfano el hecho de que quienes desempeñan sus funciones al amparo de esta figura no están facultados para imponer el acuerdo sino para facilitararlo, y de ahí que llegar a conciliar efectivamente es una cuestión que dependerá siempre de la exclusiva voluntad de las partes. Como se dijo en la introducción de este escrito, lo que la Ley 640 de 2001 exige es que se agote el requisito de procedibilidad en una audiencia de conciliación extrajudicial, y no que sea obligatorio que en ella se concilie.

Por último, cuando la Corte arguye que el artículo 53 de la Constitución proscribe la conciliación frente a los derechos ciertos e indiscutibles de los trabajadores, apoyándose en él para, en consonancia con otros motivos, decla-



⁴ Ramiro Bejarano Guzmán, *Los procesos declarativos*, Ed. Temis, 1998, p. 354.

rar la inexecutableidad de la Ley 640 en lo que respecta al derecho laboral, parece que obviara el artículo 39, que sujeta la conciliación extrajudicial en derecho a que la materia de que se trate sea conciliable.

Curiosamente, y cuando todo hacía presumir que en las jurisdicciones civil, contencioso-administrativa y de familia, el mecanismo de la conciliación extrajudicial en derecho correría igual suerte que en la laboral, la Corte Constitucional en decisión dividida lo avaló luego de analizar una demanda en la que se sostenía que ese requisito vulneraba la Constitución al obstaculizar el acceso a la justicia. En esta oportunidad, en virtud de la sentencia No. C-1195 de noviembre de 2001, con ponencia del Dr. Manuel José Cepeda, se dijo que no hay quebranto alguno de la Carta Política, en razón a que la ley puede establecer que la diligencia de conciliación sea un requisito de procedibilidad, en ejercicio de la potestad de regular los procedimientos judiciales.

Es necesario aclarar, eso sí, que como el cargo discutido en sede constitucional versaba sobre el acceso a la administración de justicia, la determinación hizo tránsito a cosa juzgada relativa, y no sería extraño que en un futuro volviera a controvertirse su exe-

quibilidad, invocando razones distintas a las estudiadas en la demanda inicial.

3. LEY 640 DE 2001. NORMAS RELATIVAS A LA CONCILIACIÓN EN MATERIA CIVIL

El 5 de enero de 2001 el Congreso de la República de Colombia expidió la Ley 640, y en sus cincuenta (50) artículos modificó algunas de las normas vigentes relativas a la conciliación y dictó otras disposiciones sobre la materia.

Esta novel legislación, dividida en XIV capítulos, se ocupa desde las generalidades aplicables a la conciliación, hasta su compilación, vigencia y derogatorias, pasando por un minucioso detalle de los centros de conciliación, la calidad de sus conciliadores; las diversas clases de conciliación y la rama del derecho en la que se surte (contencioso-administrativa, civil, laboral y de familia); el agotamiento de este trámite como requisito de procedibilidad; y el Consejo Nacional de Conciliación y Acceso a la Justicia.

Regula también los casos en que es procedente esta diligencia ante una autoridad administrativa como lo es la Superintendencia de Industria y Comercio, y las facultades que en aspectos conciliatorios le están atribuidas a los defensores del cliente de institucio-

nes financieras. Además redefine los elementos más trascendentes de la conciliación otrora contemplados en las Leyes 23 de 1991 y 446 de 1998, en asocio con el Decreto 1898 de 1998, y materializa el inciso 4º del artículo 116 de la Carta, junto con los artículos 8º y 13 de la Ley 270 de 1996, conocida como estatutaria de la administración de justicia.⁵

En lo que al campo civil se circunscribe, la Ley 640 de 2001 trae una taxativa enumeración de las personas llamadas a conocer de la conciliación extrajudicial en derecho (art. 27). Del requisito de procedibilidad de la acción cuando se trata de procesos declarativos que siguen la vía del procedimiento ordinario o abreviado (art. 38). Del rechazo de la demanda si se omite esta exigencia (art. 36); y de la oportunidad, suspensión y fijación de nueva fecha para la audiencia de conciliación judicial (arts. 43, 44 y 45).

