





# **GUÍA INSTITUCIONAL DE CONCILIACIÓN EN COMERCIAL**

**Ministerio del Interior y de Justicia**

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**  
**MINISTERIO DEL INTERIOR Y DE JUSTICIA**

**ÁLVARO URIBE VÉLEZ**  
Presidente de la República

**MINISTERIO DEL INTERIOR  
Y DE JUSTICIA**

**CARLOS HOLGUÍN SARDI**  
Ministro del Interior y de Justicia

**GUILLERMO FRANCISCO REYES GONZÁLEZ**  
Viceministro de Justicia

**GERARDO ANTONIO ZÚÑIGA SÁNCHEZ**  
Secretario General

**HARBAY PEÑA SANDOVAL**  
Supervisor Investigación y Convenio

Ministerio del Interior y de Justicia  
Carrera 9 # 14-10  
Conmutador 4443100

INTERNET  
[www.conciliacion.gov.co](http://www.conciliacion.gov.co)  
[conciliacion@mij.gov.co](mailto:conciliacion@mij.gov.co)

**UNIVERSIDAD NACIONAL  
DE COLOMBIA**

**MOISÉS WASSERMAN LERNER**  
Rector General

**ADOLFO SALAMANCA CORREA**  
Decano  
Facultad de Derecho, Ciencias Políticas  
y Sociales

**GAMAL MOHAMMAND OTHMAN ATSHAN  
RUBIANO**  
Director de Contenido

**JORGE IGNACIO SALCEDO GALÁN**  
Director General del Convenio

**ELIANA LÓPEZ JARAMILLO**  
Coordinadora Administrativa

Universidad Nacional de Colombia  
Sede Bogotá  
Carrera 30 Calle 45. Ciudad Universitaria  
Bogotá D.C., Colombia  
Tel. Conmutador 3 16 5000

INTERNET:  
[www.unal.edu.co](http://www.unal.edu.co)

Primera Edición: Octubre de 2007

**Diseño y Diagramación**

Kronos Impresores y Cia.

**ISBN: XXXX**

Queda prohibida la reproducción parcial o total de este libro, sin la autorización escrita del titular del copy-right, por medio de cualquier proceso, comprendidos la reprografía y el tratamiento informático. Esta edición y sus características son propiedad del Ministerio del Interior y de Justicia.

**Este libro no tiene valor comercial**

**PROHIBIDA SU VENTA**

**GUÍA INSTITUCIONAL DE CONCILIACIÓN EN COMERCIAL**  
**¡Venga, conciliemos!**  
**Hablando se arreglan las cosas**

**PRESENTACIÓN**  
**MINISTERIO DEL INTERIOR Y DE JUSTICIA**

El Ministerio del Interior y de Justicia como entidad encargada de desarrollar las políticas públicas que permitan ampliar el acceso a la justicia y difundir, fomentar y mejorar el uso de los mecanismos de solución de conflictos, creó el Programa Nacional de Conciliación que tiene como objetivo el fortalecimiento e institucionalización de la conciliación en Colombia.

Una de las problemáticas identificadas en el Programa Nacional de Conciliación fue la carencia de una línea institucional del Ministerio del Interior y de Justicia en las diferentes áreas de aplicación de la conciliación, la cual fuera conocida y aplicada por los conciliadores que facilitan la solución de los conflictos.

Para solucionar la dificultad mencionada anteriormente, el Ministerio del Interior y de Justicia contrató con la Universidad Nacional de Colombia la elaboración de unas Guías Institucionales de Conciliación en Civil, Comercial, Familia, Laboral, Administrativo, Penal y Tránsito. Las guías contienen una presentación jurídica y pedagógica de los M.A.S.C. y la conciliación, asuntos conciliables y no conciliables, criterios de aplicación de la conciliación, competencias del conciliador, procedimiento y técnicas de conciliación, legislación, jurisprudencia y doctrina especializada, modelos de documentos, ejercicios y evaluación de los módulos y mucha más información útil para los operadores de la conciliación.

La presente Guía Institucional de Conciliación en Comercial es la base conceptual del Ministerio del Interior y de Justicia como suprema autoridad administrativa del ramo; de esta manera, el Ministerio busca que la obra sea una herramienta de apoyo para los conciliadores de los centros de conciliación y funcionarios que ofrecen sus servicios para la solución de controversias comerciales.

Para la elaboración de la Guía se contó con el doctor Atshan Rubiano Gamal Mohammnd Othman, reconocido jurista y maestro de la Facultad de

## PRESENTACIÓN

Derecho, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Nacional de Colombia con amplia trayectoria en la academia colombiana.

La conciliación ha demostrado en sus últimos 16 años de implementación ser una forma de solución pacífica de conflictos: rápida, económica, eficaz y justa. El Ministerio del Interior y de Justicia confía que las personas que tengan un conflicto de carácter comercial como arrendamiento de local comercial, títulos valores, incumplimientos de contratos comerciales, problemas con bancos y aseguradoras, entre otros, acudirán a los conciliadores para llegar a un acuerdo satisfactorio para todos porque la conciliación no deja perdedores.

Para el Ministerio del Interior y de Justicia es motivo de orgullo poner a disposición de los conciliadores, centros de conciliación, profesionales y la comunidad en general esta Guía Institucional de Conciliación en Comercial que esperamos sea de utilidad para el fortalecimiento e institucionalización de la conciliación en el país.

**CARLOS HOLGUÍN SARDI**  
Ministro del Interior y de Justicia

## PRESENTACIÓN UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA

El Ministerio del Interior y de Justicia, como entidad del Ejecutivo, encargado de desarrollar las políticas públicas en materia de acceso a la justicia y diseñar estrategias para difundir, fomentar y mejorar el uso de los Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos (M.A.S.C.) y la relación entre los distintos operadores de justicia, además de ejercer el control, la inspección y vigilancia de los centros de conciliación, arbitraje y/o amigable composición, ha creado el Programa Nacional de Conciliación que tiene como objetivo el fortalecimiento e institucionalización de la conciliación en Colombia, procurando involucrar el accionar de la Rama Ejecutiva en la Justicia, promoviendo programas, alianzas y ejecutando proyectos tendientes a fortalecer la administración de justicia y el acceso a la misma.

Para ello, junto con la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Nacional de Colombia, han unido saberes y esfuerzos académicos con el fin de presentar a todos los centros de conciliación, a los conciliadores y en general a los abogados, jueces, estudiantes de derecho y ciudadanía la GUÍA INSTITUCIONAL DE CONCILIACIÓN COMERCIAL.

La conciliación es natural al ser humano. Frente a un conflicto, la regla general debe ser el arreglo o solución directa entre las partes comprometidas y solamente en forma excepcional se debe acudir a un tercero para que resuelva la controversia. Si bien es cierto que la rama judicial del poder público es una solución absolutamente civilizada, en la cual las personas renunciamos a hacer justicia por mano propia y delegamos en el Estado el monopolio de la administración de justicia y de la fuerza, también es cierto que de manera alguna se ha renunciado a solucionar las controversias en forma directa, en la cual las partes son sus mismos jueces y de común acuerdo construyen la solución a sus diferencias, respuesta también civilizada y acorde con la esencia del ser humano. Precisamente por ello, la conciliación, esto es, el arreglo directo de las diferencias entre las partes con la colaboración y concurso de un tercero (el conciliador), debe ser la regla general de todas las controversias y la excepción debe ser la heterocomposición, es decir, delegar en un tercero la solución del conflicto.

El derecho comercial, como disciplina de los comerciantes, que tiene como base fundamental el aprovechar las oportunidades para obtener algún tipo de beneficio, se ha nutrido de sus prácticas para ayudar a construir soluciones a las controversias a través de la colaboración eficaz de un tercero. Dentro de este contexto, la figura del conciliador resulta muy semejante a la de los comisionistas en los negocios. Cuando dos o más personas utilizan los servicios de un comisionista para llevar a feliz término una negociación, aprovechando su conocimiento, formación ética y profesionalismo, efectivamente están concluyendo exitosamente un negocio gracias a la intervención del comisionista que se encargó de contactarlos y asesorarlos para concluir un negocio. Frente a un conflicto (oportunidad de negocio), las partes se valen de los servicios de un conciliador para que, con su experiencia, formación y profesionalismo, les ayude a construir una solución satisfactoria para todas las partes y puedan concluir exitosamente la negociación de su conflicto. En realidad, el conciliador es un comisionista del conflicto que acerca a las partes, las asesora y les ayuda a concluir un negocio, es decir, una conciliación, un acuerdo.

Por lo anterior, y teniendo en cuenta que nuestro actual sistema económico está altamente regulado por el derecho comercial, surgió la necesidad de diseñar una Guía para dotar de herramientas a los conciliadores en la rama del derecho comercial y familiarizarlos en los asuntos conciliables en esta disciplina, que además está fuertemente influenciada por la libertad negocial y sobre todo marcada por la consensualidad.

Su contenido es muy específico: pretende dirigir, encaminar y encauzar a los conciliadores en las actividades que deben desarrollar cuando el objeto de los procesos conciliatorios sean asuntos que, por su naturaleza y contenido, pertenecen a la rama del Derecho Comercial y sean conciliables.

En la conciliación comercial o mercantil, dos o más personas, con la participación de un tercero -el conciliador- gestionan y resuelven de manera autónoma y satisfactoria conflictos conciliables, transigibles o desistibles de contenido económico, referidos a derechos y obligaciones originados en la autonomía privada de su voluntad o, de manera inmediata, en la ley, tales como relaciones de propiedad, obligaciones y contratos mercantiles contraídos entre ellos y, en general, a relaciones y situaciones jurídicas de contenido patrimonial que sean de carácter mercantil.

Su contenido se desarrolla en siete (7) unidades procurando utilizar un lenguaje sencillo y evitando en lo posible discusiones doctrinales o jurisprudenciales para guardar la línea institucional del Ministerio del Interior y de Justicia respecto a los temas de la conciliación. En la primera unidad se compendian los aspectos generales de la conciliación, para concretarse luego en su objeto específico: los asuntos comerciales conciliables. En la segunda unidad se determinan las funciones y roles del conciliador, en los aspectos jurídicos y en su actividad de coprotagonista del proceso conciliatorio.

La tercera unidad se refiere a las técnicas específicas para desarrollar esta clase de conciliación, que integrada con las fases o etapas del proceso, de que trata la unidad cuarta, van a permitir al conciliador cumplir sus diversos

roles y actividades de una manera eficaz. En la unidad quinta se trata de la naturaleza jurídica del acuerdo de conciliación, que se formaliza en el acta de conciliación. Allí mismo se aborda la naturaleza jurídica del acta de conciliación, especificaciones, sus efectos jurídicos y defectos.

Para que la Guía cumpla su función, en la unidad sexta se elaboran formatos o formularios de las diligencias más frecuentes y que deben constar por escrito. Luego se plantean una serie de casos, que le van a permitir al conciliador percibir lo que puede acontecer en el proceso y le da instrumentos para actuar cuando surjan situaciones especiales o imprevistas en las audiencias.

En el proceso de elaboración de esta GUÍA INSTITUCIONAL DE CONCILIACIÓN EN DERECHO COMERCIAL se contó en forma permanente con la colaboración de la Abogada de la Universidad Nacional de Colombia ERIKA MILENA MORALES BUITRAGO, quien con su formación jurídica y rigor científico de investigadora presentó innumerables aportes y acopió sus contenidos esenciales. Para ella y para los también abogados de la Universidad Nacional JORGE IGNACIO SALCEDO GALÁN y ELIANA LÓPEZ JARAMILLO, quienes desde su función de dirección y de coordinación administrativa contribuyeron de manera eficaz al logro de esta publicación, nuestros agradecimientos.

Finalmente, debe hacerse un reconocimiento expreso a la función que desde el MINISTERIO DEL INTERIOR Y DE JUSTICIA ha venido desarrollando el joven abogado HARBEY PEÑA SANDOVAL, quien de manera permanente y comprometida no sólo se ha interesado en la difusión de las normas que regulan la conciliación y para su eficiente aplicación en todo el país, sino que también ha dedicado encomiables esfuerzos para que institucionalmente el Ministerio del Interior y de Justicia y la FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL desarrollen y cumplan esta forma de responsabilidad social con todos los colombianos. Además, es justo reconocer su aporte en la elaboración de esta Guía, a través de su revisión y sus comentarios.

**GAMAL MOHAMMAND OTHMAN ATSHAN RUBIANO**



**TABLA DE CONTENIDO**

**UNIDAD 1  
DE LA CONCILIACIÓN**

<b>1.1</b>	<b>Masc – concepto .....</b>	<b>15</b>
<b>1.2</b>	<b>Clasificación .....</b>	<b>16</b>
<b>1.3</b>	<b>Concepto de la conciliación .....</b>	<b>18</b>
1.3.1	Naturaleza jurídica de la conciliación .....	19
<b>1.4.</b>	<b>Conciliación extrajudicial en derecho comercial .....</b>	<b>19</b>
1.4.1.	Elementos de la conciliación .....	21
1.4.1.1	Elemento objetivo.....	21
1.4.1.2	Elemento subjetivo.....	21
1.4.1.3	Elemento metodológico.....	22
1.4.2.	El conciliador.....	23
1.4.3.	La audiencia.....	23
1.4.4.	El acuerdo .....	23
<b>1.5.</b>	<b>Requisitos de existencia y de validez de la conciliación.....</b>	<b>23</b>
1.5.1.	Requisitos de existencia del acuerdo conciliatorio como negocio jurídico .....	23
1.5.1.1.	Elementos esenciales .....	23
1.5.1.2.	Elementos de la naturaleza: .....	24
1.5.1.3.	Elementos accidentales.....	24
1.5.2.	Requisitos de validez de la conciliación.....	25
1.5.2.1.	La capacidad para conciliar.....	25
1.5.2.2.	El consentimiento en la conciliación.....	26
1.5.2.3.	El objeto lícito .....	28
1.5.2.4.	La causa lícita.....	29
<b>1.6.</b>	<b>Clases de conciliación.....</b>	<b>29</b>
1.6.1.	Conciliación judicial y extrajudicial .....	29
1.6.1.1.	Conciliación judicial.....	29
1.6.1.2.	Conciliación extrajudicial .....	31
1.6.2.	Conciliación obligatoria y voluntaria.....	31
1.6.2.1.	Conciliación obligatoria .....	31
1.6.2.2.	Conciliación voluntaria .....	32
1.6.3.	Conciliación en derecho y en equidad .....	32

1.6.3.1. Conciliación en derecho.....	33
1.6.3.2. Conciliación en equidad.....	33
1.6.4. Conciliación institucional e independiente.....	33
1.6.4.1. Conciliación institucional o corporativa.....	33
1.6.4.2. Conciliación independiente.....	34
<b>1.7. Características fundamentales de la conciliación.....</b>	<b>34</b>
1.7.1. Nace por la voluntad de las partes.....	34
1.7.2. La conciliación termina el conflicto.....	35
1.7.3. La conciliación es un acto jurisdiccional.....	36
1.7.4. La conciliación tiene un ámbito extenso.....	36
1.7.5. La conciliación es consensual y bilateral.....	37
1.7.6. La conciliación puede ser gratuita u onerosa.....	37
1.7.7. La conciliación excepcionalmente es requisito de procedibilidad.....	37
1.7.8. La conciliación es típica.....	38
1.7.9. La solicitud de conciliación extrajudicial suspende la prescripción y hace inoperante la caducidad.....	38
<b>1.8. Diferencia entre conciliación y otras instituciones afines.....</b>	<b>38</b>
1.8.1. Conciliación y mediación.....	39
1.8.2. Conciliación y transacción.....	40
<b>1.9. Fines y objetivos de la conciliación.....</b>	<b>41</b>
1.9.1. Descongestionar los despachos judiciales.....	41
1.9.2. Estimular la convivencia pacífica.....	42
1.9.3. Facilitar la solución de los conflictos sin dilaciones injustificadas.....	42
<b>1.10. Marco constitucional y jurídico.....</b>	<b>42</b>
1.10.1. La función de conciliador es transitoria.....	43
1.10.2. La función del conciliador es excepcional.....	43
<b>1.11. Fundamentos legales.....</b>	<b>44</b>
<b>1.12. Fundamentos jurisprudenciales.....</b>	<b>45</b>
<b>1.13. Requisito de procedibilidad.....</b>	<b>45</b>
<b>1.14. Asuntos conciliables.....</b>	<b>48</b>
<b>1.15. Asuntos conciliables en derecho comercial.....</b>	<b>50</b>

## Unidad 2 DEL CONCILIADOR

<b>2.1. Atributos que debe tener un conciliador.....</b>	<b>57</b>
<b>2.2. Requisitos legales para ser conciliador.....</b>	<b>59</b>
2.2.1. Abogado en ejercicio.....	59
2.2.2. Acreditar capacitación en masc.....	60
2.2.3. Inscripción ante un centro de conciliación.....	60
2.2.4. Idoneidad y experiencia.....	61
<b>2.3. Centros de conciliación.....</b>	<b>61</b>

2.3.1. Centros de conciliación de las facultades de derecho .....	61
2.3.2. Otros centros de conciliación .....	62
<b>2.4. Clases de conciliadores .....</b>	<b>62</b>
<b>2.5. Selección del conciliador .....</b>	<b>64</b>
<b>2.6. Régimen de responsabilidad del conciliador.....</b>	<b>65</b>
2.6.1. Responsabilidad profesional .....	65
2.6.2. Responsabilidad penal .....	65
2.6.3. Responsabilidad disciplinaria .....	65
<b>2.7. Régimen de inhabilidades del conciliador .....</b>	<b>66</b>

**Unidad 3**

**AUDIENCIA DE CONCILIACIÓN Y TÉCNICAS DE CONCILIACIÓN**

<b>3. Procedimiento conciliatorio.....</b>	<b>69</b>
<b>3.1. Modelos conciliatorios .....</b>	<b>70</b>
<b>3.2. El modelo tradicional – lineal de harvard .....</b>	<b>71</b>
<b>3.3. El conflicto .....</b>	<b>72</b>
3.3.1. El conflicto en general .....	72
3.3.2. Diferencias entre el litigio y la conciliación.....	73
3.3.3. El conflicto jurídico en materia mercantil .....	73
3.3.4. Resolución del conflicto .....	74
3.3.5. Audiencia de conciliación .....	74
3.3.5.1. Presentación.....	75
3.3.5.2. Presentación de los hechos.....	75
3.3.5.3. Identificación del conflicto.....	76
3.3.5.4. Reuniones.....	76
3.3.5.5. Reunión privada .....	76
3.3.5.6. Procedimiento a seguir en las reuniones privadas.....	77
3.3.5.7. Cierre de la reunión privada .....	79
3.3.6. Reunión conjunta.....	80
3.3.7. Reunión conjunta.....	81

**UNIDAD IV**

**PROCEDIMIENTO CONCILIATORIO**

<b>4.1. Etapas del trámite conciliatorio .....</b>	<b>83</b>
4.1.1. Escogencia del conciliador .....	84
4.1.2. Solicitud de conciliación .....	85
4.1.3. Rechazo de la solicitud.....	86
4.1.4. Efectos de la solicitud de conciliación .....	87
4.1.5. Citación del convocado.....	87
4.1.6. Vicisitudes de la audiencia de conciliación.....	89
4.1.6.1. Inasistencia de una parte o de las partes a la .....	89
4.1.6.2. Suspensión de la audiencia.....	90

TABLA DE CONTENIDO

4.1.6.3. Las partes no llegan a acuerdo conciliatorio alguno.....	90
4.1.6.4. Las partes llegan a acuerdo conciliatorio.....	91
4.1.7. Inasistencia a la audiencia de conciliación.....	91

**UNIDAD V**  
**ACTA DE CONCILIACIÓN Y ACUERDO CONCILIATORIO**

5.1. Introducción .....	93
5.2. Mérito ejecutivo.....	95
5.3. Cosa juzgada .....	95
5.4. Naturaleza jurídica del acta de conciliación.....	96
5.5. Aprobación del acuerdo.....	97

**UNIDAD VI**  
**GUÍAS, MODELOS Y MINUTAS**

6.1. Solicitud de conciliación .....	99
6.2. Formato de notificación y/o citación .....	100
6.3. Formato de constancia de asunto no conciliable.....	101
6.4. Formato de constancia de inasistencia o no comparecencia .....	102
6.5. Formato de constancia de no acuerdo.....	103
6.6. Formato de acta de conciliación.....	104

**UNIDAD VII**  
**CASOS PRÁCTICOS EN ASUNTOS COMERCIALES**

Caso No. 1 .....	107
Caso No. 2 .....	108
Caso No. 3 .....	110
<b>GLOSARIO .....</b>	<b>113</b>
<b>BIBLIOGRAFIA.....</b>	<b>115</b>

# UNIDAD 1 DE LA CONCILIACIÓN

## Objetivo General

Esta Unidad resalta las características esenciales de la Conciliación extrajudicial en derecho comercial como medio alternativo de resolución de conflictos, su clasificación, elementos, fines y objetivos, así como otros componentes de la misma. Resaltando cuáles son los asuntos conciliables y no conciliables en materia comercial.