4. ASPECTOS PROCESALES

Habiendo superado al menos temporalmente el examen de

constitucionalidad, veamos entonces cómo opera este instrumento en el área civil, analizado desde una óptica eminentemente procesal:

4.1 Vigencia

Desde la Ley 23 de 1991, en el artículo 22 se contempló la obligatoriedad de acudir a las Autoridades Administrativas del Trabajo con el fin de intentar un arreglo conciliatorio, como requisito de procedibilidad para ejercer acciones ordinarias ante la jurisdicción laboral. Sin embargo, en la práctica la previsión quedó en letra muerta, porque el artículo 46 indicaba que las disposiciones expedidas para ese efecto sólo entrarían a regir cuando el gobierno expidiera el decreto que modificara la estructura del Ministerio del Trabajo y Seguridad Social para garantizar el adecuado funcionamiento del sistema de conciliación obligatoria.

Una situación similar prevé la Ley 640 de 2001 en el artículo 42 transitorio, al indicar que las normas incluidas en el capítulo X de la

⁵ Téngase presente que desde la Ley 270 de 1996 ya se había dicho que: "Art. 8.- *Alternatividad*. La ley podrá establecer mecanismos diferentes al proceso judicial para solucionar los conflictos que se presenten entre los asociados y señalará los casos en los cuales habrá lugar al cobro de honorarios por estos servicios"; y luego agregó que: "Art. 13.- *Del ejercicio de la función jurisdiccional por otras autoridades y por particulares*. Ejercen función jurisdiccional de acuerdo con lo establecido en la Constitución Política: (...)

3. Los particulares actuando como conciliadores o árbitros habilitados por las partes, en asuntos susceptibles de transacción, de conformidad con los procedimientos señalados en la ley...".

ley, referidas a la conciliación extrajudicial en derecho como requisito de procedibilidad de la acción, "entrarán en vigencia gradualmente, atendiendo al número de conciliadores existentes en cada distrito judicial para cada área de jurisdicción"⁶; lo que implica que a pesar de que el artículo 50 dice que esta ley estará vigente a partir del 5 de enero de 2002, en realidad no entrará a regir de inmediato, sino que será necesario esperar a que el Ministerio de Justicia y del Derecho así lo determine en cada distrito judicial.

Ahora bien, ¿sobre qué parámetros tomará el Ministerio tal determinación? Sobre la base de que exista un mínimo de conciliadores, los cuales deben equivaler a por lo menos el 2% del número total de procesos anuales que por área (civil, familia, contencioso-administrativa) entren a cada distrito, de conformidad con el último reporte expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, sin incluir en ese porcentaje el número de estudiantes que actúan como conciliadores en los centros de conciliación de los consultorios jurídicos.

Esto significa que la Ley 640 de 2001 sólo se irá aplicando a lo largo del año 2002 a medida

que se vaya cumpliendo con el número mínimo de conciliadores, y que su vigencia no será simultánea para todo el territorio nacional, pues la implementación de esta figura variará de una urbe a otra, según el distrito judicial del que dependa.

4.2 Clases de conciliación

A voces del artículo 3° de la ley que se glosa, la conciliación podrá ser judicial, si se surte obviamente dentro de un proceso; o extrajudicial, si se realiza antes o por fuera del mismo. La extrajudicial será en derecho o en equidad.

La conciliación extrajudicial en derecho que hay que agotar previamente a la iniciación del proceso, y que es de la que se ocupa este documento, como quiera que es ella la que se constituye en requisito de procedibilidad de la acción, tendrá ese carácter cuando se tramite ante los conciliadores de los centros de conciliación o ante las demás autoridades que en cumplimiento de funciones conciliadoras estén taxativamente investidas de esta facultad según el artículo 27. Esas otras autoridades son: los delegados regionales y seccionales de la Defen-

⁶ Estando para revisión la prueba final de este artículo, el Ministerio de Justicia expidió la Resolución 0198 del 27 de febrero de 2002, por la cual determinó el 31 de marzo de 2002 como fecha para "la entrada de vigencia de la conciliación extrajudicial en derecho como requisito de procedibilidad para acudir ante las jurisdicciones civil y familia"

oría del Pueblo; los agentes del ministerio público en materia civil, y los notarios.

En ausencia de ellos, la conciliación se adelantará por los personeros y por los jueces civiles o promiscuos municipales.

4.3 Asuntos susceptibles de conciliación extrajudicial en derecho en el área civil⁷

Serán conciliables todos los asuntos susceptibles de transacción, de tal manera que el contenido de la controversia o la naturaleza de la relación jurídica que se debate es la que definirá si el asunto es transigible o no.⁸ Así por ejemplo, no es procedente este tipo de acuerdos cuando versan sobre acciones civiles que nacen de un delito, como ocurriría en caso de que estuviera en disputa una indemnización de perjuicios derivada del incumplimiento de un contrato viciado de nulidad por objeto o causa ilícita.

En el mismo sentido, se enerva la posibilidad de conciliar si los extremos de la *litis* no son personas capaces, o el derecho que se controvierte no es de libre disposición.

Como la Ley 640 acusa varias falencias, principalmente de índole procesal, una de ellas emerge del hipotético evento en que el funcionario conciliador estime que el asunto sometido a su consideración no es conciliable pues, en ese caso, ¿qué actitud adoptaría la parte? De seguro no le es lícita la formulación de recursos, primero porque éstos son taxativos y la ley no los contempló; y segundo, porque aquí no es viable acudir a la analogía para llenar vacíos y deficiencias como lo pregonan el artículo 5° del Código de Procedimiento Civil y el 8° de la Ley 153 de 1887, máxime cuando la Corte Suprema de Justicia determinó que aquella —la analogía— “...no está concebida para el llamado derecho procesal material, esto es, aquel que define



⁷ Al explicar su naturaleza jurídica, la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Civil, sentencia de Nov. 22/99; M.P. Dr. José Fernando Ramírez Gómez, dijo que: “La conciliación es un género significativo de acuerdo entre las partes”. Tanto la Ley 446 de 1998, artículo 64, como el Decreto 1818 de 1998, la definen desde la perspectiva instrumental, es decir, como mecanismo alternativo autocompositivo para la resolución de conflictos “con la ayuda de un tercero neutral y calificado, denominado conciliador”. Ella, *per se*, carece de contenido sustancial. Su substrato es abierto y libre, de modo tal que puede adoptar el contenido de cualquier acto jurídico idóneo para romper el desacuerdo. Puede ser transacción, pero también contener otro acto, contrato o negocio jurídico, que produzca como efecto la renuncia, la aceptación o la modificación de la pretensión”.

⁸ De vieja data la Corte Suprema de Justicia ha sostenido que “La transacción implica un acto de disposición porque en ella cada una de las partes cede parte del derecho que cree tener” (casación de marzo 8 de 1926 publicada en la Gaceta Judicial, tomo XXXII, p. 217), y que es consustancial a ella “...la existencia actual o futura de una discrepancia entre las partes acerca de un derecho, su voluntad o intención manifestada de ponerse fin sin la intervención de la justicia del Estado y la reciprocidad de concesiones que con tal fin se hacen” (sentencia del 22 de febrero de 1971 publicada en G.J., tomo CXXXVIII, p. 135).

actos procesales o crea institutos de proceso, como los recursos...".⁹

El camino a seguir será entonces el de esperar a que le expidan al interesado la constancia de rigor, en la que el conciliador manifieste que la controversia no es conciliable, y adjuntarla posteriormente como anexo a la demanda que se incoe ante el juez de conocimiento, con lo cual se acreditaría el cumplimiento del requisito de procedibilidad y se desvirtuaría la posibilidad de que le rechacen su libelo por haber pretermitido esta formalidad. No hay que olvidar que el artículo 36 de la Ley 640 de 2001 adicionó el artículo 85 del Estatuto Procesal Civil, en cuanto incluyó como causal de rechazo de la demanda, además de la falta de jurisdicción, de competencia, y de la existencia de un término de caducidad para instaurarla, el que no se acompañe la prueba del agotamiento previo de la conciliación extrajudicial en derecho.