## Objetivo Especifico

1. Diferenciar la conciliación extrajudicial en derecho comercial de los otros medios alternativos de resolución de conflictos a través de la exposición detallada de los elementos que la componen.
2. Establecer de manera sucinta cuáles son los asuntos comerciales que pueden ser o no sometidos a conciliación extrajudicial en derecho.

### 1.1. Los mecanismos alternativos de solución de conflictos (MASC). Concepto

Los Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos (MASC) son la respuesta a la necesidad de brindar alguna solución a una oposición de intereses en que las partes no ceden; ante este choque o colisión de derechos o de pretensiones, se ha creado un sistema u organización de alternativas para solucionar los conflictos, diferente a la intervención del Estado a través del aparato jurisdiccional o las autoridades administrativas. Es claro que nuestro aparato jurisdiccional y las autoridades administrativas no dan abasto para resolver todas las controversias que se originan en nuestra sociedad. La congestión judicial y administrativa es tan evidente que la morosidad es parte de la cultura colombiana. Por esta razón principalmente, el Estado ha tenido que implementar alternativas para darle solución a esos conflictos.

Los Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos (MASC) son un conjunto de herramientas que gozan de reconocimiento y están amparadas por la Constitución Política de Colombia y la legislación para resolver diferencias entre particulares y entre éstos y el Estado, sin acudir al poder judicial ni ante las autoridades administrativas, pero con fuerza y carácter de cosa juzgada entre las partes y frente a terceros. Como se puede ver, se busca lograr el mismo objetivo (resolver el conflicto) pero sin que intervenga el aparato jurisdiccional e incluso sin intervención del Estado.

## 1.2. CLASIFICACIÓN

Los MASC presentan ventajas frente a la administración permanente de justicia, entre las cuales encontramos:

- Menor tiempo en lograr una solución. Esta fortaleza es fundamental en la medida que le permite a las partes en conflicto terminar con rapidez sus controversias y poder continuar con su ritmo de vida. Un conflicto distrae a sus actores de su actividad económica, incluyendo los recursos que se tiene planificado invertir en la economía, con lo cual se perjudica también nuestra actividad económica. Se terminan desviando los recursos económicos para atender el conflicto.
- Menor costo total. La atención de un conflicto no sólo distrae a las partes en controversia, sino que además distrae los recursos del torrente económico de nuestro país. Con el conflicto nadie gana. Incluso el país se perjudica.
- Trámite informal. A través de los MASC, las controversias se pueden resolver sin necesidad de seguir un procedimiento formal; no solamente es ágil, sino que además está desprovisto de las formalidades y rituales que caracteriza la actuación judicial y administrativa, que está reglada en un alto grado. En los MASC existe un gran espacio para la innovación, lo cual puede destrabar la negociación.
- Informalidad y oralidad del procedimiento. Garantiza la dinámica del trámite, su transparencia y ecuanimidad.

### 1.2. Clasificación

Existen varias formas de resolución de conflictos, entre los cuales podemos distinguir los siguientes:

- LA CONCILIACIÓN: El artículo 64 de la Ley 446 de 1998 define 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”*. Mientras que en la mediación lo decidido no obliga judicialmente a las partes, en la conciliación lo acordado obliga incluso ejecutivamente. En lo demás estas dos figuras son similares.
- LA NEGOCIACIÓN: Es un mecanismo a través del cual los extremos de un conflicto intercambian ideas con el propósito de buscar un acuerdo que termine con sus diferencias. Se trata de un auténtico regateo, de un debate, de una insistencia entre las partes en conflicto. Se caracteriza por ser absolutamente informal, sin reglas y sin terceros que intervengan en el proceso. Son las partes las que directamente tratan de buscar la solución a su controversia. En nuestro medio es usual, tanto judicial como extrajudicial, buscar que las partes en conflicto, directamente, esto es, sin la intervención de un tercero, traten de llegar a un acuerdo que termine con el conflicto. La transacción es una forma de negociación.

- **LA AMIGABLE COMPOSICIÓN:** Consiste en el sometimiento de un conflicto a la resolución de una o más personas designadas conjuntamente por las partes, a fin de evitar un litigio y obtener un fallo con fuerza de cosa juzgada. Más que una simple relación contractual, la amigable composición constituye un negocio jurídico complejo, formado por varias relaciones jurídicas, contractuales y no contractuales, que se sobreponen sucesivamente, generándose un método alternativo de solución de conflictos. Por lo tanto, la amigable composición es un pacto o convenio que tiene una etapa final que es la solución de la controversia.
- **LA MEDIACIÓN:** Es la participación neutral en un negocio ajeno, a fin de prestar algún servicio a las partes en conflicto. El mediador carece de poder de decisión. No existen reglas, ni de forma ni de fondo. El mediador simplemente busca una fórmula capaz de satisfacer, “*a medias*” en algo, a las partes en conflicto, es decir, para avenirlos en algún conflicto judicial o extrajudicial. En materia mercantil es necesario diferenciar la mediación de la comisión, ya que por definición pueden resultar ser lo mismo. En el contrato de comisión una persona, llamada comisionista, por su gestión o mediación, une a dos partes antagónicas contractualmente como lo son un comprador y un vendedor; un arrendador y un arrendatario para cerrar un negocio. En la mediación subyace un conflicto, una diferencia, un antagonismo y el mediador lo que hace es presentar fórmulas tendientes a acabar con la controversia.
- **EL ARBITRAJE:** En este caso, las partes en conflicto delegan en un tercero la solución de su diferencia en forma anticipada a través de una cláusula compromisoria, si ya ha surgido la diferencia, o por medio de un compromiso. En este caso, el tercero, que puede ser singular (árbitro único) o plural (número impar), queda investido transitoriamente de la facultad de administrar justicia, profiriendo una decisión denominada laudo arbitral. El arbitramento puede ser en derecho, en equidad o técnico. Es en derecho, cuando los árbitros fundamentan su decisión en el derecho positivo vigente. En este caso, el o los árbitros deben ser abogados. El arbitramento es en equidad cuando los árbitros deciden según el sentido común y la equidad (de acuerdo a lo que dicte la conciencia). Y es técnico cuando los árbitros pronuncian su fallo en razón de sus específicos conocimientos en una determinada ciencia, arte u oficio.

## CONCLUSIÓN:

Respecto a los Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos (MASC) podemos decir que, en general, son de dos tipos: Unos de **AUTOCOMPOSICIÓN**, es decir, donde las partes envueltas en un conflicto, directamente sin la intervención de un tercero, llegan a una solución a su controversia. Se puede decir que las partes se reúnen,

exploran fórmulas, negocian y llegan a una solución sin la intervención de un tercero. Aquí encontramos LA NEGOCIACIÓN como un MASC de autocomposición. O le piden a un tercero que proponga fórmulas que permitan solucionar su controversia (CONCILIACIÓN y MEDIACIÓN), en algunos casos lo convenido con fuerza de ejecución (CONCILIACIÓN) y en otros sin fuerza de ejecución (MEDIACIÓN). Pero, son las partes en conflicto las que finalmente autocomponen sus diferencias, es decir, construyen la solución de su controversia. El tercero no toma decisiones, simplemente acerca a las partes en conflicto y les ayuda a construir la solución. Otros son de **HETERO COMPOSICIÓN**, es decir, donde las partes delegan en un tercero la solución del conflicto (ARBITRAMENTO, AMIGABLE COMPOSICIÓN). Este tercero resuelve la controversia, es decir, impone a las partes la solución del conflicto. El tercero no sólo administra el conflicto sino que además lo resuelve e impone a las partes la solución.

### 1.3. Concepto de conciliación

En términos generales, podemos decir que la conciliación es la avenencia entre partes discordes que resuelven desistir de su actitud enemistosa, por renunciaciones recíprocas o unilaterales, todo ello con la intervención de un tercero. Ya antes transcribimos la definición legal de conciliación que nos brinda el artículo 64 de la Ley 446 de 1998 al indicar que se trata de “*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*”.

Pero frente a estas definiciones, es necesario hacer varias precisiones. En primer lugar, la conciliación es sinónimo de un procedimiento o etapa que se puede o se debe seguir, sin que ello implique un acuerdo que ponga fin a las diferencias de las partes. En este contexto, la conciliación puede entenderse como una invitación que hace una de las partes en conflicto a su contradictor para buscar fórmulas que les permita poner fin a su conflicto con presencia de un tercero neutral. También puede entenderse como una etapa que tiene como propósito la búsqueda de una solución al conflicto, en presencia de un tercero neutral, previo a una actuación judicial. En este contexto, la palabra conciliación está indebidamente utilizada, ya que las partes pueden entender que necesariamente se debe conciliar, cuando en realidad lo que se está buscando es que las partes en conflicto se reúnan bajo la dirección de un tercero neutral (conciliador) a explorar la búsqueda de una solución a su controversia. En realidad, las partes no están obligadas a conciliar; simplemente deben intentar ponerle fin a su conflicto. Y en segundo lugar, el término conciliación también hace referencia al acuerdo a que llegan las partes por medio del cual resuelven sus diferencias. En este caso, la conciliación tiene un sentido sustancial, ya que es sinónimo de acuerdo, por cuanto el acuerdo al que llegan las partes materializa la conciliación.

Resulta evidente en este contexto que la conciliación equivale al acuerdo. Por lo tanto, cuando se cita a las partes de una controversia a una audiencia de conciliación, se debe precisar que en realidad las partes han sido citadas para intentar llegar a una conciliación sin que llegar a un acuerdo sea un imperativo de la citación.

### 1.3.1. *Naturaleza jurídica de la conciliación*

La conciliación, además de ser un mecanismo alternativo de solución de conflictos, también tiene un contenido jurídico. Corresponde a un procedimiento cuyo objetivo y razón de ser lo constituye el arreglo o convenio (negocio jurídico) cuando se logra conciliar, o con una constancia de no acuerdo entre las partes. Cuando se logra conciliar, se logra evitar el litigio, se rompen las diferencias. En conclusión, la conciliación lleva aparejada una parte procedimental y otra sustancial, cuando se logra llegar a un acuerdo.

## 1.4. **Conciliación extrajudicial en derecho comercial**

En materia comercial, debemos empezar por afirmar que cuanto se diga de la conciliación en materia civil es aplicable al derecho comercial. No es que el derecho comercial sea un apéndice del derecho civil, lo que sucede es que existen algunos principios que le son comunes a ambas disciplinas. Así, encontramos que un conflicto mercantil conciliable, transigible o desistible puede ser resuelto de manera autónoma y satisfactoria para las partes, con la intervención de un tercero denominado conciliador, tal como sucede en los asuntos civiles.

En general, históricamente el derecho se ha bipartido entre el *derecho público*, entendido como la relación jurídica que tiene el sujeto denominado ESTADO, donde prevalece el interés general, y el *derecho privado* teniendo como sujeto al INDIVIDUO y entendido como la institución donde prevalece el interés de los particulares, así como los actos voluntarios de éstos en su exclusivo beneficio. Dentro de esa gran parcela que es el derecho privado, encontramos dos grandes ramas que son: *el derecho civil y el derecho mercantil o comercial*. El derecho civil concibe los bienes de acuerdo a su valor de uso, determinado por la aptitud que tengan para satisfacer necesidades; a su vez, el derecho mercantil concibe los bienes de acuerdo a su valor de cambio, es decir, el valor adquisitivo que tengan en el mercado.

En Colombia, la ley determina la materia mercantil, esto es, delimita claramente el ámbito de aplicación de la ley mercantil. Es tal el grado de regulación del ámbito mercantil que incluso nuestra normatividad establece que no sólo los comerciantes o empresarios están sometidos al imperio de la Ley mercantil, ya que quienes sin ser comerciantes o empresarios, por el simple hecho de realizar en forma OCASIONAL operaciones mercantiles, no se consideran comerciantes, pero estarán sujetas a las normas comerciales en cuanto a dichas operaciones.

El Código de Comercio (DECRETO NÚMERO 410 DE 1971) establece, en su artículo primero 1º, el campo de aplicación de la ley mercantil, señalando que los comerciantes y los asuntos mercantiles se regirán por las disposiciones de la ley comercial.

A su vez, los artículos diez (10º) y once (11º) del Código de Comercio se ocupan de definir a los comerciantes. En tal sentido, señala que son comerciantes las personas que profesionalmente se ocupan en alguna de las actividades que la ley considera mercantiles. Además, establece que quienes sin ser comerciantes realicen en forma ocasional una operación mercantil, por el simple hecho de realizar esa operación, quedan sujetos a esas normas comerciales.

Como podrá deducirse, no se requiere estar inscrito como comerciante en el registro mercantil para reputarse comerciante y por ende quedar sometido a su regulación, ya que por el simple hecho de realizar, así sea en forma ocasional, una actividad mercantil, automáticamente esa persona queda sometida al régimen mercantil. No se requiere voluntad expresa para ser comerciante, toda vez que la realización del comercio por sí solo hace que quien lo lleve a cabo se tenga como comerciante.

El artículo veinte (20) del Código de Comercio señala en forma perentoria qué actos se consideran mercantiles para todos los efectos legales. Allí se describen diecinueve (19) actividades, sin que esa extensa lista se considere taxativa ya que es simplemente enunciativa.

Una característica esencial de los actos de comercio es la reiteración y profesionalismo con que el comerciante los lleva a cabo, la forma organizada como desarrolla esa actividad, siempre marcada por el ánimo de lucro.

Cuando se lleva a cabo una operación mercantil entre un comerciante y un no comerciante, para todos los efectos, esa operación se tendrá como mercantil. Un breve ejemplo nos permite entender el alcance del derecho mercantil: Si una hermanita de la caridad, que hizo votos de pobreza, que bajo ninguna circunstancia busca lucrarse, abre una cuenta de ahorros en un Banco, por ese simple hecho, su relación con el Banco será regulada por el derecho mercantil, es decir, sus relaciones estarán bajo el imperio del Código de Comercio. Se preguntará qué relevancia puede tener el estar sometido al régimen mercantil y no al régimen civil. Con base en el anterior ejemplo, la relevancia radicará en que si por algún motivo la monjita quedare debiendo algún saldo al Banco, deberá pagar intereses bancarios corrientes sobre dicho saldo; hoy sería un interés de algo así como el 2% mensual. En cambio, si esa relación fuera civil no tendría que pagar intereses y en el peor de los casos una tasa de interés del 0.5% mensual.

Otro ejemplo nos permitirá comprender la importancia de diferenciar el régimen civil y el mercantil: UN CONTRATO DE ARRENDAMIENTO. Si el contrato de arrendamiento es de una casa, es decir, el bien arrendado es destinado para vivienda, el régimen aplicable será el civil, esto es, que estamos en presencia de un contrato de arrendamiento civil, regulado por la Ley 820 de 2003. Pero si el

contrato de arrendamiento recae sobre un local comercial, es decir, destinado para montar y operar un establecimiento de comercio, estaremos frente a un contrato de arrendamiento comercial, el cual está regulado por nuestro código de comercio. Son dos (2) regímenes diferentes, con tratamientos legales particulares. Además, al contrato de arrendamiento de un local comercial se le aplican derechos como el de renovación, el cual no existe en materia civil.

En conclusión, la conciliación extrajudicial en materia comercial es una especie de conciliación que permite que dos o más personas que tienen una controversia mercantil, con la intervención de una tercera persona, imparcial, lleguen a un acuerdo para solucionar sus diferencias, sin necesidad de acudir a un Juez.

#### *1.4.1. Elementos de la conciliación*

La conciliación implica también una relación jurídica que presenta unos elementos que permiten diferenciarla de otras relaciones jurídicas. En otras palabras, debemos entender que la conciliación tiene unos elementos propios que le dan identidad. En la definición de nos brinda el artículo 64 de la Ley 446 de 1998 encontramos inmersos los elementos de la conciliación. Recordemos la definición para proceder a individualizar los elementos de la conciliación:

*“La conciliación es 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”.*

##### *1.4.1.1. Elemento objetivo*

El conflicto, entendido como la oposición de intereses en que las partes no ceden, hay un choque o colisión de derechos o pretensiones. Entre las partes existe antagonismo, oposición. Debemos entender que sin conflicto no hay conciliación. No tendría razón de ser la conciliación si no se presenta esa desavenencia de derechos entre dos o más partes, acotando que esa oposición de intereses debe tener trascendencia jurídica.

##### *1.4.1.2. Elemento subjetivo*

Otro de los elementos de la conciliación lo constituyen las partes en conflicto. Cuando se habla de partes, estamos haciendo referencia a las personas que pueden ser naturales o jurídicas. Incluso podríamos estar en presencia de patrimonios autónomos que, sin ser personas, gozan de personalidad jurídica por lo cual tienen capacidad, tanto para obligarse como para ser titular de derechos. Es común encontrarnos en materia mercantil con que uno de los extremos de una disputa jurídica esté integrado por un patrimonio autónomo. No por una fiduciaria, que es una persona jurídica, sino por un patrimonio autónomo que está representado por la fiduciaria, sin que ésta sea parte del conflicto.

También podemos encontrarnos que uno de los extremos del conflicto está integrado por varias personas. Estas personas pueden estar litisconsorciadas

voluntariamente o necesariamente. Todo depende de la relación contractual. Si efectivamente el origen de la controversia es un contrato y una de las partes contratantes está integrada por varias personas, estaremos en presencia de un litisconsorcio necesario, y la audiencia de conciliación tendrá que hacerse con todas las partes involucradas, lo cual incluye a la totalidad de la parte plural del contrato. Un ejemplo nos permitirá entender mejor esta situación. Si A, B y C toman en arriendo un local comercial a D, y se presenta una discrepancia durante la ejecución del contrato de arrendamiento, como por ejemplo por el reajuste del canon, la conciliación necesariamente debe hacerse con A, B y C por un lado y D por el otro. No se puede llevar a cabo una conciliación solamente ente A y D ya que A no es el arrendatario. Los arrendatarios son A, B y C, por lo tanto, cualquier situación originada en el contrato de arrendamiento debe provenir de todos ellos y no de uno de ellos.

Pero también podemos estar en presencia de un conflicto común a varias partes que no están atadas por una relación contractual, sino por unos hechos comunes que los afectan. En este caso, se puede hacer una sola audiencia de conciliación entre todas las partes involucradas o entre algunas de las partes involucradas, sin que la falta de algunos de los implicados afecte la audiencia. En este caso, quienes integran una de las partes se unen voluntariamente en torno a su causa común, precisando que bien podrían actuar separadamente y llevar a cabo varias audiencias de conciliación. Un ejemplo lo encontramos en un contrato de transporte aéreo de pasajeros. Los pasajeros, al comprar los tiquetes, celebran en forma separada contratos de transporte (que es mercantil) con la aerolínea. En caso de producirse un accidente, podría generarse una serie de disputas respecto al monto de las indemnizaciones a que tendrían derecho los pasajeros. La aerolínea podría celebrar una audiencia de conciliación con todos los afectados para buscar llegar a un acuerdo respecto al monto de la indemnización. En este evento, podría darse el caso de que alguno o algunos de los afectados no asistan a la conciliación o asistiendo no acepten la propuesta de la aerolínea. A pesar de ello, la audiencia de conciliación tendría toda su eficacia. Ahora bien, también podría la aerolínea sencillamente hacer no una sino varias audiencias de conciliación, es decir, buscar un acuerdo en forma separada con los afectados. Incluso con algunos conciliar y con otros no. También sería eficaz la conciliación adelantada en estos términos.

Por estas razones, es necesario precisar el elemento subjetivo de la conciliación, ya que de no darse a cabalidad la audiencia devendría en ineficaz.

##### *1.4.3. El conciliador*

Es un de los elementos esenciales de la conciliación. Es precisamente la presencia del conciliador lo que permite diferenciar la conciliación como institución jurídica de otras figuras del derecho. Se trata de una persona que debe obrar con absoluta neutralidad e imparcialidad. Su presencia durante la audiencia de conciliación no solamente es necesaria, sino que además debe ser activa. Debe tratarse de una persona innovadora y con mucha iniciativa. Son

éstas las características básicas de un buen conciliador. Además, la presencia del conciliador le da validez al acuerdo a que lleguen las partes y lleva implícito el control de legalidad.

#### 1.4.4. *La audiencia*

La importancia de la audiencia de conciliación estriba en que las partes pueden oírse, pueden intercambiar opiniones, explorar fórmulas. Esto significa que las partes de un conflicto entran en contacto. Por ello, es necesaria la presencia directa de las partes que, con la dirección del conciliador, se puede dar un ambiente propicio para lograr un acuerdo. Por esa razón, la conciliación se debe ventilar en una audiencia y no en unos escritos presentados por las partes. La conciliación se puede hacer en una o en varias sesiones. Incluso se puede hacer una sola audiencia que se puede suspender una o varias veces, sin que ello afecte la eficacia de la audiencia. No es capricho del legislador efectivizar la presencia de las partes durante la audiencia de conciliación. Es a través de este mecanismo que se puede lograr.

#### 1.4.5. *El acuerdo*

Acotando que la audiencia de conciliación no constituye una imposición a las partes para que concilien, en caso de producirse ese acuerdo final, debemos insistir en que son las partes y no el conciliador las que llegan a ese acuerdo. El conciliador es un simple mediador que no puede imponer a las partes sus opiniones, ni obligarlos a conciliar, ni mucho menos sustituir a las partes a la hora de llegar al acuerdo final.

### 1.5. **Requisitos de existencia y de validez de la conciliación**

Cuando se hizo referencia a la naturaleza jurídica de la conciliación, se indicó que, cuando se llega a un acuerdo entre las partes, estamos en presencia de un elemento sustancial de contenido negocial. Quiere ello decir que el acuerdo puede implicar un negocio jurídico. Por lo tanto, corresponde ahora analizar los elementos de existencia y de validez del negocio jurídico.

#### 1.5.1. *Requisitos de existencia del acuerdo conciliatorio como negocio jurídico*

El artículo 1501 del Código Civil establece los elementos para que exista el contrato, que se toma como un negocio jurídico entre las partes. En caso de llegarse a un acuerdo conciliatorio entre las partes puede surgir un contrato o negocio jurídico, que debe contener los elementos necesarios para que se considere que existe la conciliación. Estos elementos son:

##### 1.5.1.1. *Elementos esenciales*

El artículo 1501 del Código Civil define como elementos de la esencia aquellas cosas sin las cuales no existe, es decir, no produce ningún efecto jurídico o simplemente degenera en otro contrato. Aterrizando esta definición en la conciliación, tenemos que los elementos esenciales de la conciliación son

la controversia (el conflicto) entre dos o más partes, el conciliador y la voluntad de las partes en romper el conflicto, acabar con la controversia o, lo que es lo mismo, resolver sus diferencias por sí mismas.

El conflicto, como lo dijimos anteriormente, es la oposición de intereses en que las partes no ceden, es un choque o colisión de derechos o pretensiones. Implica un antagonismo, una oposición.

El conciliador debe ser una persona neutral e imparcial ante el conflicto que ocupa a las partes. La regla general es que sea abogado. Excepcionalmente se permite que no lo sea como es el caso de los personeros municipales, los notarios y los estudiantes adscritos a los Centros de Conciliación de las Facultades de Derecho autorizados. En este caso, se debe acreditar capacitación en Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos (MASC) en una entidad facultada por el Ministerio de Justicia y del Derecho (Hoy del Interior y de Justicia) y estar inscrito ante un Centro de Conciliación.

La voluntad de las partes de solucionar sus diferencias es esencial para que se dé la conciliación. Precisamente, a través de la audiencia de conciliación se busca generar un ambiente propicio para que las partes antagónicas se escuchen, razonen y sobre esta base, y con la intervención del conciliador, se logre llegar a un acuerdo. Son las partes quienes llegan al acuerdo y no el conciliador.

### *1.5.1.2. Elementos de la naturaleza*

El artículo 1501 del Código Civil señala que son elementos de la naturaleza del contrato todos aquellos que le pertenecen sin necesidad de pacto especial. Se trata de elementos implícitos. En el caso de la conciliación, implícitamente se debe elaborar un acta que debe contener los requisitos señalados por el artículo primero (1º) de la Ley 640 de 2001, es decir, el lugar, fecha y hora, nombre del conciliador, quienes comparecieron; además, debe contener un elemento importante: EL ACUERDO CONCILIATORIO a que llegaron las partes, precisando las obligaciones asumidas por las partes en forma detallada, sin que haya lugar a equívocos o dudas respecto a la existencia de las obligaciones. También es un elemento implícito de la conciliación el entregarle una copia del acta de conciliación a las partes, previo registro en un centro de conciliación. Por último, constituye un elemento de la naturaleza de la conciliación el mérito ejecutivo de lo acordado, lo cual se da por mandato de la ley, siempre y cuando el acta contenga obligaciones claras, expresas y exigibles, y el acuerdo hace tránsito a cosa juzgada.

### *1.5.1.3. Elementos accidentales*

De acuerdo con el pluricitado artículo 1501 del Código Civil, son elementos accidentales de todo contrato aquellos que no le pertenecen ni por esencia ni por naturaleza. Es decir, todos aquellos elementos de un contrato que ni son de la esencia ni de la naturaleza. Se trata de aquellos elementos que los contratantes agregan al contrato y no atentan ni contra el orden público ni las buenas costumbres. En la conciliación las partes pueden incluir este tipo de

elementos accidentales sin que por ello se afecte la eficacia de la conciliación, como por ejemplo que concilian en aras de preservar la amistad, la tranquilidad familiar, etc.

### *1.5.2. Requisitos de validez de la conciliación*

El artículo 1502 del Código Civil nos presenta los requisitos de validez para que un negocio jurídico produzca todos sus efectos. No podemos olvidar que un acuerdo conciliatorio significa la celebración de un negocio jurídico entre las partes que fueron antagónicas, pero que con el acuerdo le ponen fin a su conflicto. Esos elementos son: la capacidad, el consentimiento libre de todo vicio, el objeto lícito y la causa lícita. A continuación haremos referencia a cada uno de estos elementos aplicados al acuerdo conciliatorio.

#### *1.5.2.1. La capacidad para conciliar*

La capacidad de ejercicio es la aptitud de una persona para celebrar negocios válidamente, sin que requiera la autorización de otro. Es lo que se conoce como capacidad de ejercicio. En general, todas las personas, por el simple hecho de ser personas, tienen capacidad. Este atributo se tiene desde el momento mismo en que se nace. Se conoce como capacidad de goce. Se entiende que la incapacidad no significa que las personas carezcan de capacidad, sino que no la pueden ejercer por sí mismos, por lo cual es a través de otra persona que ejerce esa capacidad (los menores a través de sus padres, etc.) Pero, el ejercicio pleno de la capacidad solamente se predica de las personas mayores de edad que no hayan sido declaradas interdictas, acotando que la capacidad se presume, por lo cual debemos entender que la incapacidad es algo excepcional y se debe probar.

Expuesto lo anterior, para que el acuerdo conciliatorio tenga validez es necesario que sea celebrado por personas que tengan, además de la capacidad de goce, capacidad de ejercicio. Pero puede suceder que la parte en conflicto sea una persona con capacidad de goce mas no de ejercicio. En este caso, necesariamente deberá estar representada y será a través de esta persona que ejercitará plenamente su capacidad. Se puede obligar, sólo que deberá hacer a través de esa persona que lo representa por mandato de la ley o por haber sido designado por un Juez. En presencia de una conciliación, será el representante quien exprese el consentimiento respecto al acuerdo conciliatorio. Pero habrá casos en los que no es suficiente el consentimiento de este representante sino que se requerirá dispensa judicial para que tenga validez el acuerdo conciliatorio. Más adelante precisaremos los casos donde se requiere la dispensa judicial.

Por otro lado, es posible que la conciliación involucre a una persona jurídica. En este caso, la persona jurídica expresa su consentimiento y ejerce la capacidad a través de su Representante Legal. Las personas jurídicas, desde el ámbito del derecho, tienen capacidad, por lo cual no podemos concebir un ente jurídico desprovisto de capacidad. La capacidad de las personas jurídicas está determinada por el objeto social como regla general. Pero también existen

personas jurídicas cuya capacidad está limitada por la ley, ya que solamente pueden desarrollar aquellas actividades señaladas expresamente por la ley. Se trata de personas jurídicas con objeto social especializado por la ley. Pero por otro lado, debemos tener en cuenta que ocasionalmente las sociedades pueden realizar actividades que no estén contempladas en su objeto social, pero que ayuda a la realización de éste. Estas actividades son válidas. Por otro lado, una sociedad se puede obligar más allá de su patrimonio.

Pero volviendo al Representante Legal de la sociedad, tenemos que si bien una sociedad se puede obligar más allá de su patrimonio, puede también suceder que el Representante Legal tenga las más amplias e irrestrictas facultades para obligar a la sociedad, pero también puede tener sus facultades restringidas. Ello depende de lo pactado en los estatutos sociales de la sociedad. Si en los estatutos sociales no se establece ningún tipo de restricción, tenemos que el representante legal podrá obligar a la sociedad sin límite alguno y sin necesidad de contar con autorización de los demás órganos societarios. La única limitante será que la negociación por medio de la cual se obliga la sociedad esté dentro del objeto social. Si no está dentro del objeto social, y la sociedad no consintió tácitamente en esa negociación, lo pactado le es inoponible a la sociedad. Pero si en los estatutos sociales consta algún tipo de restricción en las facultades del Representante Legal, no podrá éste por sí mismo obligar a la sociedad por encima de esas restricciones consignadas en los estatutos sociales. En este caso, no es que el Representante Legal de la sociedad carezca de capacidad o que la sociedad en sí misma carezca de capacidad. Simplemente se predica que las facultades del representante legal están restringidas estatutariamente. Por tal motivo, no podrá el Representante Legal comprometer a la sociedad por encima de las restricciones, salvo que exista autorización para comprometer a la sociedad por encima de las restricciones, emitida por el órgano societario que indiquen los estatutos sociales.

Al momento de una audiencia de conciliación, en la que es parte una persona jurídica, se debe verificar si las facultades del Representante Legal lo facultan para obligar a la sociedad dentro de lo conciliado o no. En caso positivo, es decir, que las facultades del Representante Legal están por encima de lo conciliado, lo acordado será válido y obligará a la sociedad. Pero si lo conciliado excede las facultades del representante legal, para que la conciliación sea válida se requiere además que el representante legal obtenga autorización del órgano societario establecido en los estatutos sociales. De lo contrario, lo conciliado será inoponible a la sociedad.

### *1.5.2.2. El consentimiento en la conciliación*

En términos generales, el consentimiento es la manifestación de la voluntad conforme entre lo propuesto y lo aceptado. Es la aprobación, aceptación, acatamiento voluntario que hace una de las partes. La palabra consentir no es nada distinto a sentir. Pero para que una persona se obligue válidamente, el consentimiento debe estar exento de vicios, esto es, debe ser conciente y libre.

Si el acuerdo conciliatorio, a través del cual las partes de una controversia le ponen fin a sus diferencias, es un negocio jurídico, las partes, al momento de expresar su conformidad con lo acordado, lo deben hacer con absoluta libertad y en forma conciente. De lo contrario, se podría estar frente a un vicio del consentimiento, lo cual podría generar la anulación de la conciliación.

Los vicios que pueden afectar el acuerdo conciliatorio son el error, la fuerza y el dolo.

Respecto al error, para que afecte el acuerdo conciliatorio, debe ser trascendente, es decir, que la persona que concilió, si hubiera conocido la realidad, no habría obrado de la manera como lo hizo. Otro hubiera sido su comportamiento durante la conciliación. El error, para que tenga suficiente identidad y pueda causar la nulidad del acuerdo conciliatorio, deberá recaer sobre la sustancia del objeto o sobre la persona. Un error respecto a los motivos o cualidades no esenciales, no tiene peso suficiente para generar nulidad en el acuerdo conciliatorio. Debemos recordar que el error es la discrepancia inconciente entre lo querido y lo realizado. En la práctica, una de las partes celebra el acuerdo conciliatorio convencido de una situación que no corresponde a la realidad. Como cuando el acuerdo recae sobre una mercancía de unas calidades específicas y una de las partes concilia esperando recibir esa mercancía y a su vez su contraparte piensa que en virtud de la conciliación se está obligando a entregar una mercancía de otra calidad. Aquí hay un error inconciente. No se trata de un engaño ni de un incumplimiento.

En cuanto a la fuerza, como vicio del consentimiento, es claro que la persona, al momento de expresar su consentimiento respecto al acuerdo conciliatorio, no lo está haciendo libremente. Todo lo contrario: está coaccionado. La fuerza puede ser moral o física. Se considera que frente a la fuerza física, más que vicio del consentimiento es una falta de consentimiento. La persona víctima de la violencia física no ha expresado consentimiento, simplemente ha sido obligado a expresar un consentimiento. En la violencia moral, sí se expresa un consentimiento, sólo que viciado. La fuerza para ser considerada como vicio del consentimiento debe haber sido el móvil determinante de la conciliación. La persona termina aceptando el acuerdo conciliatorio forzado por la coacción que le están ejerciendo, no lo hace en forma libre. Un ejemplo de la fuerza como vicio del consentimiento lo encontramos en la siguiente situación: En desarrollo de una diligencia de entrega de un local comercial, se procede a sacar todos los bienes que integran el establecimiento de comercio, especialmente las mercancías que expende el comerciante. En ese momento está lloviendo copiosamente, lo cual puede dañar los bienes del comerciante, especialmente las mercancías que al entrar en contacto con la lluvia se pueden perder totalmente. El comerciante, ante esta situación, es decir, la pérdida total de los bienes que integran el establecimiento de comercio, es “*invitado*” por el propietario del local a llegar a un acuerdo conciliatorio para que tome en arriendo nuevamente el local comercial pero pagando un canon de arrendamiento desproporcionado. El comerciante sabe que ese acuerdo le es perjudicial, pero, ante el irreparable

y grave daño que puede sufrir si continua la diligencia de entrega del local, termina aceptando el acuerdo conciliatorio que le formuló el propietario del local. Las circunstancias lo llevaron a aceptar. No obró libremente. Lo hizo bajo coacción. Bajo fuerza moral.

El dolo, como vicio del consentimiento en la conciliación, se presenta cuando una de las partes induce fraudulentamente a su contraparte a llegar al acuerdo conciliatorio. Lo engaña, lo hace incurrir en error con actos materiales que infunden en la víctima la convicción de tener que llegar al acuerdo conciliatorio. El victimario durante la conciliación hace afirmaciones contrarias a la realidad, esgrime documentos falsos, crea una apariencia, oculta información, documentos, etc. Un ejemplo de ello lo encontramos en una conciliación respecto a un contrato de obra en el que el contratista le hace creer al contratante que realizó una serie de obras, que incurrió en unos gastos, en una sobreestadía, que sufrió unos perjuicios. El contratante termina conciliando con el contratista creyendo que efectivamente las obras se realizaron, que se incurrió en unos gastos, que se le causó un perjuicio al contratista, que la oferta de disminuir sus pretensiones económicas a un 50% ó 60% es atractiva, en realidad nada de eso es cierto.

Se puede atacar jurídicamente un acuerdo conciliatorio logrado con un consentimiento viciado, es decir, que una de las partes finalmente accedió a conciliar pero después de levantada el acta de conciliación encuentra que hubo un error esencial, o que hubo dolo o incluso cuando ya ha cesado la fuerza. La respuesta es sí, ya que el acuerdo conciliatorio, si bien es cierto produce efectos de cosa juzgada, sustancialmente es un negocio jurídico que pudo tener origen en un vicio del consentimiento. Los efectos de la cosa juzgada no amparan la conciliación en sí, sino al conflicto que dio lugar a la conciliación. Por lo tanto, si hubo vicios del consentimiento en el acuerdo conciliatorio, la parte afectada puede válidamente acudir ante las instancias judiciales y pedir su anulación. Incluso, podría darse el caso de que se lleve a cabo una audiencia de conciliación en la que las partes traten de llegar a un acuerdo para dejar sin efecto lo conciliado por error, fuerza o dolo.

### *1.5.2.3. El objeto lícito*

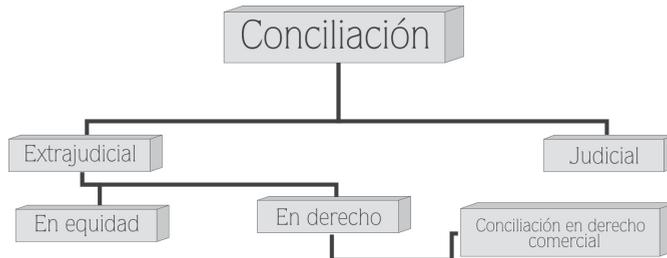
El objeto lícito como requisito de validez de la conciliación, de acuerdo a lo señalado por el artículo 1502 del Código Civil, se contrae a las obligaciones asumidas por las partes que suscriben un acuerdo conciliatorio. Si esas obligaciones recaen sobre cosas que estén fuera del comercio, como los bienes de uso público o afecten el orden público o las buenas costumbres, estaremos ante un acuerdo conciliatorio absolutamente nulo, ya que contiene un objeto ilícito. El orden público lo constituye aquella apariencia en la que el Estado y la sociedad tienen especial interés. Aquí encontramos los derechos de la personalidad, el estado civil de las personas, la capacidad, los derechos fundamentales, las normas procedimentales y los derechos que están destinados a proteger a las personas más débiles social y económicamente.

#### 1.5.2.4. La causa lícita

La causa lícita como requisito de validez de la conciliación es el fin o móvil que lleva a las partes a celebrar la conciliación. Siempre debe haber una causa en todo acuerdo conciliatorio. Esa causa necesariamente debe ser lícita. Las razones, los móviles, los fines que llevan a las partes a conciliar deben ser lícitos. En un acuerdo conciliatorio la causa puede ser ilícita cuando el móvil que lleva a las partes a conciliar es el de defraudar a un tercero, como por ejemplo cuando una persona termina aceptando que un contrato de compraventa fue simulado. Por esta vía, saca el bien de su patrimonio y termina burlando a sus acreedores. Es claro que la conciliación se hizo con el ánimo de defraudar a los acreedores de una de las partes del acuerdo conciliatorio. En este caso, la causa fue ilícita y por ende nula absolutamente.

### 1.6. Clases de conciliación

Existen diversos criterios para clasificar la conciliación, tales como la existencia o no de un proceso, si se requiere un conciliador especialmente calificado o no, o si se hace ante un centro de conciliación o ante un funcionario que es conciliador. En realidad no existe una clasificación sistemática de las diversas clases de conciliación, sino que simplemente las clasificaciones dependen del criterio seleccionado. Bajo estos parámetros encontramos las siguientes clasificaciones:



#### 1.6.1. Conciliación judicial y extrajudicial

Esta clasificación es adoptada por la Ley 640 de 2001, que en el artículo 3 dispone:

*“La conciliación podrá ser jurídica si se realiza dentro de un proceso judicial, o extrajudicial, si se realiza antes o por fuera de un proceso judicial”.*

##### 1.6.1.1. Conciliación judicial

La conciliación es judicial si se ventila dentro de un proceso judicial, no importa el tipo de proceso. En este caso, el conciliador será un Juez o un Magistrado. Desde hace unos años, el legislador ha investido a algunas

autoridades administrativas con facultades jurisdiccionales como por ejemplo a las superintendencias (de industria y comercio (SIC) en los procesos de competencia desleal, la de sociedades para la impugnación de actas, etc.) Pues bien, cuando las autoridades administrativas adelantan procesos jurisdiccionales en virtud de la competencia asignada por el legislador, las audiencias de conciliación que se ventilen dentro de estos procesos también tienen carácter judicial, ya que los funcionarios administrativos son jueces del proceso. Por otro lado, las conciliaciones judiciales deben ceñirse estrictamente a lo señalado por el artículo 101 del Código de Procedimiento Civil. Este texto normativo señala algunas pautas que se debe seguir durante el trámite de la audiencia de conciliación.