Naturalmente que en esta hipótesis el juez que asuma el conocimiento del litigio no tiene por qué quedar sujeto al criterio interpretativo del conciliador al respecto, y por lo tanto, con base en el inciso 1 del artículo 43 de la mencionada ley, convocará a audiencia de conciliación —ya dentro del

proceso, desde luego, y por ende judicial— bien sea porque las partes de común acuerdo se lo soliciten, o porque de oficio considere relevante hacerlo.

Empero, hay que agregar que la conciliación judicial a que alude este artículo 43, aparentemente resulta contradictoria al confrontarla con el artículo 35 de la Ley 640. En efecto, el inciso segundo del artículo 35 dispone que, realizada la audiencia (de conciliación extrajudicial en derecho como requisito de procedibilidad), sin que en ella se haya logrado acuerdo total o parcial, se prescindirá de la conciliación prevista en el artículo 101 del Código de Procedimiento Civil o de la oportunidad de conciliación que las normas aplicables contemplan como obligatoria en el trámite del proceso, "*salvo cuando el demandante solicite su celebración*".

Por su lado, el artículo 43 consigna que las partes, *de común acuerdo*, podrán solicitar que se realice audiencia de conciliación en cualquier etapa de los procesos. Con todo, el juez, de oficio, podrá citar a audiencia.

Como se ve, en el evento del artículo 35, a pesar de haber fracasado la conciliación extrajudicial en derecho por falta de acuerdo, aun así puede surtirse "cuando el demandante solicite su celebra-



⁹ Corte Suprema de Justicia, casación civil, auto de junio 3 de 1993, M.P. Dr. Eduardo García Sarmiento.

ción". Mas, en este caso, al hablar de "demandante" ello significa que ya estamos en presencia de un proceso (arts. 2 y 75 del C. de P.C.), y por consiguiente la conciliación que llegara a realizarse sería "judicial" y no "extrajudicial". En estas condiciones, ¿cómo se explica que el artículo 43 al regular la conciliación judicial exija que sean las partes, "de común acuerdo" —y no el demandante unilateralmente— quienes puedan solicitar su convocatoria?

Aventurando una respuesta sobre el particular, habría que remitirse al inciso primero del artículo 3º de la Ley 640 de 2001 y concluir que como la conciliación extrajudicial tiene lugar cuando se realiza antes (conciliación extrajudicial en derecho), o por fuera de un proceso judicial, es para esta última hipótesis que operaría la prerrogativa atribuida al demandante. Esta conjetura supone, sin embargo, una curiosa situación que daría al traste con los propósitos del legislador, pues para su efectividad tendría que adelantarse un trámite más o menos del siguiente tenor:

"X" acude ante un centro de conciliación y convoca a "Y" para que, cumpliendo los lineamientos de la Ley 640 de 2001, se celebre una conciliación extrajudicial en derecho, la cual, en caso de no concluir con un acuerdo, lo habilitaría para demandar luego ante la justicia ordinaria, pues ya estaría satisfecho el requisito de pro-

cedibilidad de la acción. Iniciado el proceso como consecuencia de la presentación de la demanda; y puesto en marcha el aparato jurisdiccional, "X", quien a esta altura ya ostenta la calidad de demandante, tendría legitimación según el inciso segundo del artículo 35 para solicitar nuevamente la práctica de una audiencia de conciliación, que forzosamente se evacuaría por fuera del proceso, en la medida en que la judicial comporta, o el consentimiento expreso de ambas partes, o la actuación oficiosa del juez.

Como estas salidas conducen más al absurdo que a descongestionar realmente los despachos judiciales; y en vista de que en principio hay contradicción entre estas dos normas, a juicio nuestro lo que se impone es adelantar una labor de hermenéutica apoyados en el artículo 5º de la Ley 57 de 1887, superando sus incompatibilidades con la aplicación de la regla del numeral 2º que dice: "Cuando las disposiciones tengan una misma especialidad o generalidad, y se hallen en un mismo código, preferirá la disposición consignada en el artículo posterior...".

4.4 ¿Cuándo no hay lugar a la conciliación como requisito de procedibilidad?

Partiendo de la base de que si el asunto no es susceptible de transacción tampoco lo será de conciliación, y por tanto el inicio de la

actuación procesal no estará sujeto al cumplimiento de este requisito de procedibilidad, los artículos 35 y 38 de la Ley 640 de 2001 incluyen otros sucesos que obvian este mecanismo, a saber:

4.4.1 Si se solicitan medidas cautelares

El artículo 38 expresamente exige que si la controversia debe ventilarse mediante un proceso declarativo, cuyo trámite sea ordinario o abreviado, antes de acudir a la jurisdicción civil es preciso agotar la conciliación extrajudicial en derecho, con excepción de los procesos de expropiación y los divisorios.

Esto quiere decir que junto con los de expropiación y división, los procesos ejecutivos, los verbales de mayor y menor cuantía, los sumarios, los liquidatorios y los arbitrales, están exonerados de ese requisito de procedibilidad. Es más, no obstante que estemos en presencia de un litigio que deba conocerse por la vía del ordinario o del abreviado, también es factible omitir la conciliación extrajudicial en derecho, ya que el artículo 35 previó que *"cuando en el proceso de que se trate, se quiera solicitar el decreto y la práctica de medidas cautelares, se podrá acudir directamente a la jurisdicción"*.

Bajo este escenario se observa cómo el impacto de la Ley 640 de

2001 en lo que al condicionamiento del ejercicio del derecho de acción se refiere, es mucho menos contundente de lo que parece a primera vista, pues de una parte deja por fuera a los procesos ejecutivos, que son el grueso de los asuntos que más se reclaman ante los estrados judiciales; y de la otra, en caso de que se soliciten y practiquen medidas cautelares, faculta a los litigantes para presentar su demanda de una vez, eludiendo de esta manera la comentada instancia instrumental.

Ciertamente, si una persona está interesada en tramitar un proceso ordinario, y apoyada en el artículo 691 del Código de Procedimiento Civil pide la práctica de una cualquiera de las cautelas propias de estos asuntos, *verbigracia*, la inscripción de la demanda que verse sobre dominio u otro derecho real principal, o el embargo y secuestro del vehículo automotor causante de un accidente de tránsito, perfectamente puede demandar ante el juez competente, sin que tenga que esperar a que se surta el trámite de la conciliación extrajudicial.

De análoga manera, si el trámite a seguir no es del ordinario sino el del abreviado, y teniendo en cuenta que por este mecanismo es que se tramitan los procesos de restitución de inmueble arrendado, que junto con los ejecutivos

son los otros negocios que más demanda tienen por parte de los usuarios de la administración de justicia, fácilmente podemos concluir que el requisito de procedibilidad será obviado en la mayoría de los casos; toda vez que si la causal invocada —como suele ocurrir— es la mora o el no pago de los cánones de arrendamiento, el demandante puede solicitar como medida cautelar, en los términos de los artículos 2000 del Código Civil y 424 num. 3° del C. de P.C., el embargo y secuestro de los bienes con que el arrendatario haya amueblado, guarnecido o provisto la “cosa”.

Lo mismo puede decirse de otros procesos abreviados en los que son factibles las medidas cautelares, como el de restitución de bien mueble (secuestro previo); el de impugnación de actos de asambleas, de juntas directivas o de socios (suspensión del acto impugnado), y los de declaración de bienes vacantes o mostrencos (secuestro del bien).

En los procesos ejecutivos, si bien es cierto no hay que agotar la conciliación extrajudicial en derecho como requisito de procedibilidad, no lo es menos que ésta continuará llevándose a cabo dentro del proceso, siempre y cuando el demandado alegue excepciones de mérito en el término de traslado, pues el artículo 102 de la Ley 446 de 1998 continúa vigente.