La conciliación judicial en Colombia no es reciente. Todo lo contrario. Ya desde 1970 (Decreto 1400), el Código de Procedimiento Civil consagraba la audiencia de conciliación en los procesos verbales. En la reforma al Código de Procedimiento Civil de 1989 (Decreto 2282), se estableció en el artículo 101 la audiencia de conciliación para todos los procesos ordinarios y abreviados, salvo aquellos en los que se indicara lo contrario. Se le entregó al Juez un papel protagónico en el proceso para buscar que las partes terminaran el proceso por conciliación. Se consideró que la conciliación era tan útil para descongestionar los despachos judiciales, que a través del Decreto 2651 de 1991 se extendió a los procesos ejecutivos en los que se propusieran excepciones de mérito o de fondo. Esta situación fue aprovechada en muchos casos por los demandados para forzar la práctica de una audiencia de conciliación formulando excepciones de mérito o de fondo. Además, se solicitaba aplazamiento de la audiencia de conciliación o dentro de la audiencia se pedía la suspensión para “*buscar*” fórmulas de arreglo. Incluso, en algunos casos se conciliaba, el proceso terminaba, pero no se cumplía lo conciliado, por lo cual el demandante tenía que volver a presentar demanda ejecutando lo conciliado, con lo cual se formaba un círculo vicioso. Con ello, antes que descongestionarse los despachos judiciales, se logró el efecto contrario ya que aumentaron los índices de congestión judicial. A través de la Ley 446 de 1998 se reglamentó el cumplimiento de lo conciliado, estableciendo el legislador que mientras se surtía el cumplimiento de lo conciliado el proceso se suspendía. En todo caso, se continuó utilizando la conciliación como un mecanismo para dilatar las ejecuciones. Por tal razón, se expidió la Ley 640 de 2001, en la cual se busca desjudicializar la conciliación, es decir, que bajo el precepto de lo útil que puede ser la conciliación se continúa aplicando en los procesos judiciales, pero se practica por fuera de éste como regla general. Además, acabó con la conciliación en los procesos ejecutivos. Por lo tanto, la *sindéresis* de la Ley 640 de 2001 establece que dentro de los procesos judiciales, por regla general, no habrá audiencia de conciliación ya que ésta deberá intentarse previa al proceso. Pero en aquellos casos en que no se pueda llevar a cabo la conciliación previamente, dentro del proceso y bajo la práctica de la audiencia de que trata el artículo 101 del Código de Procedimiento Civil, el Juez propiciará la conciliación. Igualmente, el artículo 43 de la Ley 640 de 2001

señala que las partes podrán pedirle al Juez la realización de una audiencia de conciliación en cualquier etapa del proceso. Incluso, el Juez podrá de oficio citar a las partes a audiencia de conciliación. Pero además, el artículo 110 del Código de Procedimiento Civil dispone que en todos los procesos las audiencias para la práctica de pruebas y diligencias que se realicen ante el Juez de conocimiento puedan convertirse en oportunidad para conciliación si las partes lo solicitan de común acuerdo. La conciliación judicial también se conoce como conciliación procesal.

#### *1.6.1.2. Conciliación extrajudicial*

Se trata de una conciliación que se realiza antes de un proceso o por fuera de éste. Las partes de un conflicto pueden intentar solucionar sus diferencias sin necesidad de acudir al aparato judicial, valiéndose de una conciliación. Es extrajudicial o extraprocesal en la medida en que las partes tratan de resolver sus diferencias acudiendo a una conciliación, es decir, ante un tercero para componer sus divergencias. Con ello, se evita acudir al Jueces de la República y se le da solución al conflicto en caso de llegarse a un acuerdo. Incluso, se puede dar el caso de que las partes en conflicto se estén enfrentando en un proceso judicial, pero deciden acudir a un centro de conciliación a resolver sus diferencias y efectivamente llegan a un acuerdo con lo cual le ponen fin al proceso, ya que resolvieron sus diferencias. En este caso, las partes, a pesar de estar enfrascadas en un proceso judicial, utilizan la conciliación extrajudicial o extraprocesal para terminar su conflicto.

#### *1.6.2. Conciliación obligatoria y voluntaria*

Con la implementación de la conciliación como requisito de procedibilidad (artículo 35 de la Ley 640 de 2001), la conciliación puede ser obligatoria o voluntaria.

##### *1.6.2.1. Conciliación obligatoria*

Es inapropiado hablar de una conciliación obligatoria, ya que podría entenderse que las partes de un conflicto están “*obligadas a conciliar*”, lo cual no es cierto y vulneraría derechos fundamentales. En realidad, cuando se hace referencia a la conciliación obligatoria se está haciendo referencia a que las partes en conflicto previamente deben intentar conciliar sus diferencias, deben intentar buscar un acuerdo, sin que ello implique que necesariamente deben conciliar, es decir, que tengan que llegar a un acuerdo. Se trata de una conciliación extrajudicial o extraproceso.

Hecha la anterior precisión, cuando en el artículo 35 de la Ley 640 de 2001 se establece la audiencia de conciliación como requisito de procedibilidad, lo que se está imponiendo a las partes en conflicto es la obligación de intentar conciliar antes de acudir al aparato judicial. El intentar conciliar es un prerrequisito para acudir al órgano jurisdiccional. Y es tan requisito de procedibilidad que si no se cumple con esta obligación, el Juez rechazará la demanda (artículo 36 de la Ley 640 de 2001). Debemos acotar que existen algunas excepciones al

cumplimiento de esta obligación señaladas en la misma Ley 640 de 2001. En primera instancia, quien pretenda demandar no está obligado a intentar previamente la conciliación cuando vaya a solicitar la práctica de medidas cautelares en el proceso, es decir, pedir que se decreten medidas cautelares antes de notificar el auto admisorio de la demanda al demandado. En este evento, la medida cautelar debe ser procedente, ya que no en todos los casos se pueden pedir o es procedente la solicitud de medidas cautelares. Un ejemplo lo constituye el proceso ordinario de responsabilidad civil extracontractual (un accidente de tránsito). En este proceso, sencillamente no es viable la solicitud de medidas cautelares, de suerte que el demandante tendrá que intentar previamente la conciliación. Y si deja de intentar previamente la conciliación por que equivocadamente solicita en la demanda el decreto de una medida cautelar, el Juez deberá rechazar la demanda por falta del requisito de procedibilidad. La razón de eximir al demandante de intentar previamente la conciliación cuando se solicita el decreto de medidas cautelares es más que evidente: Las medidas cautelares en muchos casos son la única garantía de obtención de un resultado positivo en el proceso y obligar al demandante a intentar previamente la conciliación es alertar al demandado para que frustre las pretensiones del accionante.

En un segundo evento, el demandante no estará obligado a intentar la conciliación cuando desconoce el domicilio del demandado, lo cual debe manifestar bajo juramento en la demanda. Es obvio que si el demandante ignora el domicilio del demandado, cómo lo va a citar para llevar a cabo la audiencia de conciliación. Y por último, el demandante no está obligado a intentar la conciliación en aquellos casos en que el legislador no ha concebido la conciliación al interior de algunos procesos, como por ejemplo en los procesos de restitución de inmueble arrendado, en los que no se lleva a cabo la conciliación, por lo cual tampoco existe obligación de intentarla previamente. Igual sucede en los procesos ejecutivos. También en los procesos de pertenencia, expropiaciones, etc.

#### *1.6.2.2. Conciliación voluntaria*

Esta conciliación también es extrajudicial y, contrario a la anterior, las partes espontáneamente, discrecionalmente, facultativamente deciden acudir a la conciliación para intentar buscar un acuerdo que termine con el conflicto. La ley en momento alguno les impone la obligación de intentar la conciliación, pero deciden acudir a este mecanismo para resolver sus diferencias, antes de acudir al aparato jurisdiccional. En este caso la conciliación no es un requisito de procedibilidad, pero las partes utilizan este valioso mecanismo intentando ponerle fin a su conflicto.

#### *1.6.3. Conciliación en derecho y en equidad*

La conciliación extrajudicial a su vez es subdividida, por el artículo 3º de la Ley 640 de 2001, en conciliación en derecho y conciliación en equidad. De acuerdo al contenido de esta norma, esta clasificación obedece a la aplicación de las normas procedimentales o por el contrario la aceptación de procedimiento

libre e informal.

#### *1.6.3.1. Conciliación en derecho*

Cuando se habla de conciliación en derecho se está haciendo referencia a la necesaria aplicación de normas de carácter procedimental al momento de llevar a cabo la audiencia. En tal sentido, la Ley 640 de 2001, si bien es cierto no reglamenta el contenido de la solicitud de conciliación, regula minuciosamente la práctica de la audiencia de conciliación. Desde el contenido de la solicitud de conciliación, pasando por la comunicación de la fecha, hora y lugar de la audiencia, hasta el contenido del acta. Adicionalmente, la Ley 640 de 2001 establece, entre otros requisitos, que la audiencia que se adelante en un centro de conciliación debe hacerse en derecho y el conciliador debe tener la condición de abogado, haber recibido curso en mecanismos alternativos de solución de conflictos (MASC) y suscribir el acta que contenga el acuerdo, la cual debe respetar las prescripciones legales. Además, el Centro de Conciliación debe estar autorizado por el Ministerio del Interior y de Justicia, debe tener un reglamento interno y está sometido a vigilancia estatal. Se exceptúa la calidad de abogado en la conciliación en derecho cuando se adelanta por un estudiante o judicante en un Centro de Conciliación adscrito a un Consultorio Jurídico de una Facultad de Derecho.

Igual tratamiento se aplica cuando la conciliación se ventila ante autoridades administrativas en cumplimiento de funciones conciliatorias.

#### *1.6.3.2. Conciliación en equidad*

Contrario a la conciliación en derecho, la conciliación en equidad está desprovista de cualquier formalidad, por lo cual el procedimiento es libre. Los conciliadores en equidad no necesitan ser abogados. Simplemente cumplen sus funciones en forma informal, por lo cual no están atados a las obligaciones y requisitos previstos para la conciliación en derecho. Se busca que el conciliador aplique el sentido común y la equidad. No se requieren conocimientos en derecho. La mayor expresión de la conciliación en equidad la encontramos en los Jueces de Paz (Ley 497 de 1999). Estos jueces no necesitan ser abogados y sus fallos son en equidad no en derecho. Están facultados para llevar a cabo audiencias de conciliación en equidad, lo cual hacen en forma informal.

#### *1.6.4. Conciliación institucional e independiente*

Observando si la conciliación se hace ante un centro de conciliación o no, tenemos que se puede clasificar así:

##### *1.6.4.1. Conciliación institucional o corporativa*

En Colombia, por disposición legal, se pueden constituir Centros de Conciliación. Estos centros deben obtener aprobación del Ministerio del Interior y de Justicia para prestar el servicio de conciliación. Deben contar con una infraestructura adecuada. En los Centros de Conciliación encontramos a los conciliadores, a través de los cuales se practican las audiencias de conciliación.

Corresponde a estos Centros vigilar y controlar a los conciliadores adscritos. En este nivel encontramos que la gran mayoría de Cámaras de Comercio del país cuentan con Centro de Conciliación debidamente aprobado por el Ministerio del Interior y de Justicia. Básicamente prestan sus servicios al público en general, pero especialmente a sus afiliados, es decir, a los comerciantes. También encontramos Centros de Conciliación especializados como el de la Superintendencia de Sociedades y la Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada; incluso Centros de Conciliación gremiales como del Transporte, etc.

### *1.6.4.2. Conciliación independiente*

Pero también se puede llevar a cabo la audiencia ante un conciliador independiente, es decir, una persona que no es funcionario de un centro de conciliación, sino que está acreditado ante dicho centro. Estas personas prestan sus servicios en forma independiente y las audiencias de conciliación que dirigen gozan de toda la eficacia, bien sea que las partes lleguen o no a un acuerdo. En otras palabras, las conciliaciones que se practican ante un conciliador independiente son tan válidas como las que se practican ante un centro de conciliación. La única diferencia radica en que los conciliadores independientes tienen que registrar, ante el Centro de Conciliación, las actas que se levanten con ocasión de las audiencias practicadas ante ellos.

Existen otras clases de conciliación como la nacional e internacional, bien sea que se adelante entre nacionales o entre nacionales y extranjeros; incluso, se habla de audiencias de conciliación dependiendo de la rama del derecho, como conciliación civil, comercial, laboral, contencioso administrativo, penal, familia, tránsito, etc.

## **1.7. Características fundamentales de la conciliación**

Ya hemos dicho que la conciliación es un mecanismo alternativo de solución de conflictos (MASC), que tiene un carácter informal a través del cual las partes de un conflicto, antes de acudir a las vías ordinarias para solucionar el conflicto (rama judicial), acuden a esta alternativa para resolver sus diferencias. Por lo tanto, la conciliación presenta unas características que permiten individualizarla frente a otros mecanismos afines. Entre otras, encontramos las siguientes características:

### *1.7.1. Nace por la voluntad de las partes*

En la conciliación, esencialmente son las partes las que llegan a un acuerdo. Por lo tanto, es el consenso de las partes lo que termina con el conflicto. Si bien es cierto que en la conciliación se requiere la intervención de un tercero con vocación y preparación absolutamente imparcial, esto no significa que ese tercero (conciliador) tenga autoridad sobre las partes, ni puede tomar decisiones sin que las partes las acepten. Se insiste en que son las partes las que concilian y no el conciliador. Al fin y al cabo los destinatarios de las obligaciones que contenga el acuerdo son las partes. (Un buen conciliador se

caracteriza por su dinamismo y la innovación. Incluso, un buen conciliador tiene que ser un protagonista en la audiencia, proponer fórmulas, determinar el centro del conflicto, interrogar y, en general, tener suficiente información del conflicto para lograr cumplir su papel. Pero ese protagonismo no puede traducirse en que el conciliador tome decisiones por las partes o imponga soluciones a las partes. Éstas conservan plenamente la autonomía negocial para llegar o no a un acuerdo. Las partes autocomponen sus diferencias.

### *1.7.2. La conciliación termina el conflicto*

A través de la conciliación las partes de un conflicto declinan el derecho de acudir ante la rama jurisdiccional para solicitar se les administre justicia. Autocomponen su controversia. Esto, claro está, siempre y cuando se llegue a un acuerdo, ya que de no ser así las partes tendrán que acudir al poder judicial para que mediante una sentencia judicial se dirima su conflicto. Pero cuando las partes deciden no acudir ante los jueces y recurren ante un conciliador para resolver sus controversias, y efectivamente se llega a un acuerdo, no solamente se está frente a una solución civilizada y pacífica, sino que además acaban con un conflicto, evitan un proceso, incluso si ya se está dentro de un proceso, termina el proceso, se le pone fin al litigio. Gana todo el mundo, empezando por las partes ya que no habrá ni vencidos ni vencedores, todo lo contrario, ambas partes han ganado. Igualmente, gana la administración de justicia por cuanto se le sustrajo un proceso o se evitó que llegara un proceso a su conocimiento. Gana el país ya que las partes no se distraerán con el conflicto ni distraerán recursos económicos en un pleito.

Por otro lado, la conciliación tiene efectos de cosa juzgada material entre las partes; es como si se hubiera producido una sentencia debidamente ejecutoriada. Las partes, a través del acuerdo, se dictan su propia sentencia. Por lo tanto, el acuerdo tiene efectos vinculantes para las partes del acuerdo. No podrán quienes conciliaron iniciar un proceso judicial por los mismos hechos y pretensiones sobre las cuales conciliaron. No podrá un Juez de la República volver a juzgar estos hechos y pretensiones.

Lo conciliado presta mérito ejecutivo por mandato de la Ley. Si el acta de conciliación consigna adecuadamente las obligaciones asumidas por las partes, es decir, las obligaciones son claras, expresas y exigibles, se podrá pedir su cumplimiento ante las autoridades judiciales. El mérito ejecutivo que imprime el legislador a las actas de conciliación no implica que necesariamente todas las actas de conciliación presten mérito ejecutivo. Es necesario que, además, las obligaciones sean claras, expresas y exigibles en los términos del artículo 488 del Código de Procedimiento Civil. De lo contrario, es decir, frente a un acta de conciliación cuyas obligaciones no son claras y/o expresas y/o exigibles, no prestará mérito ejecutivo. Por esta razón, es necesario que el conciliador tenga el suficiente cuidado para consignar el alcance de las obligaciones que contraen las partes durante una audiencia de conciliación, ya que de no ser así, antes que terminar un conflicto, la conciliación es el germen de muchos otros

conflictos. Cuántos procesos judiciales no se han iniciado por una conciliación indebidamente plasmada en el acta de conciliación. Muchos. La experiencia nos ha mostrado procesos judiciales tendientes a invalidar un acuerdo conciliatorio.

#### *1.7.3. La conciliación es un acto jurisdiccional*

Al margen de que la conciliación se adelante ante un funcionario público o particular, y cuando hablamos de funcionario público no necesariamente hablamos de un Juez, la conciliación es un acto jurisdiccional, ya que el acuerdo al llegar las partes tiene la fuerza vinculante de una sentencia judicial (res iudicata) y presta mérito ejecutivo. Recordemos que los conciliadores no administran justicia, sino que la ley les asigna la función de convalidar el acuerdo a que llegan las partes.

#### *1.7.4. La conciliación tiene un ámbito extenso*

La conciliación se extiende a todos aquellos conflictos susceptibles de negociación y transacción. Solamente en los casos expresamente señalados por el legislador se puede restringir la facultad de conciliar. El artículo 65 de la Ley 446 de 1998 dispone que “*serán conciliables todos los asuntos susceptibles de transacción, desistimiento y aquellos que expresamente determine la ley*”.

En general, se pueden conciliar los conflictos jurídicos que surgen en relación con derechos disponibles y por parte de sujetos capaces de disponer. Bajo esta premisa, se debe proceder a indicar los conflictos que no son susceptibles de conciliación, para concluir que todos lo demás son válidamente conciliables. Así, encontramos que no es posible conciliar asuntos relativos al estado civil de las personas; tampoco es materia de conciliación los derechos de los incapaces o derechos sobre los cuales la ley prohíba a su titular disponer de los mismos, como los derechos personales. Tampoco se puede someter a conciliación asuntos que involucren el orden público, la soberanía nacional o el orden constitucional, o materias relacionadas con la legalidad de los actos administrativos.

Por otro lado, para poder llevar a cabo un acuerdo conciliatorio, se debe tener la facultad dispositiva sobre los derechos objeto de la conciliación. Además, el objeto material sobre el cual recae la conciliación (la obligación) debe ser real, posible, lícito, que no sea contrario al ordenamiento jurídico y que sea susceptible de transacción. Igualmente, quien concilie debe tener capacidad de disposición sobre los derechos que conforman el conflicto. Si falta alguno de estos elementos la conciliación puede ser nula e inclusive inexistente.

Hay situaciones particulares en la conciliación donde un aspecto es posible conciliar, pero otros no tratándose de un mismo hecho. Así, por ejemplo, respecto a un delito, se puede conciliar válidamente los perjuicios causados, pero no la acción penal. Respecto al estado civil de las personas no se puede conciliar, pero sobre los efectos patrimoniales del estado civil es perfectamente válida una conciliación (como por ejemplo los derechos hereditarios derivados

del estado civil).

#### *1.7.5. La conciliación es consensual y bilateral*

De acuerdo a la normatividad sobre conciliación, no existe norma alguna que exija que el acuerdo conciliatorio deba constar por escrito para su perfeccionamiento. El acta de conciliación no es requisito sustancial de la conciliación. El acta de conciliación tiene efectos probatorios, ya que así lo dispone el artículo 1° de la Ley 640 de 2001 pero no es requisito para el perfeccionamiento del acuerdo. Por lo tanto, el acuerdo conciliatorio es consensual ya que la ley no exige que conste por escrito para que tenga validez.