En este mismo orden de ideas hay que tener presente que la audiencia preliminar del artículo 101 del Código de Procedimiento Civil sólo fue derogada en una de sus fases, en concreto la que se ocupaba de la conciliación, precisamente debido a que ahora esta etapa se surte antes del inicio del proceso. Las demás, esto es, las de saneamiento, fijación de los hechos del litigio y decisión de excepciones previas que requerían de práctica de pruebas distinta de la documental, seguirán tramitándose en los procesos ordinarios y algunos abreviados, como tradicionalmente ha venido ocurriendo.

4.4.2 Si se ignora el paradero del demandado

Como la conciliación es una figura en la que tienen que intervenir las partes involucradas en el conflicto, para que pueda adelantarse es indispensable la presencia de ambas de ahí que si el interesado en acudir a la jurisdicción desconoce el domicilio, lugar de habitación y de trabajo de la persona con quien tendría que surtir la audiencia de conciliación extrajudicial en derecho; válidamente puede presentar su demanda directamente y manifestar en ella todas estas circunstancias bajo la gravedad del juramento.

El problema surgiría es cuando el demandante, bien fuera por mala

fe o por simple incuria invocara las anteriores razones en su libelo demandatorio para eximirse del cumplimiento de la conciliación previa como requisito de procedibilidad, y después, ya dentro del proceso judicial, el juez advirtiera por sí mismo o porque el extremo pasivo así se lo hiciera saber, que la parte actora sí conocía el domicilio, lugar de habitación o de trabajo de su contraparte, y que en realidad afirmó lo contrario con el exclusivo fin de pretermitir la exigencia en cuestión.

Si ello llega ocurrir, ¿por cuál camino procesal se optaría? Sin perjuicio de las sanciones que por temeridad o mala fe se tendrían que hacer efectivas, una primera opción, que consideramos la más ajustada a derecho, sería la de aducir que en este caso el juez carece de jurisdicción. Siendo así, el curador *ad litem* del demandado estaría legitimado para invocar la excepción previa del artículo 97 numeral 1 del C. de P.C. y, aun si no lo hiciera, por constituir una causal de nulidad insaneable según los artículos 140 numeral 1; 144 y 145 de la misma obra, el juez podría declararla de oficio en cualquier estado del proceso hasta antes de dictar sentencia.

Algunas otras de las más variadas posibilidades podrían ser: a)

argumentar que en realidad lo que se configura es una falta de competencia del funcionario judicial, generadora de nulidad saneable por su naturaleza, y continuar conociendo del proceso si la parte en cuyo beneficio la estableció la ley procesal termina convalidándola expresa o tácitamente y, b), alegar una nulidad por indebida notificación del auto admisorio de la demanda.

5. TRÁMITE DE LA CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL EN DERECHO EN EL CAMPO CIVIL

Este trámite se inicia mediante solicitud escrita de una de las partes dirigida al correspondiente conciliador, acompañando los documentos que estime pertinentes, indicándole la dirección en donde puede ser citada la contraparte; y relacionando sucintamente cuáles son las peticiones que formula y los hechos en que se apoya, pues en esa forma el funcionario está en condiciones de calificar si el asunto es conciliable o no.

El conciliador se seleccionará como lo contempla el artículo 16 de la Ley 640 de 2001, por mutuo acuerdo entre las partes, o a prevención si se acude directamente a un abogado conciliador que esté inscrito ante los centros de conciliación. Podrá hacerse también la selección en virtud de la solicitud

que haga el requirente ante los servidores públicos facultados para conciliar, o por la designación que haga el centro de conciliación.

5.1 Obligaciones del conciliador

Recibida la petición, si el llamado a obrar como conciliador observa que por la naturaleza de la controversia el asunto no admite este mecanismo, deberá expedirle al interesado una constancia dentro de los diez días calendario siguientes a la presentación de la solicitud, indicando la fecha de dicha presentación (pues ésta interrumpe los términos de prescripción y caducidad), y tendrá que devolverle los documentos que le hubiere aportado.

En caso contrario este funcionario citará a las partes valiéndose para el efecto de la vía que considere más expedita (telegrama, carta, télex, fax, correo electrónico, etc.), comunicándoles someramente el objeto de la diligencia y las consecuencias jurídicas que se derivan de la no comparecencia a la misma. Con ese propósito las autoridades de policía prestarán una decidida colaboración, que no puede entenderse como una conducción a la fuerza, sino facilitando los medios para que la comunicación llegue a su destinatario.

El conciliador goza de la prerrogativa de citar a otras personas

que a su juicio deban asistir a la audiencia, como sería el caso de la existencia de un *litis* consorcio necesario. Aparte de ilustrar, motivar y presentar propuestas de arreglo, debe levantar y registrar el acta de la audiencia de conciliación si se llega a un acuerdo total o parcial pues, como se sabe, ésta presta mérito ejecutivo y hace tránsito a cosa juzgada.

5.2 Constancia

Si las partes concilian se entenderá que la ley cumplió su cometido y la solución del conflicto habrá sido abstraído del conocimiento de la justicia ordinaria. Si no lo pueden hacer porque: 1, el asunto no es conciliable; 2, siéndolo, no logran un acuerdo dentro de la audiencia de conciliación que les permita superar sus diferencias; 3, no concurren las partes o una de ellas a la audiencia o, 4, venció el término de los tres meses previstos en el inciso 1 del artículo 20 sin que se hubiere celebrado la audiencia de conciliación por cualquier causa, entonces el conciliador expedirá constancia en la que determine la fecha de presentación de la solicitud; la fecha en que se celebró la audiencia o debió celebrarse, o una en la que sencillamente certifique que el asunto no es susceptible de ser tramitado por esa vía.

Esas constancias adquieren una particular relevancia en la esfera

del derecho procesal, por cuanto con fundamento en ellas, tanto el juez como las partes tendrán los elementos de juicio para verificar lo siguiente:

a) Que se cumplió el requisito de procedibilidad de la acción. Esto se acredita anexando la constancia a la demanda, puesto que el artículo 36 dispuso que no hacerlo dará lugar a que sea rechazada de plano.

b) Contabilizar, de acuerdo con el artículo 21, el tiempo durante el cual estuvieron interrumpidos los términos de prescripción y caducidad. Esa es la razón por la que en la constancia hay que precisar las fechas de presentación de la solicitud, y de aquellas en las que se celebró la audiencia o ha debido celebrarse.

c) Determinar a cargo de quién se harán efectivas las sanciones pecuniarias y jurídicas derivadas de la inasistencia a la audiencia de conciliación extrajudicial en derecho.

Si el conciliador convoca a la audiencia para una determinada fecha, y ni ese día ni dentro de los tres siguientes la parte citada justifica su incomparecencia, la primera consecuencia será que el mecanismo conciliatorio habrá fracasado. Se impone en ese caso la expedición de la constancia de

ley que habilita al interesado para formular posteriormente su demanda, dado que el requisito de procedibilidad de la acción quedó satisfecho.

Empero, si quien injustificadamente dejó de concurrir a la citada audiencia fue la persona que luego dentro del proceso obra como demandante, esa conducta podrá ser considerada como indicio grave en contra de sus pretensiones. Por el contrario, si la parte que se abstuvo de acudir a la conciliación fue quien posteriormente entró a ostentar la condición de demandada, si no se justificó oportunamente, su comportamiento podrá ser valorado como indicio grave en contra de sus excepciones de mérito.

Estimamos que esta previsión del artículo 22 no sólo está mal redactada, sino que además es inane. Efectivamente, la norma empieza diciendo que, salvo en materias laboral, policiva y de familia, "*si las partes o alguna de ellas no comparece a la audiencia...*" a la que fue citada, y no justifica su inasistencia, se hará acreedora a las sanciones antes transcritas.