La conciliación es bilateral ya que debe provenir de las partes en conflicto para que produzca efectos; además, a través de la conciliación las partes en conflicto adquieren obligaciones recíprocas, bien sea concediéndose plazos, renunciando a pretensiones, haciéndose concesiones mutuamente, etc. Por lo tanto, la bilateralidad de la conciliación se predica tanto en la formación como en los efectos.

#### *1.7.6. La conciliación puede ser gratuita u onerosa*

Por regla general, la conciliación que se lleve a cabo ante funcionarios públicos competentes y ante entidades estatales (Procuraduría, Personaría, Comisarías, etc.) es gratuita. También lo es cuando se lleva a cabo en los Centros de Conciliación de los Consultorios Jurídicos de las Facultades de Derecho. Pero cuando se adelanta ante Centros de Conciliación, Notarios y conciliadores particulares se causarán unos honorarios, cuyos topes máximos son fijados por el Gobierno Nacional.

#### *1.7.7. La conciliación excepcionalmente es requisito de procedibilidad*

Cuando la Ley 640 de 2001, a través del artículo 35, estableció la conciliación como requisito de procedibilidad, lo que hizo fue fijar un presupuesto procesal. Las demandas ante los Jueces Civiles, además de tener que cumplir con los requisitos fijados por los artículo 75 y subsiguientes del Código de Procedimiento Civil, también deberán venir acompañadas del acta de fracaso de la conciliación, en aquellos casos que expresamente señale la ley, so pena de ser rechazadas en los términos del artículo 36 de la misma Ley. Al establecer el intento de conciliación, como requisito de procedibilidad, el legislador impuso una obligación al demandante para poder tener derecho a iniciar un proceso judicial. Mientras no se cumpla con esa obligación, no se puede acceder a la administración de justicia. Se resalta que la conciliación (el intento) no es requisito de procedibilidad para todos los procesos, sino para aquellos asuntos expresamente señalados por la Ley.

En general, la conciliación es requisito de procedibilidad en los procesos declarativos que deban tramitarse por la vía ordinaria o abreviada. Bajo esta premisa, en materia comercial, en cualquier proceso de índole mercantil

que sea declarativo, bien sea que se tramite por la vía ordinaria o abreviada, necesariamente se debe intentar la conciliación como requisito de procedibilidad, salvo los procesos de restitución de locales comerciales, ya que el artículo 44 de la Ley 794 de 2003, que modificó el artículo 424 del Código de Procedimiento Civil, estableció que la conciliación no es requisito de procedibilidad en ningún caso.

Además, se aplican las excepciones respecto a la solicitud de medidas cautelares y cuando se ignora el domicilio del demandado, casos en los cuales se omite la conciliación como requisito de procedibilidad.

#### *1.7.8. La conciliación es típica*

En las actuales condiciones, la conciliación es una institución típica, ya que el legislador la ha definido y reglamentado en todas las áreas del derecho. En varias ocasiones el Congreso de la República se ha pronunciado legislativamente sobre la conciliación. Son muy variadas las áreas del derecho a las que se ha referido la conciliación. Incluso, es raro que exista algún área del derecho que no haya sido impregnada por la conciliación. Materias como el derecho penal, que durante muchos años se consideró infranqueable por la conciliación, hoy día contiene normas que hacen referencia y permiten la conciliación en algunos aspectos.

#### *1.7.9. La solicitud de conciliación extrajudicial suspende la prescripción y hace inoperante la caducidad*

Cuando se presenta la solicitud de conciliación, extrajudicial o prejudicial, se suspende el término de prescripción y deja de operar el término de caducidad. Esta suspensión e inoperancia es máximo por tres (3) meses. Se pregunta cuál es la razón de esta prerrogativa. Teniendo en cuenta que cuando se fija el intento de conciliación como requisito de procedibilidad se le está imponiendo una carga al demandante, tan pesada que incluso no puede acudir ante la rama judicial hasta tanto no haya intentando la conciliación, se le está adicionando un requisito que implica una tardanza en el ejercicio de su derecho. Para nivelar ese desequilibrio, el legislador quiso que el demandante, angustiado por la prescripción o la caducidad de sus derechos o acciones, tuviera una prórroga del término de prescripción o caducidad, es decir, brindarle un aire adicional para que pueda acudir ante el aparato jurisdiccional y ejercite su derecho de acción en caso de haber fracasado el intento de conciliación.

### **1.8. Diferencia entre conciliación y otras instituciones afines**

En algunas ocasiones, se puede llegar a confundir la conciliación con otros mecanismos alternativos de solución de conflictos. Si bien todas estas figuras tienen como denominador común ser una alternativa al sistema tradicional de administración de justicia, cada uno de ellos presenta unas particularidades que las diferencian entre sí.

### 1.8.1. Conciliación y mediación

La conciliación y la mediación tienden a ser consideradas como figuras sinónimas o equivalentes. Incluso, la Corte Constitucional, en la Sentencia C-1195 del 15 de noviembre de 2001, ha considerado que en estricto sentido la conciliación es una forma particular de mediación en la que el tercero neutral e imparcial, además de facilitar la comunicación y la negociación entre las partes, puede proponer fórmulas de solución que las partes pueden o no aceptar según sea su voluntad. Al respecto, el ex magistrado CARLOS IGNACIO JARAMILLO JARAMILLO ha señalado que la conciliación es el fin perseguido y la mediación el medio de conseguirla.

Para otros, como LUIS EDUARDO AHUMADA RECALDE, la mediación es una forma de gestión de conflictos, mientras que la conciliación es una forma de resolución de conflictos. No compartimos esta opinión ya que consideramos que la mediación también es una forma de resolver los conflictos.

El maestro FRANCESCO CARNELUTTI distingue entre mediación y conciliación. La mediación busca una composición contractual cualquiera, sin importar la justicia del caso. La conciliación busca una composición justa del caso.

En el derecho mercantil, es necesario precisar la acepción de mediación ya que jurídicamente es tomada como un contrato en virtud del cual una persona se obliga para con otra (mediador o corredor) a pagarle una suma de dinero, a título de retribución, por contactarlo con un tercero para cerrar un negocio, como por ejemplo en el arrendamiento de inmuebles: el propietario de un inmueble le encomienda a una inmobiliaria la labor de buscarle un arrendatario. Por su gestión (mediación), la inmobiliaria recibe una comisión. En este caso, el intermediario que une o contacta a los extremos de un contrato se le conoce como agente mediador del comercio o mediador mercantil.

Pero esta definición del derecho mercantil no difiere mucho cuando estamos ante la mediación como una forma de resolución alternativa de conflictos, ya que el mediador de un conflicto lo que hace es intermediar entre las partes en controversia, trata de persuadirlas para que arreglen sus diferencias, pero buscando armonizar sus intereses, buscando una mutua satisfacción sin que las partes cedan sus derechos. En la mediación se busca llegar a un punto de equilibrio.

Ahora bien, en la conciliación el tercero intermedia entre las partes, busca que arreglen sus diferencias, sin buscar un punto medio de las aspiraciones de las partes del conflicto. Es posible que se logre el equilibrio, aun que no es necesario. El conciliador busca que las partes avengan sus intereses. Como se puede ver, desde este punto de vista, la mediación y la conciliación terminan siendo equivalentes. Es más, entre el mediador y el conciliador no hay diferencia, ya que en ambos casos se trata de un tercero, neutral, que busca que las partes lleguen a un arreglo que solucione sus diferencias. En ningún caso, el conciliador y el mediador pueden resolver las diferencias entre las partes, no pueden imponer

soluciones. Son las partes quienes aceptan o no las soluciones planteadas por el mediador o por el conciliador.

El profesor JORGE HERNÁN GIL ECHEVERRY considera que la mediación como alternativa de solución de conflictos en Colombia es atípica, de suerte que de llegarse a un acuerdo entre las partes, por los buenos oficios del mediador, se estará frente a una verdadera transacción, pero no una conciliación por cuanto la conciliación se debe dar ante una persona habilitada como conciliador por las autoridades, o figurar en la lista de un centro de conciliación. Bajo esta perceptiva, la mediación no produce efectos de cosa juzgada ni presta mérito ejecutivo por no estar regulada en nuestra legislación.

Un acuerdo promovido por un mediador, que quede plasmado en un documento, en el que las partes al solucionar sus diferencias asumen obligaciones, prestará mérito ejecutivo, de acuerdo con el artículo 488 del Código de Procedimiento Civil, siempre y cuando el documento contenga obligaciones claras, expresas y exigibles. De lo contrario no. Ahora bien, el acta de conciliación no presta mérito ejecutivo por el simple hecho de ser un acta de conciliación. Prestará mérito ejecutivo siempre y cuando contenga obligaciones claras, expresas y exigibles. De lo contrario no, a pesar de ser un acta de conciliación, de estar suscrita por un conciliador, debidamente autorizado o estar en la lista de conciliadores de un centro de conciliación. Por otro lado, cuando un conciliador lleva a cabo una conciliación y propone fórmulas para que las partes avengan sus intereses ¿no está mediando? Y cuando un tercero, sin ser conciliador, sin estar inscrito como tal en un centro de conciliación, busca que las partes solucionen sus diferencias ¿no está obrando como conciliador? Creemos que durante una conciliación, el conciliador está mediando entre las partes y cuando se está en una mediación, el mediador está buscando una conciliación. En conclusión, creemos que no hay diferencia entre estas dos figuras.

### *1.8.2. Conciliación y transacción*

Contrario a la mediación, la transacción presenta claras diferencias con la conciliación. De entrada, podemos afirmar que en la conciliación un tercero, neutral, interviene con el propósito de buscar que las partes resuelvan sus diferencias. Presenta fórmulas para que las partes avengan sus intereses, procura persuadir a las partes para que finalicen su conflicto, presenta otro punto de vista, siempre desde una perceptiva objetiva y neutral. Evita que las partes lleguen a un punto muerto, plantea alternativas, innova. En general, en la conciliación el tercero adopta un papel protagónico que muchas veces termina con la resolución del conflicto. En cambio, en la transacción son las partes, sin la intervención de tercero las que llegan a un acuerdo. Las partes en forma autónoma se acercan, dialogan, intercambian ideas, argumentan, contra argumentan, discuten y finalmente delinear o bosquejan un acuerdo que poco a poco toma cuerpo hasta que finalmente solucionan sus controversias. Esta diferencia no es tajante, ya que en la conciliación, en una primera etapa, el conciliador está obligado (numeral 4° del artículo 8° de la Ley 640 de 2001)

a motivar a las partes para que presenten fórmulas de arreglo con base en los hechos tratados en la audiencia. En este caso son las partes quienes deben tomar la iniciativa para formularse propuestas. Si como resultado de esas propuestas que se formulan las partes se llega a un acuerdo, a pesar de haberse ventilado ante un conciliador, consideramos que hubo una transacción ya que el conciliador no intervino y las partes terminaron autocomponiendo su controversia. Lo iniciaron directamente sin la intervención de un tercero, pero en presencia de un tercero. Otra cosa es que ese acuerdo esté consignado en un acta de conciliación, pero materialmente hubo una transacción vertida en un acta de conciliación.

Como rasgos comunes tenemos que tanto la conciliación como la transacción producen efectos de cosa juzgada. Otra similitud que presentan estas dos figuras radica en que son las partes las que finalmente autocomponen sus diferencias, es decir, que son las partes las que directamente resuelven sus diferencias. Un tercero no decide por las partes.

### **1.9. Fines y objetivos de la conciliación**

Ya hemos dicho que la conciliación es un mecanismo alternativo de solución de conflictos, pero debemos concientizarnos que persigue unos fines y objetivos, especialmente los siguientes:

#### *1.9.1. Descongestionar los despachos judiciales*

Es necesario hacer que los ciudadanos de un país tomen conciencia de que no todos los conflictos que se presentes pueden ser resueltos por la rama judicial. Que por lo tanto, primeramente se debe procurar que sus habitantes lleguen a un arreglo directo entre las partes en conflicto. Incluso, se debe hacer tomar conciencia que por más grave que sea un conflicto, en principio son las partes en discordia las llamadas a solucionar sus desavenencias, que en caso de no lograrse entonces sí se debe acudir a la rama judicial. De esta forma, existe un buen número de conflictos que las partes solucionan directamente, con lo cual se evita que el aparato judicial se congestione y solamente lleguen a su conocimiento aquellos pleitos que no lograron conciliar las partes. Es que la conciliación debe ser la regla general y la excepción debe ser el Juez y no al revés. Es absurdo pensar que es el Estado el llamado a resolver todas las controversias de los ciudadanos. El número de pleitos que llegan a manos del poder judicial debe ser mínimo.

De esta forma, la conciliación de contera descongestiona los despachos judiciales y logra que la administración de justicia sea más eficiente y eficaz, y los recursos económicos puedan ser racionalizados.

Es importante resaltar que en Colombia la conciliación fue dinamizada por el Estado como una herramienta para combatir la congestión judicial. Aquí radica toda la política estatal respecto a la conciliación. Es más, para 1991 se consideró tan eficaz, que se extendió a los procesos ejecutivos en los que se formularan excepciones de mérito. Ese ha sido el enfoque estatal de la conciliación.

### *1.9.2. Estimular la convivencia pacífica*

Cuando las partes de un conflicto lo terminan a través de una conciliación, no hay ni vencidos ni vencedores. Ambas partes ganan. De esta forma es más fácil que cicatricen las heridas causadas por el conflicto. Cuando un Juez dicta una sentencia y le da la razón a una de las partes, a pesar de ser justo el fallo, queda una parte vencida, lo cual hace que sus diferencias se profundicen y radicalicen. Las heridas del conflicto demorarán y quizá nunca cicatricen.

Con la conciliación la sociedad vive en paz, olvida rápidamente el conflicto. Es más se convierte en algo anecdótico. Por el contrario, con la intervención del Estado se profundizan las diferencias y en la medida que el proceso demora en ser resuelto, las partes se compenetran con el pleito que ganarlo se convierte en la razón de vivir, las personas se levantan y se acuestan con el conflicto, lo cual hace que se vuelva imposible la convivencia pacífica.

### *1.9.3. Facilitar la solución de los conflictos sin dilaciones injustificadas*

La congestión judicial hace que la respuesta del Estado al conflicto pueda tomar varios años, con lo cual se genera una sensación de injusticia entre los ciudadanos. Sienten que el Estado no responde a sus necesidades de justicia. Con la conciliación, las partes directamente se dan respuesta a su conflicto, lo cual hace que rápidamente se obtenga respuesta al conflicto y se genere tranquilidad y paz entre los conciliantes, su círculo empresarial y en general para toda la sociedad. Cuando un comerciante entra en conflicto con otro comerciante, ese conflicto puede perjudicar a sus acreedores, trabajadores y proveedores. En la medida en que el conflicto se prolongue, termina afectado todo un sector económico. Si el conflicto termina rápidamente, la economía no se afecta. Desafortunadamente nuestro aparato judicial no se caracteriza por brindar soluciones rápidas. En cambio, a través de la conciliación se puede lograr este propósito.

## **1.10. Marco constitucional y jurídico**

Respecto a la conciliación, la Corte Constitucional, en Sentencia C-893/2001, señaló que *“la administración de justicia es una función pública, esencial, permanente, continua e ininterrumpida, necesaria para la convivencia pacífica. La Constitución Política permite la extensión transitoria de la potestad de administrar justicia a los particulares a través de la conciliación y el arbitramento pero por habilitación de las partes. Dicha facultad es ocasional y de carácter voluntario”*.

Al respecto, debemos precisar que los conciliadores bajo ninguna circunstancia administran justicia. Cuando se llega a un acuerdo en virtud de la conciliación, son las partes las que autocomponen sus discrepancias, su conflicto y no el conciliador. El conciliador simplemente fue un facilitador entre las partes pero jamás un Juez; el acuerdo no es un fallo, no corresponde a la voluntad del conciliador. Entonces, lo primero que hay de resaltar es que el conciliador no es un Juez, no administra justicia.

Pero, si bien es cierto que el conciliador no administra justicia, la conciliación goza de rango constitucional y por lo tanto está sustentada en una serie de principios que se deducen del artículo 116 de la Carta Política. A continuación, y siguiendo la Sentencia C-1195 de 2001 de la Corte Constitucional, destacaremos los aspectos constitucionales más importantes de la conciliación.

#### *1.10.1. La función de conciliador es transitoria*

La función que desarrollan los conciliadores es transitoria en la medida en que solamente adquieren competencia para obrar como conciliadores en el asunto que sea sometido a su conocimiento por las partes. No en todos los conflictos puede obrar permanentemente el conciliador. Es más, el conciliador no puede atender asuntos posteriores entre las mismas partes y en relación con los mismos hechos. Tampoco puede atender asuntos relacionados con el cumplimiento de lo acordado durante la audiencia de conciliación. Como puede verse, la autorización que la ley le otorga a un conciliador se contrae única y exclusivamente para la controversia que las partes someten a su conocimiento, acotando que ello no implica que el conciliador pueda disponer del litigio, ni cuenta con facultades coercitivas. Los centros de conciliación si bien es cierto tienen un carácter permanente, no implica ello que ejerzan facultades de solución de conflictos en forma permanente, ya que esa permanencia es simplemente operativa, por cuanto no administran justicia. En conclusión, una vez que las partes llegan a un acuerdo, el conciliador pierde la condición de conciliador. En cambio, frente a un conflicto resuelto por un Juez, éste continúa conociendo del asunto y puede ejecutar su sentencia.

#### *1.10.2. La función del conciliador es excepcional*

La conciliación históricamente ha tenido un sentido voluntario. Fueron las partes en conflicto las que quisieron resolver sus diferencias sin intervención del Estado. Ése ha sido su carácter. Pero, a partir de 1989 nuestro Código de Procedimiento Civil, a través del artículo 101, estableció la obligatoriedad de las partes de asistir a una audiencia de conciliación. En un principio solamente para los procesos ordinarios y abreviados, salvo norma en contrario. Posteriormente la Ley 23 de 1991 extendió la conciliación en otros trámites, como los policivos, asuntos de tránsito, etc. Pero fue la Ley 640 de 2001 la que vino a introducir severos cambios al régimen de la conciliación en Colombia, ya que estableció la conciliación como requisito de procedibilidad, es decir, que si el demandante en un proceso previamente no había intentado la conciliación y adjuntaba a la demanda la constancia expedida por un conciliador de haberse intentado la conciliación y que no se pudo llevar a cabo o simplemente no se logró llegar a un acuerdo, el Juez rechazará la demanda por falta de este requisito. Se llegó a pensar que esta norma era inconstitucional por impedir el acceso a la administración de justicia. Al respecto la Corte Constitucional determinó que no era contraria a la Constitución tal exigencia y que por lo tanto se podía establecer tal requisito.

Bajo este parámetro, la conciliación como requisito de procedibilidad, es decir, previo a la introducción de una demanda, so pena de rechazo, tiene un carácter excepcional ya que solamente se exige este requisito en aquellos casos expresamente señalados por el legislador. La conciliación como requisito de procedibilidad no tiene un carácter general, es decir, que opere para todos los casos. Todo lo contrario, la regla general es que no se requiere el intento de conciliación como requisito previo a la instauración de una demanda. Excepcionalmente se requiere, y se contrae a aquellos casos en los que expresamente el legislador lo ha dispuesto. Quiere decir que la conciliación como mecanismo alternativo de la solución de conflictos sigue siendo eminentemente voluntaria.

### 1.11. Fundamentos legales

En Colombia, la conciliación empezó a tener desarrollo legal en 1958 al fijar la conciliación en asuntos laborales. En materia civil, el primer antecedente legal lo encontramos el Decreto 1400 de 1970, es decir, el Código de Procedimiento Civil. Específicamente se señaló la conciliación dentro del trámite de los procesos de separación de cuerpos y de bienes. Posteriormente, con el Decreto Extraordinario 2282 de 1989 (que reformó el Código de Procedimiento Civil), artículo 101, se creó la audiencia de conciliación, saneamiento, decisión de excepciones previas y fijación del litigio. El Decreto 2279 de 1989, que trata sobre el arbitramento, también estableció la conciliación dentro del trámite arbitral. Esta normatividad fue recogida por el Decreto 1818 de 1998.

Para 1991, con la expedición de la Constitución Política que nos gobierna, la Asamblea Nacional Constituyente, dentro de su soberanía, expidió el artículo 5º transitorio con base en el cual se expidió la Ley 23 de 1991 buscando la descongestión de los despachos judiciales. En igual sentido, se expidió el Decreto 2651 de 1991 que tenía un carácter transitorio y cuya vigencia se extendió hasta que la Ley 446 de 1998 lo convirtió en legislación permanente.

Para 1996 se expide la Ley 270 de 1996 que corresponde a la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia; en el artículo 8º de esta Ley se fija como principio de la administración de justicia la posibilidad de establecer mecanismos diferentes al proceso judicial para solucionar los conflictos. Y más adelante en el numeral 3º del artículo 13 de esta Ley queda fijado que los particulares, actuando como conciliadores habilitados por las partes, ejercen funciones jurisdiccionales.

Para 1998 se expide la Ley 446, que a partir del artículo 64 se refiere 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 conciliador que es un tercero neutral y calificado. Esta Ley, además de desarrollar en extenso la conciliación, permite que las partes de un proceso, sin la intervención del Juez, puedan practicar pruebas de común acuerdo como una alternativa para descongestionar los Despachos Judiciales. Y por último encontramos la Ley 640 de 2001 que contiene la conciliación

como requisito de procedibilidad. Además, el artículo 33 de esta Ley establece la conciliación en los asuntos de competencia desleal. También, en su artículo 34, fija la conciliación en materia de consumo.

Existen otras normas que hacen referencia a la conciliación, como por ejemplo la Ley 222 de 1995 cuando hace referencia a la práctica de una audiencia de conciliación dentro del trámite concordatario. A su vez, el artículo 92 de la misma Ley 510 de 1999 permite que se lleven a cabo conciliaciones dentro del trámite arbitral que verse sobre controversias originadas en contratos de créditos hipotecarios o los títulos o para la ejecución de las obligaciones.

### **1.12. Fundamentos jurisprudenciales**

La Corte Constitucional en muchas ocasiones se ha referido a la conciliación en sus fallos. Bien sea para juzgar la inexecutable de algunas normas relacionadas con la conciliación o bien para referirse en general a la conciliación, especialmente como mecanismo alternativo de solución de conflictos. A continuación haremos un pequeño resumen de los fallos más destacados:

En primer lugar, encontramos la Sentencia C-165 de 1993 en la cual se demandó la inexecutable parcial del artículo 101 del Código de Procedimiento Civil. En este fallo la Corte hace un largo análisis de la naturaleza jurídica de la conciliación. Posteriormente encontramos la Sentencia C-160 de 1999 a través de la cual se acusa de inconstitucional los artículos 68, 82, 85 y 87 (parcial) de la Ley 446 de 1998 y el artículo 25 de la Ley 23 de 1991. También encontramos la sentencia C-500 de 2001 en la que se demandó por inconstitucional el artículo 47 de la Ley 640 de 2001, por medio del cual se le concedía facultades de conciliador al defensor del cliente de las instituciones financieras. Igualmente las sentencias C-893 y C-1195, ambas de 2001, contra los artículos 12, 23, 28, 30, 35 y 39 (C-893 de 2001) y 35, 36, 37, 38, 39 y 40 todos ellos de la Ley 640 de 2001. Y por último encontramos la Sentencia C-917 de 2002 contra el artículo 18 (parcial) de la Ley 640 de 2001.

### **1.13. Requisito de procedibilidad**

Evidentemente el aspecto más importante que introdujo en nuestro sistema judicial la Ley 640 de 2001 lo constituye el intento de conciliación como requisito de procedibilidad para poder acudir ante la rama judicial a demandar administración de justicia.

Se cambió totalmente el sistema judicial respecto a la conciliación. Ya en la Ley 23 de 1991, en el artículo 22, se obligó a intentar la conciliación en los asuntos laborales como requisito previo a iniciar la acción judicial. Pero esta norma fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional.

Posteriormente en la Ley 446 de 1998, en el artículo 88, se fijó como requisito de procedibilidad la conciliación previa a la iniciación del proceso judicial ante el juez de familia. Pero la norma en realidad establecía un deber. Pero, además, no

se fijó ningún tipo de sanción procesal como rechazo de demanda o similar.

Pero la Ley 640 de 2001 estableció un sistema de conciliación basado en la obligatoriedad de intento de acuerdo entre las partes como requisito para poder acudir al aparato judicial. En otras palabras, el intento de conciliación se convirtió en presupuesto procesal, de suerte que quien pretenda accionar ante la jurisdicción obligatoriamente debe intentar la conciliación, so pena de que su demanda sea rechazada. El Juez, cuando se le presente una demanda para estudiar su admisibilidad y el asunto esté dentro de los que son conciliables, verificará si se cumplió con el requisito de la conciliación y si encuentra que no se intentó, rechazará la demanda y el accionante tendrá que acudir a un centro de conciliación a intentar la conciliación.

No nos cansaremos de señalar que la Ley 640 de 2001 obliga a las partes a intentar la conciliación. En momento alguno obliga a las partes a conciliar. Esto significa que las partes de un conflicto deberán asistir a un centro de conciliación, escuchar las propuestas de su contraparte y/o del conciliador, incluso, presentar su propuesta, pero en momento alguno están obligados a aceptar la propuesta de su rival, o del conciliador o pretender que su propuesta sea aceptada, ya que se estaría vulnerando la autonomía privada y el acceso a la administración de justicia.

La obligatoriedad del intento de conciliación en momento alguno está impidiendo el acceso a la administración de justicia, ya que por el contrario se está accediendo a la administración de justicia. Exigir este requisito no resulta desproporcionado ya que simplemente lo que se hace es suspender el inicio del proceso desde una perspectiva formal. Pero para compensar a la parte que resulte afectada con este requisito, la misma Ley 640 de 2001 suspende la prescripción y hace inoperante la caducidad hasta por tres (3) meses. Por lo tanto, en momento alguno se le causa un perjuicio a la parte obligada a intentar la conciliación como requisito de procedibilidad al inicio de una acción judicial.

Respecto a la conciliación como requisito de procedibilidad para el inicio de las acciones judiciales, se puede presentar una situación aparentemente redundante cuando en el proceso se lleva a cabo la audiencia de que trata el artículo 101 del Código de Procedimiento Civil, esto es, en los procesos ordinarios y abreviados, salvo norma en contrario. Efectivamente, se debe intentar la conciliación como requisito de procedibilidad previo a la demanda. Y una vez trabada la relación jurídica procesal, es decir, surtida la *litis contestatio*, se lleva a cabo la audiencia de que trata el artículo 101 del C.P.C., es decir, de conciliación, saneamiento, decisión de las excepciones previas y fijación del litigio. Pareciera que en estos casos hay dos intentos de conciliación. En realidad no. En este caso, el Juez fija fecha y hora para llevar a cabo la audiencia de que trata el artículo 101, pero ya no será necesario intentar la conciliación y simplemente el Juez utiliza la audiencia para lo demás, esto es, saneamiento, decisión de las excepciones previas y fijación del litigio, aunque no sobra otro intento de conciliación y así

lo han entendido los jueces, por lo cual aprovechan esta audiencia para intentar que las partes concilien.

Algunos han considerado que frente a los procesos donde se lleva a cabo la audiencia de que trata el artículo 101 del Código de Procedimiento Civil no se debe intentar la conciliación como requisito de procedibilidad. No compartimos esta interpretación ya que la Ley 640 de 2001 no establece esta excepción. Y por otro lado, si lo que se busca es evitar la redundancia de intentos de conciliación, lo que se debe hacer es exigir el intento de conciliación como requisito de procedibilidad y utilizar la audiencia de que trata el artículo 101 del Código de Procedimiento Civil para que el Juez oficie como director del proceso, es decir, fijar el litigio, sanear el proceso, si hay lugar a ello, y resolver las excepciones previas si fueron propuestas. Ahora bien, nada impide que el Juez aproveche esta audiencia para hacer un nuevo intento de conciliación, para lo cual lo faculta la Ley 640 de 2001 en el primer inciso del artículo 43.

Para terminar con el intento de conciliación como requisito de procedibilidad, debemos recordar que tal exigencia no tiene un carácter general sino que todo lo contrario es excepcional, de suerte que la conciliación debe intentarse como requisito de procedibilidad, en los asuntos mercantiles, en los siguientes casos:

- a) Que se trate de asuntos mercantiles susceptibles de transacción, desistimiento y conciliación.
- b) Que se trate de asuntos sujetos a proceso declarativo y que el trámite sea ordinario o abreviado, salvo el proceso de expropiación y los procesos divisorios.
- c) Que estos asuntos sean competencia de los jueces civiles. Esta precisión es necesaria, ya que frente a un conflicto transigible, desistible y conciliable, sujeto a un proceso declarativo, pero que las partes lo sustrajeron del conocimiento de los jueces ordinarios a través de un compromiso o cláusula compromisoria y decidieron someterlo a un tribunal de arbitramento, el intento de conciliación no será requisito de procedibilidad, ya que el trámite arbitral cuenta con tratamiento especial para la conciliación.

Es necesario recordar que el intento de conciliación como requisito de procedibilidad, a pesar de cumplirse los requisitos antes mencionados, no aplica en los siguientes casos:

- a) Cuando se ignore el domicilio, lugar de habitación o lugar de trabajo de quien se pretende demandar. Es necesario que se cumplan íntegramente estos requisitos, es decir, que prescinda del requisito de procedibilidad si se ignora el lugar de trabajo y el lugar de habitación. Si el futuro demandado está ausente y se ignora su paradero, a pesar de conocer su domicilio o lugar de trabajo, también se obvia el intento de conciliación como requisito de procedibilidad. Es clara la razón tenida en cuenta por el

#### 1.14. ASUNTOS CONCILIABLES

legislador: es evidente que no se llevará a cabo la audiencia de conciliación por cuanto quien será demandado no asistirá. El demandante deberá en la demanda indicar este hecho y en el acápite de las notificaciones bajo juramento indicar este hecho y pedir el emplazamiento del demandado en los términos del artículo 318 del Código de Procedimiento Civil.

- b) Cuando con la demanda se solicite el decreto y práctica de medidas cautelares y que legalmente sean procedentes, ya que no basta con solicitar medidas cautelares para evitar el requisito de procedibilidad. Es necesario que, de acuerdo a la Ley, sea procedente la solicitud y el decreto de medidas cautelares. De no proceder la medida cautelar, como por ejemplo la inscripción de la demanda en los términos del artículo 690 del Código de Procedimiento Civil, a pesar de solicitarla el demandante en la demanda, el Juez no sólo negará tal solicitud, sino que además rechazará la demanda por no haberse dado cumplimiento al requisito de procedibilidad de que trata la Ley 640 de 2001.

#### 1.14. Asuntos conciliables

El requisito esencial para que un asunto sea conciliable lo constituye la disponibilidad sobre el derecho de naturaleza patrimonial o extrapatrimonial. Por lo tanto, si se puede disponer del derecho, se puede conciliar sobre los conflictos jurídicos entre partes que tengan la libre disponibilidad del derecho. Ahora bien, sería absolutamente dispendioso indicar todos los asuntos conciliables, por lo cual, lo más práctico es señalar las excepciones, esto es, sobre lo que no se puede conciliar o los asuntos no conciliables, para concluir que todo lo demás es conciliable, precisando que la prohibición de conciliar debe ser expresa.

En tal sentido, encontramos que no son susceptibles de conciliación los siguientes asuntos:

- a) El estado civil de las personas, según lo dispuesto por el artículo 2473 del Código Civil.
- b) Los delitos, acotando que en algunos casos, si bien no existe conciliación respecto a la conducta penal, el Código de Procedimiento Penal permite la extinción de la acción penal por indemnización integral de perjuicios en algunas conductas, como por ejemplo el homicidio culposo no agravado. En este caso, el victimario indemniza íntegramente los perjuicios causados a los herederos de la víctima y con ello se extingue la acción penal. Pero solamente se podrá hacer uso de esta alternativa una vez cada cinco años.
- c) Las materias tributarias, acotando que poco a poco se abre la posibilidad de implementar la conciliación en esta materia. Prueba de ello la encontramos en la Ley 1111 de 2006.
- d) Los alimentos futuros, según lo señalado por los artículos 2474 y 2475 del Código Civil.

- e) Los derechos que no son disputados, tal como lo indica el artículo 2469 del Código Civil.
- f) Los derechos inexistentes, según las voces del artículo 2476 del Código Civil.
- g) Tampoco se puede conciliar sobre derechos ajenos, salvo que se tenga la facultad de representarlos y disponerlos. Artículo 2475 del Código Civil.
- h) El parágrafo del artículo 8º de la Ley 640 de 2001 no permite la conciliación sobre derechos ciertos e irrenunciables.
- i) Y, por último, tampoco se puede conciliar sobre asuntos en los que resulte comprometido el orden público.

En todos los demás casos se puede conciliar, resaltando que la conciliación tiene un espectro de aplicación mucho mayor que la transacción, tal como lo dispuso la Ley 640 de 2001.

Cuando se hace referencia a que se puede conciliar aquellos derechos de los cuales se puede disponer, es necesario prestar especial atención a las audiencias de conciliación que involucran a una de las partes integrada por más de una persona. En este caso, la conciliación debe provenir o ser aceptada por toda la parte, ya que uno de sus integrantes no puede disponer del derecho. El conciliador debe prestar atención a la solicitud de conciliación y si detecta que una de las partes está integrada por una pluralidad de personas que son litisconsortes necesarios, debe hacer lo necesario para citarlas a todas, aun de oficio, y no llevar a cabo la audiencia si no está debidamente integrado el litisconsorcio necesario. Igualmente, el acuerdo a que se llegue durante la audiencia de conciliación debe estar aceptado por todos los intervinientes. Si alguna de las personas que integra una de las partes no está de acuerdo, sencillamente no hay acuerdo y se debe declarar fracasada la conciliación. Aquí no caben acuerdos parciales. Aceptar un acuerdo parcial es tanto como permitir que se disponga de todo el derecho, cuando en realidad ello le corresponde exclusivamente a la pluralidad de personas que integran una de las partes. Imaginemos un conflicto entre un arrendador de un local comercial y sus tres arrendatarios en torno a la devolución del local. Si se lleva a cabo la conciliación con uno o dos de los arrendatarios y se acuerda terminar el contrato y devolver el local comercial al arrendador, el contrato frente al otro arrendatario que no asistió a la audiencia de conciliación sigue vigente y conserva toda su eficacia. Estaríamos frente a un exabrupto jurídico.

Otro punto que debemos destacar, respecto a los asuntos no conciliables, es el del concepto de orden público. Existe cierto temor respecto a llevar a cabo conciliaciones que involucran normas de orden público, como lo son las nulidades absolutas. Se cree que al respecto no puede existir conciliación ya que se estaría disponiendo de normas de orden público. En realidad, el concepto de orden público debe ser tomado con beneficio de inventario, ya que las nulidades absolutas en muchos casos son subsanables. Imaginemos un contrato de

promesa de compraventa de un inmueble en el que las partes no fijaron la fecha del otorgamiento de la Escritura Pública. De acuerdo a lo señalado por el artículo 1611 del Código Civil, el contrato de promesa es nulo absolutamente. Las partes no podrán acudir a un centro de conciliación a convenir que es nulo, pero sí podrán acordar la fecha del otorgamiento de la Escritura Pública y con ello sanean la nulidad.

Respecto al orden público, también se debe tener muy presente el orden público económico que gobierna nuestra constitución. En materia comercial especialmente toma inusitada importancia el tema por cuanto la libertad de empresa y la libre competencia son dos de las características más importantes de nuestro sistema económico. No en vano, la Constitución misma se ocupa del tema fijando algunos parámetros. El artículo 33 de la Ley 640 de 2001 se refiere a la posibilidad de conciliar asuntos de competencia desleal. En este caso, la conciliación se refiere a los derechos particulares involucrados pero en momento alguno se extiende a la posibilidad de conciliar derechos que afectan a toda la comunidad. Así, por ejemplo, frente a un acto de competencia desleal que busque evitar a toda costa la competencia entre los principales fabricantes de un producto para controlar el mercado, o para fijar los precios, o para fijar precios depredadores para acabar con uno de los fabricantes, o un acto de reparto del mercado entre los principales competidores, evidentemente no puede ser objeto de conciliación ya que está de por medio el orden público económico. En este caso, la Superintendencia de Industria y Comercio, que es la competente para conocer de la investigación, desde el punto de vista administrativo e incluso también con facultades jurisdiccionales, no puede avalar un acuerdo conciliatorio que afecte la libre competencia. Pero si un particular resultó afectado con estos actos de competencia desleal, evidentemente puede llegarse a un acuerdo conciliatorio que indemnice los perjuicios causados.

### 1.15. Asuntos conciliables en derecho comercial

Ya hemos hecho referencia a lo que es el derecho comercial y su campo de aplicación. A continuación haremos referencia a algunos asuntos mercantiles que son susceptibles de conciliación.

- a) **CONTRATO DE SOCIEDAD:** Aquí se incluye todo tipo de sociedad, bien sea civil o comercial; bien sea constituida por Escritura Pública debidamente inscrita en el registro mercantil o de hecho. En general, en la constitución de una sociedad las partes disponen libremente de sus derechos por lo cual orientan algunos recursos o trabajo a la conformación de una sociedad con el propósito de desarrollar un objeto social. En torno al contrato de sociedad pueden surgir muchos y muy variados conflictos, bien sea entre los socios o entre la sociedad y alguno o algunos de los socios. Los conflictos pueden consistir en el incumplimiento del pago de los aportes, en la gestión o administración de la sociedad por parte de los socios administradores, en el no reparto de utilidades, en el ejercicio del

derecho de preferencia, hasta discrepancias por la disolución y posterior liquidación de la sociedad.

Pero además, los conflictos entre los socios pueden originarse en asuntos extrasocietarios como lo es el incumplimiento del pago de los salarios y prestaciones sociales a los trabajadores de la sociedad, incumplimiento en el pago de los tributos y a los proveedores. Podíamos decir que la vida en sociedad puede ser fácilmente caldo de cultivo de muchos conflictos.

En Colombia, un buen número de sociedades comerciales tienen origen familiar. En este caso, las cosas se complican mucho más, ya que la conciliación en esta materia no va a tener un sentido empresarial, sino que va a involucrar aspectos conyugales, problemas de padres e hijos, de patria potestad, de tenencia de hijos, de cuotas alimentarias, de régimen de visitas, de divorcios, de liquidación de la sociedad conyugal, etc. Incluso problemas entre cuñados. Como puede verse, los conflictos originados en un contrato de sociedad, en algunos casos, están totalmente alejados del mundo empresarial y muy cerca de aspectos personales.

El artículo 229 de la Ley 222 de 1995 facultó a la Superintendencia de Sociedades para obrar como conciliador en los asuntos propios de su función. En tal sentido, existe un funcionario que pertenece a la planta de personal de la Supersociedades, que diariamente está citando a los socios de sociedades e incluso acreedores de sociedades a audiencias de conciliación en las que se trata de resolver asuntos como los trámites concordatarios, liquidaciones, reestructuraciones empresariales y conflictos entre socios y entre la sociedad y los socios.

Respecto a la insolvencia de las sociedades, existe conciencia de que cuando una empresa entra en liquidación obligatoria todo el mundo pierde. Pierden los trabajadores, ya que se quedan sin puesto; además es posible que no se logre pagar sus salarios y demás prestaciones sociales; pierde el Estado, por cuanto deja de recaudar unos tributos; pierden los acreedores de la sociedad, ya que sus créditos no son honrados. Pierden los socios, ya que no logran recuperar su inversión. Entonces, ante este panorama se debe procurar salvar a toda costa la empresa, así ello implique un sacrificio para todos los involucrados. La Ley 550 de 1999 (Ley de reestructuración económica) contempla en varios artículos, especialmente en el 7º, la posibilidad de que las partes afectadas, junto con el promotor, lleguen a verdaderos acuerdos conciliatorios en los que se mantenga en funcionamiento la empresa y por esta vía lograr que se paguen todas las acreencias a cargo de la sociedad. Estos trámites conciliatorios son bien complejos ya que están inmersos muchos intereses.