En primer lugar, si ninguna de las partes va a la audiencia de conciliación extrajudicial en derecho, en estricto sentido el requisito de procedibilidad de la acción no se habrá cumplido, y por ende, de

llegar a presentarse la demanda, ésta será rechazada. En segundo término, la comentada sanción no se le puede imponer simultáneamente a ambas partes, porque ello desconocería el principio de no contradicción, conforme al cual una cosa no puede ser y no ser al mismo tiempo y bajo el mismo respecto. En tercer lugar, porque a diferencia del artículo 95 del C. de P.C., que perentoriamente advierte que el juez apreciará como indicio grave en contra del demandado el hecho de que éste no conteste la demanda o no lo haga en debida forma, el artículo 22 de la Ley 640 de 2001 se limita a decir que la inasistencia *podrá* ser considerada como indicio grave. Es decir, que como no es una fatal exigencia de orden público, el operador del derecho está discrecionalmente facultado para darle esa connotación o no.

Por último, la inocuidad de esta pretendida sanción jurídica emerge con nitidez en razón del principio de la comunidad de la prueba, en donde el indicio —por grave que sea— es, de todas ellas, quizá el más débil, y puede ser desvirtuado a través de otros medios.

En lo que tiene que ver con las sanciones de índole económica, el parágrafo del artículo 35 de la Ley 640 nos dice que el juez impondrá multa —aquí sí correctamen-

te— “a la parte que no haya justificado su inasistencia a la audiencia”, hasta por valor de dos (2) salarios mínimos legales mensuales vigentes a favor del Consejo Superior de la Judicatura.

5.3 Registro de las actas de conciliación

Es necesario determinar ante qué autoridad se celebró la conciliación extrajudicial en derecho, pues dependiendo de que se trate de servidores públicos o de conciliadores de centros de conciliación, variará la oportunidad desde la cual empezará a producir efectos el acuerdo conciliatorio.

Si se concilia total o parcialmente ante centros de conciliación, el acta que recoja el acuerdo tendrá que registrarse en esa dependencia dentro de los dos (2) días siguientes a la audiencia, y luego, dentro de los tres (3) días siguientes al recibo del acta y sus antecedentes, el centro certificará: a) que la persona que se desempeñó como conciliador está inscrito ante él; b), que el acta que le entrega a las partes es primera copia, presta mérito ejecutivo y ha hecho tránsito a cosa juzgada.

Cuando la conciliación se surtió ante servidores públicos, serán éstos directamente los que le entregarán a las partes la primera copia del acta con fuerza ejecutiva y efectos de cosa juzgada.

6. REFORMA DE LA DEMANDA

Para concluir estos comentarios generales en torno a la conciliación extrajudicial en derecho en el área civil, nos agrada dejar en los lectores como tema de reflexión, un aspecto que puede dar lugar a álgidos debates, el cual surgiría ya en el curso del proceso, y es el referente a la reforma de la demanda.

Partiendo de la base de que los intervinientes, las pretensiones y la situación fáctica que se discuten en la audiencia de conciliación extrajudicial en derecho tienen que ser idénticas a los sujetos, las peticiones y los hechos a que se contrae la demanda posterior, o de lo contrario el juez no avalará la constancia expedida por el conciliador como requisito de procedibilidad, habría que ver si, cuando en ejercicio de la facultad del artículo 89 del Código de Procedimiento Civil, el demandante reforma el acto in-

troductorio del proceso e incluye nuevos demandados, o formula pretensiones o hechos no contemplados inicialmente, se altera la materia sobre la que versó la conciliación extrajudicial, al punto de que haya necesidad de volver a intentarla.

Respetando de antemano cualquier punto de vista en contrario, pero con la mira puesta en la filosofía que inspira a la Ley 640 de 2001, cual es la de descongestionar despachos judiciales y pugnar por una cultura que enfatiza en la autocomposición de los litigios, lo razonable sería no obligar a las partes a que se desgasten en un trámite conciliatorio por fuera del proceso que ya avanza, sino más bien agotar este instrumento bajo la modalidad judicial, en aplicación del artículo 43, que le permite a aquellas de consuno, o al juez, según su arbitrio, convocar a una audiencia para este fin.