Igualmente, en el trámite concordatario de sociedades (Ley 222 de 1995, artículos 89 y ss.) se permite que la sociedad deudora llegue a un acuerdo con los acreedores. Para ello, se le concede facultades de conciliadora a la Superintendencia de Sociedades, sin olvidar que también cuenta con facultades jurisdiccionales. Estos acuerdos conciliatorios se pueden extender también a las objeciones hechas a los créditos presentados.

- b) **CONTRATOS DE ARRENDAMIENTO DE LOCALES COMERCIALES:**  
El Código de Comercio contiene una serie de normas que buscan proteger el establecimiento de comercio. Dentro de esa protección, encontramos la del contrato de arrendamiento del local donde funciona el establecimiento. Y debe ser así, ya que el comerciante que ha logrado edificar un establecimiento, que ha conquistado una clientela, que ha logrado posicionar su negocio, que se ha hecho merecedor a un prestigio y reputación comercial entre sus proveedores, así sea en un local en arriendo, debe gozar de la protección legal de su establecimiento. Entre esas garantías, encontramos la de renovación del contrato de arrendamiento cuando se ha ocupado por dos (2) años seguidos con el mismo establecimiento de comercio un local comercial. Pero además, la no renovación del contrato de arrendamiento se dará por dos (2) causas y siempre y cuando se le haga el desahucio por lo menos con seis (6) meses de antelación al vencimiento del contrato. Claro, siempre y cuando haya cumplido con todas las obligaciones derivadas del contrato. Se insiste en que este régimen de arrendamiento especial sólo es aplicable a los locales comerciales. Se busca proteger también la clientela que puede ser el más valioso de los activos de un comerciante.

Bajo este panorama, se pueden presentar conflictos entre el arrendador y el arrendatario por varias razones. Así, por ejemplo, como no existe tope legal en cuanto al incremento en el canon de arrendamiento, puede presentarse una abierta discrepancia en cuanto al reajuste de la renta mensual entre el arrendador y el arrendatario. También puede darse el caso de que el arrendador propietario del local requiera el local para montar allí un establecimiento de comercio totalmente diferente al que opera el arrendatario, pero éste no lo quiere entregar. Incluso, se puede producir algún tipo de incumplimiento del arrendatario y como consecuencia de ello haya lugar a la terminación del contrato y la consecuente entrega del inmueble. También puede darse el caso de incumplimiento por parte del arrendador, ya que alguna humedad o filtración de agua o de olores nauseabundos impidan el uso y goce del local por parte del arrendatario.

En todos estos casos, es posible que las partes a través de una conciliación lleguen a un acuerdo que ponga fin a su conflicto. Se puede llegar a un acuerdo conciliatorio en el que el arrendatario se obligue a entregar el local en un determinado periodo de tiempo, lo cual es perfectamente válido. Incluso pueden las partes convenir que, a cambio del disfrute del inmueble en forma gratuita durante un periodo de tiempo, se dé por terminado el contrato de arrendamiento y se haga entrega del inmueble. También las partes pueden acordar que el arrendador renuncia a reclamar las sumas de dinero de los cánones de arrendamiento no pagados por el arrendatario, a cambio de la devolución voluntaria del local. Como puede verse, en este campo son muy variadas y amplias las facultades dispositivas de las partes, ya que se trata de derechos patrimoniales de libre disposición.

Se debe destacar el artículo 69 de la Ley 446 de 1998, que permite al Centro de Conciliación oficiar al Juez Civil Municipal del Municipio donde se encuentre ubicado el inmueble para que comisione al Inspector de Policía a fin de hacer entrega del bien arrendado, si en un acuerdo conciliatorio el arrendatario se obligó a entregar el bien arrendado y no honra ese compromiso. En otras palabras, a través de este artículo se logra hacer eficaz el acuerdo conciliatorio. Pero en nuestra moderna sociedad no solamente se hacen contratos de arrendamiento de bienes inmuebles. Hoy en día es muy usual encontrar el arrendamiento de bienes muebles e incluso de servicios a través de los contratos de leasing. Estos contratos de arrendamiento son eminentemente mercantiles por lo cual se puede aplicar plenamente y sin mucha restricción la conciliación.

Por último, es necesario tener en cuenta que en los procesos de restitución de bienes arrendados y, en general, de restitución de tenencia (comodato y depósito) no es aplicable el artículo 101 del Código de Procedimiento Civil, ni es requisito de procedibilidad el intento de conciliación previsto en la Ley 640 de 2001. Quiere esto decir que no hay audiencia de conciliación en el proceso de restitución, ni es necesario que el demandante previamente intente la conciliación con el demandado como requisito para instaurar demanda, por expresa disposición del parágrafo sexto (6°) del artículo 424 del Código de Procedimiento Civil. No es obligatorio, pero nada obsta para que antes de demandar se intente una conciliación y bien vale la pena intentarlo, ya que de llegarse a un acuerdo y el arrendatario acepta restituir el bien en una determinada fecha y no lo hace, el demandante podrá solicitar que se dé aplicación al artículo 69 de la Ley 446 de 1998. Con esto se puede economizar todo el proceso de restitución y acceder directamente a la entrega del bien.

c) **CONTRATOS COMERCIALES:** Cada vez más, nuestra sociedad está totalmente mercantilizada por el derecho. Son muy pocos los contratos civiles que se llevan a cabo. Indudablemente el derecho mercantil ha invadido las relaciones contractuales. Dentro de ese gran espectro mercantil los contratos financieros ocupan un lugar importante. Son muy pocas las personas que no tienen una cuenta de ahorros, lo cual denota la importancia del tema. Se trata de contratos celebrados en forma masiva y uniforme por el grueso de la población con las instituciones financieras, a pesar de ser contratos por adhesión. Pero el profesionalismo con que se desarrollan los contratos financieros no impide el surgimiento de controversias entre las entidades financieras y sus clientes. Conflictos como:

- Pago de seguros, bien sea generales o de vida. Los conflictos se presentan especialmente cuando el asegurado reclama el pago de un seguro por la ocurrencia de un siniestro y la aseguradora objeta la reclamación. En este caso, el asegurado no le queda más camino que acudir a la vía judicial para que se ordene el pago del seguro. Aquí es necesario agotar el requisito de

procedibilidad de la conciliación. También existen controversias en torno a contratos de seguros en los que las aseguradoras se subrogan en los derechos indemnizatorios por los perjuicios causados por un tercero al asegurado. En este caso, es la aseguradora la que tiene la legitimidad para iniciar la acción indemnizatoria para lo cual se debe agotar el requisito de procedibilidad que consagra el artículo 35 de la Ley 640 de 2001.

- Revisión de créditos bancarios. Cuando el usuario de un crédito considere que los pagos efectuados han excedido los márgenes legales, puede acudir ante la rama judicial a reclamar la revisión del contrato. En este caso, también se debe agotar el requisito de procedibilidad de la conciliación.

- Responsabilidad de la entidad financiera. Se presenta cuando la entidad financiera por negligencia, impericia, imprudencia, por la no aplicación de un reglamento o incluso de las cláusulas de un contrato le causa un perjuicio a un cliente, como por ejemplo cuando se paga un cheque adulterado o se paga un cheque que fue objeto de hurto, o cuando se retiran sumas de dinero fraudulentamente por medios electrónicos, o incluso cuando se producen suplantaciones. En este caso, es necesario que el cliente que pretenda demandar a la entidad financiera primero intente la conciliación para poder acceder a los jueces para que le sea resuelta su demanda.

La Ley 964 de 2005 creó la figura del defensor del cliente. Es una figura interesante que permite que una persona nombrada por la Asamblea General de Accionista de una entidad financiera trate de mediar entre los clientes y las entidades financieras a fin de obtener una solución pronta y efectiva. La Ley 640 de 2001, a través del artículo 47 intentó darle facultades de conciliador al defensor del cliente, pero el artículo fue declarado inexecutable mediante sentencia C-500 de 2001 por vicios de forma en la expedición del artículo acusado.

Pero los contratos bancarios no son los únicos contratos comerciales. Existen muchos otros, como por ejemplo el contrato de transporte tanto de pasajeros como de carga. Aquí también encontramos dificultades contractuales que pueden ser objeto de resolución por la vía de la conciliación. Encontramos también el contrato de agencia comercial y de suministro en los que se acostumbra pactar la cláusula arbitral, pero nada impide buscar solución a las controversias contractuales por la vía de la conciliación.

d) TÍTULOS VALORES: Otro campo importante del derecho comercial lo ocupan los títulos valores. Más que dificultades o controversias relacionadas con los títulos valores, encontramos controversias originadas en la falta de pago de sumas de dinero incorporadas en títulos valores. Las personas normalmente instrumentalizan las operaciones crediticias en títulos valores. Cuando no se cumple con el pago del importe de los títulos valores, es que se presentan las controversias. Se insiste en que estamos ante el incumplimiento de una obligación contenida en un título valor. La vía procesal para hacer efectivo el derecho incorporado en el título valor normalmente es el proceso ejecutivo. En este caso, el intento

de conciliación no es requisito de procedibilidad para iniciar la acción ejecutiva, pero puede resultar favorable, especialmente para el acreedor. Esta afirmación se basa en que para iniciar una acción ejecutiva es necesario incurrir en una serie de gastos que incluye la contratación de un abogado en algunos casos, sin tener certeza de recuperar el capital, intereses del título valor y los gastos procesales. Si se logra conciliar y se cumple lo conciliado puede haber un interesante ahorro para el acreedor. Además de un ahorro de tiempo. Y por otro lado, si la acción cambiaria derivada de los títulos valores está a punto de prescribir, un acuerdo conciliatorio puede perfectamente interrumpir la prescripción, lo cual redundaría en beneficio del acreedor.

Pero, respecto a los títulos valores no sólo se presenta incumplimiento en su pago. También pueden existir casos de enriquecimiento sin causa (acción in rem verso) regulada por el inciso final del artículo 882 del Código de Comercio. Como esta acción es ordinaria, es necesario agotar el requisito de la conciliación para poder proceder judicialmente.

Incluso, encontramos controversias originadas en el cobro excesivo de intereses en los títulos valores. En estos casos, se puede lograr un acuerdo conciliatorio que ajuste la tasa de interés cobrada excesivamente.

- e) **COMPETENCIA DESLEAL Y ESTATUTO DEL CONSUMIDOR:** Se trata de temas complementarios del derecho comercial que tienen una gran trascendencia en nuestra cultura empresarial y en el circuito económico. Precisamente la Ley 256 de 1995, respecto a la competencia desleal, nos describe dicha conducta y en forma enunciativa presenta las descripciones de esta conducta.

En algunos casos se afectan intereses particulares, como por ejemplo desviación de clientela, desorganización de la empresa, actos de confusión, de descrédito, de comparación, de imitación, de explotación de reputación ajena, etc. Pero también encontramos actos de competencia desleal que afectan derechos colectivos, como los actos de engaño, de desorganización del mercado, pactos de exclusividad, de no competencia, etc. En estos casos, también tiene legitimidad para iniciar la acción para que se declare la competencia desleal el Procurador General de la Nación.

En los actos de competencia desleal, junto con el Juez Civil del Circuito, es competente también la Superintendencia de Industria y Comercio, que cuenta con facultades jurisdiccionales. El trámite que se sigue es el del proceso abreviado. Si bien es cierto la conciliación no es requisito de procedibilidad, dentro del proceso se practica la audiencia de que trata el artículo 101 del Código de Procedimiento Civil. Es decir, que se busca que las partes concilien sus diferencias. Claro que nada impide que las partes intenten la conciliación extrajudicial.

Pero, debemos acotar que la Superintendencia de Industria y Comercio, además de contar con facultades jurisdiccionales para juzgar los actos de competencia

desleal, también tiene facultades administrativas para conocer, incluso de oficio, de los actos de competencia desleal de carácter general, es decir, que afectan la comunidad en general. En estos casos, también se puede llegar a un acuerdo conciliatorio en virtud del cual los infractores se obligan a no continuar desarrollando los actos de competencia desleal e incluso a tomar las medidas necesarias para contrarrestar los daños causados. Se debe tener muy presente el orden público económico. En realidad no es que haya una conciliación, sino un compromiso de no continuar con esas prácticas.

Por el lado de la protección de los consumidores encontramos el Decreto 3466 de 1982, mejor conocido como Estatuto del Consumidor. Aquí encontramos que cuando existan discrepancias en cuanto a la calidad de un producto o la garantía sobre el mismo, el suministro permanente de repuestos, la calidad del servicio, las ventas condicionadas y otras conductas, es competente la Superintendencia de Industria y Comercio para conocer de estas infracciones, pero por vía administrativa, es decir, que ordena los correctivos del caso e impone multas pero no puede ordenar el pago de indemnizaciones. Solamente los jueces pueden hacer este tipo de condenas. Pero dentro del trámite administrativo se practican audiencias de conciliación en las que las partes llegan a acuerdos, los cuales son válidos siempre y cuando no se afecte el orden público económico.

## UNIDAD 2 DEL CONCILIADOR

### Objetivo General:

En esta Unidad profundizaremos en el estudio del conciliador, en especial quiénes pueden ser conciliadores, qué atributos debe tener, qué requisitos legales debe cumplir y los deberes que debe observar durante el proceso conciliatorio.

### Objetivos Específicos:

- 1°. Conocer el régimen de inhabilidades, incompatibilidades y recusaciones a que están sometidos los conciliadores.
- 2°. Establecer el tipo de responsabilidad a que está sometido el conciliador en desarrollo de tal función.

### 2.1. Atributos que debe tener un conciliador

Debemos empezar por resaltar que la labor de un conciliador no resulta fácil en la medida en que una o ambas partes de un conflicto lo puede tomar como una persona que interfiere en el conflicto, sin tener interés en el mismo.

Por ello, el conciliador debe ganarse el respecto de las partes mostrando la importancia de la conciliación como una forma de buscar, de común acuerdo, la paz de la sociedad. Mostrando que las controversias se pueden solucionar sin necesidad de acudir a un Juez. Que no todo se soluciona acudiendo a un proceso judicial, que las partes pueden autocomponer sus diferencias. Que en el escenario de la conciliación todos ganan, no hay vencidos sino vencedores.

Pero además, el conciliador se gana el respeto de los conciliantes preparándose adecuadamente para cada conciliación, estudiando el conflicto que une a las partes, conociendo el origen y dimensión de la controversia. Conociendo cada una de las partes, sabiendo qué siente cada una de ellas, qué quieren, cómo lo quieren, incluso, cómo conciben el conflicto. Por lo tanto, uno de los principales atributos que debe tener un conciliador consiste en prepararse para cada conciliación. Previamente el conciliador debe leer la solicitud de la conciliación, y a partir de allí formular las preguntas que le permitan conocer en toda su dimensión el conflicto que debe conciliarse. No se trata de encasillar el conflicto, de concebirlo como una enfermedad a la que se le debe detectar unos síntomas y medicarlos. No. Para los conciliantes su conflicto puede ser todo. Puede ser su vida. No existe nada por encima de su conflicto. Pero además, es posible que las partes lleguen a la audiencia de conciliación, convencidas de que no existe arreglo posible, que necesariamente debe ser resuelto por un Juez. Entonces, el conciliador debe tener habilidades para leer adecuadamente el conflicto, entenderlo, dimensionarlo, respetando a las personas, y sobre todo teniendo un alto grado de sensibilidad frente al conflicto. El conciliador debe

saber leer las emociones de las partes, sus intereses.

En la medida en que haga una adecuada lectura del conflicto, podrá motivarlas para que presenten fórmulas de arreglo. Si el conciliador no ha estudiado el conflicto, si no lo conoce, las partes no van a mostrar interés en llegar a un acuerdo directo. No van a entrar en un ambiente de confianza que es el preámbulo de un acuerdo. En otras palabras, el conciliador no se ha ganado la legitimidad para poder motivar a las partes. La audiencia de conciliación será un simple trámite que hay que agotar, al que hay que ir a cumplir con una formalidad. Pero si el conciliador muestra respeto por los conciliantes, y a través del conocimiento profundo de la controversia que los ocupa, esto es, hace sentir a las partes que su conflicto es muy importante, gana legitimidad para que las partes se motiven adecuadamente para buscar fórmulas de arreglo.

Si fracasa la etapa de la motivación, el conciliador debe apelar a la creatividad, a la innovación para buscar fórmulas que destraben el conflicto, que acerque a las partes, que les haga ver puntos de vista que no han visto, que les permita dimensionar de otra forma la controversia hasta el punto que ya no esté tan lejano el punto que les permita llegar a un acuerdo. Para ello, el conciliador debe ser dinámico, activo, y sobre todo no olvidar que él es el director de la audiencia. El conciliador debe transmitirle a las partes su aptitud positiva, que las partes sientan que sí hay solución, que sí se puede conciliar.

Pero si el conciliador es apático a motivar a las partes, a plantear fórmulas de acuerdo, las partes se contagian de pesimismo y terminan convencidas de que sus diferencias son irreconciliables y que el único camino que queda es el de acudir ante un Juez.

Entre las cualidades que debe tener un conciliador se debe destacar su ecuanimidad, objetividad y neutralidad. Solamente en la medida en que las partes en conflicto perciban en el conciliador estas cualidades, estarán dispuestas a conciliar. Las propuestas del conciliador serán de buen recibo entre las partes cuando ha generado confianza y ésta se obtiene cuando se obra con ecuanimidad, objetividad y neutralidad, en general cuando se tiene un sentido de justicia. De lo contrario, no es posible la conciliación. El conciliador por tanto, debe ser un verdadero, un auténtico tercero, es decir, una persona que no esté comprometido con ninguna de las partes en conflicto. El conciliador no puede parcializarse a favor o en contra de la causa de alguna de las partes. El conciliador no representa a una de las partes. El conciliador debe tratar de obtener el beneficio de las partes en disputa, por lo cual debe obrar como un guía imparcial de las partes. Cuando las partes en conflicto detectan en el conciliador objetividad, ecuanimidad y neutralidad su invitación a conciliar e incluso sus fórmulas sus propuestas serán de mejor recibo por las partes. En realidad se rompe el hielo entre los antagonistas y se puede lograr un acuerdo. En cambio, cuando el conciliador es frío, es apático durante la conciliación, no muestra interés en conocer el conflicto, casi con seguridad fracasará la

audiencia. Y si, además, el conciliador se parcializa con la causa de una de las partes o actúa con subjetividad también fracasará la audiencia, ya que la otra parte no le tendrá confianza y no considerará sus propuestas.

Otro atributo que debe tener un buen conciliador lo constituye el conocimiento en la materia objeto de la conciliación. Debe ser un auténtico experto en el tema objeto de la conciliación. En la medida en que se tenga el conocimiento en la materia objeto de conciliación se podrá orientar mejor a las partes y formular opciones justas y acertadas. Incluso, el conciliador puede doblegar la resistencia de las partes con mayor facilidad si muestra conocimiento en la problemática que ocupa a las partes. Sus propuestas serán acertadas y aceptadas por las partes. Además, la innovación de las propuestas se logrará en la medida en que se tenga el conocimiento de la materia conciliable. Por esta razón, cada día más se requiere de conciliadores expertos en la materia litigiosa. Si se está intentando conciliar un conflicto entre socios de una sociedad o entre unos socios y la sociedad, necesariamente el conciliador debe ser una persona experta en el tema societario, conocer el régimen legal de la sociedad, se requiere que haya estudiado los estatutos de la sociedad para dimensionar el conflicto que ocupa a las partes. Igualmente, debe ser una persona que tenga sólida formación en administración de empresas, en su organización. Debe tener un sentido económico del conflicto que ocupa a las partes. Incluso, si el conciliador domina el régimen legal de las sociedades pero no los temas económicos o contables o de organización empresarial, el Centro de Conciliación debe contar con unos auxiliares expertos en estos temas para facilitar la labor del conciliador y para prestar un mejor servicio a los conciliantes. De lo contrario, su intervención será intrascendente y los conciliantes no mostrarán interés en sus propuestas ni se motivarán a buscar alternativas para solucionar el conflicto. En resumen, se puede decir que estamos frente a centros de conciliación y conciliadores especializados en temas jurídicos para facilitar la búsqueda de soluciones, apoyados en un equipo de profesionales que permite llegar a la construcción de una fórmula que satisfaga a todas las partes en conflicto.

## **2.2. Requisitos legales para ser conciliador**

Además de los atributos que debe tener un buen conciliador, la ley establece una serie de requisitos que debe tener quien quiera ser conciliador. Por lo tanto, el conciliador debe ser:

### *2.2.1. Abogado en ejercicio*

Los artículos 5º y 7º de la Ley 640 de 2001 establecen que los conciliadores en derecho deben ser abogados que se encuentren en ejercicio de su profesión. Es muy genérica la referencia que hace la ley, ya que no precisa en qué consiste el ejercicio de la profesión. Como se sabe, en nuestro medio el ejercicio de la profesión de abogado se puede realizar de forma muy variada. Incluso, no puede bajo este precepto exigir una experiencia previa al abogado que aspire a ser conciliador. Basta con que tenga el título de abogado y haya tramitado

la tarjeta profesional ante el Consejo Superior de la Judicatura. Con ello está habilitado para ejercer la profesión.

De esta regla general se exceptúan los estudiantes de las facultades de derecho adscritos al centro de conciliación y los notarios que no sean abogados. Respecto a este último aspecto, en Colombia todavía nos queda una vieja herencia que permite que personas que no sean abogados, pero con una basta experiencia notarial, puedan ser depositarios de la fe pública. Pero es claro, en todo caso, que el notario que no sea abogado tiene que haber recibido capacitación en Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos para poder ser conciliador. Igualmente, respecto a los funcionarios públicos habilitados legalmente para realizar conciliaciones (procuradores, personeros), tampoco se exige que sean abogados, pero sí haber cursado y aprobado la formación en M.A.S.C.

Respecto a los estudiantes adscritos ante el Centro de Conciliación de una Facultad de Derecho de una Universidad, su competencia en materia de conciliación es restringida. En primer lugar, sus servicios se deben prestar a las personas de escasos recursos económicos.

Con esta restricción se busca conservar el servicio social de las Facultades de Derecho y no dar pie para comercializar este servicio. En segundo lugar, los estudiantes solamente pueden conocer en conciliación de aquellos asuntos que la ley les asigna competencia, es decir, de acuerdo a lo prescrito por el Decreto 196 de 1970, se trata de asuntos de mínima cuantía. Como el Centro de Conciliación de una Facultad de Derecho también debe tener unos abogados que se desempeñen como conciliadores, en caso de enfrentarse a una conciliación por fuera de la competencia del estudiante, serán estos abogados quienes obrarán como conciliadores y los estudiantes como sus auxiliares.

### *2.2.2. Acreditar capacitación en masc*

Específicamente el artículo 7º de la Ley 640 de 2001 establece que quienes quieran ser conciliadores, además de ser abogados en ejercicio, deben acreditar que se han capacitado en Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos (MASC).

Según lo establecido por el decreto 3756 de 2007

### *2.2.3. Inscripción ante un centro de conciliación*

Una vez que el abogado en ejercicio ha recibido la capacitación en MASC y la ha aprobado, queda habilitado para inscribirse ante el o los Centros de Conciliación que desee. Nada impide que un conciliador se inscriba ante uno o varios centros de conciliación, siempre y cuando haya cumplido con los anteriores requisitos. El propósito de la inscripción es básicamente el de registrar ante el Centro de Conciliación las Actas de Conciliación que se debe elaborar por cada audiencia, bien sea que sea exitosa o haya fracasado parcialmente. Además, el conciliador queda sometido al reglamento del Centro de Conciliación, es decir, a su control y vigilancia.

El conciliador está obligado a renovar, cada dos (2) años, la inscripción ante el Centro de Conciliación.

El centro de conciliación puede exigir más requisitos a los legales para que una persona aspire a ser conciliador.

#### *2.2.4. Idoneidad y experiencia*

El conciliador, además de los anteriores requisitos, deberá acreditar idoneidad y experiencia en el área en la que vaya a desempeñarse. Como se indicó antes, el conciliador para desarrollar mejor su labor requiere tener una formación profesional en el área de desempeño. Si bien es cierto no existen normas que exijan tales requisitos de capacitación especializada y de experiencia, es recomendable tener estas herramientas, tan valiosas a la hora de entender el conflicto y ayudar a construir una solución a las partes.

En materia tan neurálgica como lo es la familia, el conciliador debe recibir una especial capacitación en esta área. El conocimiento del régimen legal de la familia no basta para ser un buen conciliador en este tipo de conflictos. Se requiere una formación en técnicas de conciliación y sobre todo formar parte de un equipo interdisciplinario que sepa manejar el conflicto.

En áreas como el derecho laboral y lo contencioso administrativo se requiere una especial capacitación. Incluso, los conciliadores particulares no pueden intervenir en este tipo de asuntos, los cuales están reservados para los conciliadores públicos.

En materia comercial, si bien es cierto que no existe norma que establezca un tipo especial de capacitación, los Centros de Conciliación especializados sí pueden, válidamente, imponer a los conciliadores adscritos una formación especializada.

### **2.3. Centros de conciliación**

Desde 1991, a través del artículo 66 de la Ley 23, se autorizó la creación de los Centros de Conciliación, en desarrollo del artículo 116 de la Constitución Política de nuestro país, que permite que los particulares puedan ser investidos transitoriamente de funciones judiciales. La Ley 640 de 2001, a través del artículo 10, modificó el precepto de la Ley 23 de 1991 respecto a los Centros de Conciliación. Por lo tanto, el régimen vigente establece dos (2) tipos de Centros de Conciliación:

#### *2.3.1. Centros de conciliación de las facultades de derecho*

El artículo 11 de la Ley 640 de 2001 exige la organización de Centros de Conciliación por los Consultorios Jurídicos de las Facultades de Derecho. En realidad se busca erigir estos centros de conciliación con una vocación eminentemente social. Además, de contera, los futuros abogados pueden practicar las enseñanzas que sobre conciliación han recibido durante su formación académica. Los estudiantes que prestan sus servicios en el Centro

de Conciliación del Consultorio Jurídico, como se recordará, tienen una competencia limitada.

### 2.3.2. *Otros centros de conciliación*

Pero también se permite que personas jurídicas, sin importar su origen, bien sea públicas o privadas sin ánimo de lucro, puedan crear centros de conciliación. Bajo esta perspectiva se han creado muchos centros de conciliación especializados. Los hay de carácter gremial, como el de los transportadores, el de los comerciantes, a través de las Cámaras de Comercio, de profesionales, como el de los Ingenieros, abogados, arquitectos, etc. Incluso institucionales como el de la Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada, etc. Estos Centros de Conciliación deben obtener previamente autorización del Ministerio del Interior y de Justicia, acreditando el cumplimiento de los requisitos señalados en la Resolución 1342 de 2004 del Ministerio del Interior y de Justicia.

El Ministerio del Interior y de Justicia considera que las tres clases de centros de conciliación son:

1. Entidades públicas.
2. Personas jurídicas sin ánimo de lucro.
3. Consultorios jurídicos de facultades de derecho de universidades.

## 2.4. Clases de conciliadores

Tal como quedó organizado el sistema de conciliación dispuesto por la Ley 640 de 2001, se puede concluir que existen dos tipos de conciliadores: Unos conciliadores particulares y otros conciliadores que, como funcionarios públicos, prestan el servicio de conciliación por mandato legal.

Respecto a estos últimos, por mandato legal algunas entidades estatales pueden prestar el servicio de conciliación, para lo cual pueden crear un centro de conciliación, como las Superintendencias (de Sociedades, de Industria y Comercio, de Servicios Públicos Domiciliarios, de Salud, de Subsidio Familiar, de Transporte y la Financiera). En los casos en que la Superintendencia del ramo dispone de unos funcionarios para que actúen como conciliadores no están ejerciendo su función legal, es decir, no son policía administrativa, sino que tan solo tratan de buscar que las partes en conflicto lleguen a un arreglo. Incluso, bien es sabido que por regla general las Superintendencias no pueden, en desarrollo de la función jurisdiccional asignada por la Ley 222 de 1995 y la Ley 446 de 1998, imponer condenas económicas. Pero en desarrollo de una conciliación bien pueden aprobar una conciliación en la que una de las partes se obliga a pagar una indemnización.

También encontramos entidades públicas que prestan el servicio de conciliación como la Procuraduría, a través de su Delegado en lo Civil, y los Procuradores Delegados ante el Consejo de Estado, ante los Tribunales Administrativos y los Juzgados Administrativos; los Comisarios de Familia y los Defensores de Familia, los Inspectores del Trabajo, los Delegados Regionales y Seccionales de

la Defensoría del Pueblo, los Personeros. Estas conciliaciones son gratuitas y pensamos que también deben tener un sentido social similar al de los centros de conciliación de las Facultades de Derecho.

En cuanto a las conciliaciones ventiladas ante los Procuradores Delegados ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, ha querido el legislador que en aquellos asuntos en los que el Estado es parte y sea posible la conciliación (acciones contractuales y de reparación directa), la audiencia se haga ante estos funcionarios quienes deben velar por la protección del patrimonio público. Por ello, la conciliación administrativa solamente se puede llevar a cabo ante estos funcionarios. Si bien es cierto se llama genéricamente conciliación administrativa, no podemos perder de vista que el asunto objeto de la controversia puede ser mercantil. El Estado puede válidamente celebrar contratos comerciales o en otras palabras regidos por normas comerciales. En este caso el Estado se comporta como un comerciante más. Lo que sucede es que el Estado goza de algunos privilegios, como el de una Jurisdicción especial para su juzgamiento.

Otros funcionarios ante los cuales se puede llevar a cabo conciliaciones son los Notarios. Resulta altamente complejo tratar de definir la naturaleza jurídica del cargo de Notario. No se puede afirmar tajantemente que son funcionarios públicos, pero tampoco se puede afirmar lo contrario. En todo caso, lo que importa para nuestro estudio es que ante ellos se pueden llevar a cabo audiencias de conciliación. No todo tipo de conciliaciones, ya que ante ellos no se puede ventilar asuntos contenciosos administrativos, ni laborales. Los Notarios efectivamente están autorizados a cobrar por sus servicios de acuerdo a unas tablas expedidas por el Gobierno.

En materia mercantil, la potestad de conciliación ante los Notarios del país es muy amplia ya que casi todos los asuntos mercantiles son susceptibles de ser transigidos, desistidos y conciliados. Las actas de conciliación que se expiden en las Notarías se archivan allí mismo.

Los conciliadores particulares están inscritos como tales en Centros de Conciliación. El Centro de Conciliación ante el cual está inscrito el conciliador se encarga de inspeccionarlo y vigilarlo en su labor. Por lo tanto, el conciliador particular estará sometido al reglamento del Centro de Conciliación para llevar a cabo la conciliación.

Existe un tercer tipo de conciliadores, que son los llamados conciliadores judiciales. Se trata de los Magistrados, Jueces y Fiscales que llevan a cabo audiencias de conciliación en desarrollo de un proceso. Esta conciliación se realiza con ocasión de la audiencia de conciliación prevista en el artículo 101 del Código de Procedimiento Civil. Las facultades de un conciliador en este escenario son mucho más amplias que las de los demás conciliadores, ya que pueden multar a los conciliantes, pueden interrogarlos bajo juramento e incluso practicar pruebas dentro de esta audiencia. También se considera que es judicial la conciliación que se lleva a cabo ante funcionarios administrativos en

desarrollo de un proceso judicial que, por mandato legal, le puede corresponder a este tipo de funcionarios. Dentro de estas conciliaciones encontramos las practicadas en procesos de impugnación de actas de asambleas de socios y de juntas directivas, en los términos de los artículos 191 del Código de Comercio y 421 del Código de Procedimiento Civil, las cuales también se pueden llevar a cabo ante la Superintendencia de Sociedades. En igual sentido, las acciones de competencia desleal, en los términos de la Ley 256 de 1996, que se pueden llevar a cabo ante la Superintendencia de Industria y Comercio.

### **2.5. Selección del conciliador**

Respecto a la selección del conciliador, el artículo 16 de la Ley 640 de 2001 establece los criterios para hacerlo. Previamente se debe resaltar que el conciliador no actúa de oficio sino por solicitud de parte, por lo tanto, alguna de las partes del conflicto o ambas acuden al Centro de Conciliación a solicitar sus servicios.

El primer criterio es el de permitir que el conciliador sea seleccionado por ambas partes en conflicto, por mutuo acuerdo. El segundo criterio determina que el conciliador sea el escogido por una de las partes. El tercer criterio se basa en la posibilidad de escoger un Centro de Conciliación para que a su vez éste señale, de la lista de conciliadores adscritos al Centro, a un conciliador para que atienda el requerimiento de las partes. A diferencia del anterior criterio, aquí se escoge es el Centro de Conciliación para que sea éste el que seleccione al conciliador. Y por último, que alguna de las partes escoja un servidor público para que atienda la conciliación. Es claro que se debe tratar de un servidor público facultado para hacer conciliaciones y sobre todo para llevar a cabo audiencias de conciliación sobre materias relacionadas con el servicio público que presta. Así, por ejemplo, es viable pedirle a la Oficina de Conciliación y Arbitramento de la Superintendencia de Sociedades que practique una conciliación relacionada con los temas propios de su actividad, como por ejemplo un conflicto entre socios de una sociedad, o entre éstos y la sociedad con ocasión del contrato de sociedad. O un acuerdo de reestructuración, de liquidación o concordatario. Pero no se le puede pedir a esta oficina que practique una conciliación sobre un asunto de familia, ya que es ajeno a su función.

Pero el artículo 16 de la Ley 640 de 2001 no se ocupó de indicar el criterio para escoger el conciliador de acuerdo al factor territorial. Por lo tanto, se podría pensar que cualquiera de los conciliadores del país puede conocer de una solicitud de conciliación sin importar que las partes en conflicto no guarden relación con el domicilio del conciliador. En palabras más sencillas, tendríamos que un conciliador ubicado en la ciudad de Maicao puede conocer de una solicitud de conciliación formulada por una persona domiciliada en la ciudad de Cali y que su contraparte esté domiciliada en la ciudad de Medellín. En general, podemos decir que los conciliadores tienen competencia en todo el territorio nacional.

Por otro lado, es necesario precisar que respecto a los conciliadores no existe factor de competencia con relación a la cuantía del asunto, ya que todos están en la misma jerarquía. La única excepción, como se indicó anteriormente, la constituye la conciliación ante un estudiante de un Centro de Conciliación de un Consultorio Jurídico.

## **2.6. Régimen de responsabilidad del conciliador**

El conciliador, como ya se señaló precedentemente, es un profesional, especialmente capacitado para tal labor. Por lo tanto, está sometido a un régimen de responsabilidad profesional, bien sea por acción o por omisión.

### *2.6.1. Responsabilidad profesional*

El conciliador, en atención a su capacitación, experiencia e idoneidad, debe comportarse con toda la prudencia y diligencia del caso. Por lo cual, los errores que pueda cometer durante la audiencia de conciliación, salvo que sean invencibles, impredecibles y extremos, son inexcusables y debe responder por los perjuicios causados. Adicionalmente, su responsabilidad será de medio y no de resultado. En realidad, el conciliador no adquiere la obligación de llevar a las partes a un acuerdo. Solamente se obliga a realizar su mejor esfuerzo para lograr que ellas concilien. Hasta allí llega su responsabilidad: hasta hacer todo lo posible para que las partes lleguen a un acuerdo, pero nunca hasta obligarse a que las partes efectivamente lo obtengan. Si el conciliador se obligara a lograr que las partes concilien, se estaría desnaturalizando la conciliación misma.

### *2.6.2. Responsabilidad penal*

Si bien es cierto que el conciliador no decide controversias, ya que no dicta providencias judiciales, ello no significa que esté exento de cometer delitos con ocasión de la conciliación. Así, por ejemplo, si en el acta de conciliación dolosamente se incluyen acuerdos que no corresponden a la realidad o, por el contrario, se deja de incluir en el acta el acuerdo a que llegaron las partes, el conciliador podría estar incurriendo en un delito de falsedad. Igualmente, si el conciliador aprueba un acuerdo conciliatorio abiertamente ilegal, a sabiendas que no podía hacerlo, incluso que no podía llevar a cabo la conciliación, también puede haber incurrido en el delito de prevaricato por acción o por omisión. Incluso, si recibe o exige algún tipo de dádiva por favorecer los intereses de una de las partes, también puede haber incurrido en cohecho. En general, no debemos olvidar que los particulares también pueden incurrir en conductas penales típicas de los funcionarios públicos, ya que realiza, en forma transitoria, una función pública.

### *2.6.3. Responsabilidad disciplinaria*

Así como en materia penal al conciliador se le aplica el régimen propio de las conductas penales del funcionario público, en materia disciplinaria se le aplica el Código Único Disciplinario (Ley 734 de 2002), a pesar de no ser

funcionario público y de tratarse simplemente de una función transitoria. ¿A quién le corresponde disciplinar al conciliador cuando cometa alguna de las conductas o faltas prescritas en Código Único Disciplinario? ¿A la Procuraduría que conserva la facultad general disciplinante o a los Consejos Seccionales de la Judicatura, ya que se trata de un funcionario judicial transitorio? Estamos convencidos que el conciliador no cumple funciones jurisdiccionales. El conciliador no toma decisiones. Somos concientes de que el artículo 116 de la Constitución Política de nuestro país afirma que los conciliadores cumplen funciones jurisdiccionales transitorias y que la Corte Constitucional en la Sentencia C-893 de 2001 así lo ratifica. Pero insistimos que el conciliador no toma ningún tipo de decisión respecto al conflicto y si bien es cierto que cuando se concilia, lo acordado hace tránsito a cosa juzgada, y que el conciliador aprueba la conciliación, no por ello se puede decir que el conciliador tomó una decisión. Fueron las partes las que llegaron a ese acuerdo. Pero al margen de la anterior consideración, evidentemente las Salas Jurisdiccional Disciplinarias de los Consejos Seccionales de la Judicatura, que investigan en primera instancia a los Jueces y Fiscales, tienen competencia para investigar disciplinariamente a los conciliadores en desarrollo de tal función. Igualmente puede hacerlo la Procuraduría General de la Nación.

### **2.7. Régimen de inhabilidades del conciliador**

El conciliador en desarrollo de su actividad debe actuar con total neutralidad. El conciliador no puede participar en las hostilidades de las partes. Para ello debe obrar con total transparencia y sobre todo desatado de cualquier tipo de prejuicio que le impida desarrollar su actividad en forma objetiva, ecuánime y neutral. Cuando los conciliadores detecten que no están obrando de esta forma, cuando encuentren que tienen algún tipo de interés en el conflicto que le es expuesto, cuando encuentre que tiene alguna relación con una de las partes, bien sea de familiaridad, amistad o incluso de aversión, se debe declarar impedido y comunicar al Director del Centro de Conciliación al que está adscrito tal situación para que lo releve de esa conciliación y designe a otro. O, por el contrario, si el Director del Centro encuentra infundada la posible inhabilidad, ordene que siga conociendo de la conciliación. Si se trata de un conciliador público, será el superior jerárquico el que determine si hay o no inhabilidad y, de haberla, lo releve del conocimiento de la conciliación.

Pero puede suceder que el conciliador ignore la inhabilidad y que sea una de las partes la que la conozca. En este caso, deberá inmediatamente recusarlo y será el Director del Centro de Conciliación el que dirima la controversia o el Superior Jerárquico del conciliador público. A los conciliadores se les aplica el régimen de impedimentos y recusaciones previsto en el Código de Procedimiento Civil. El artículo 17 de la Ley 640 de 2001 establece una inhabilidad especial para ser conciliador en un asunto: no podrá actuar como árbitro, asesor o apoderado de una de las partes durante un (1) año quien haya sido conciliador en cualquier

proceso arbitral o judicial. La prohibición se convierte en permanente para el proceso en que se haya sido conciliador.

Se trata de una inhabilidad particular que busca mantener a las partes de un conflicto separadas del conciliador, respecto al asunto que fue sometido a su consideración.



## UNIDAD 3

# AUDIENCIA DE CONCILIACIÓN Y TÉCNICAS DE CONCILIACIÓN

### Objetivo General:

Esta Unidad busca suministrar las herramientas necesarias para afrontar una conciliación comercial, atendiendo especialmente la dinámica que caracteriza este tipo de conflictos, que podrán emplearse al momento de abordar el conflicto, ya que la gestión del mismo no se puede contraer a la aplicación estricta de la ley que regula la materia, sino que debe complementarse con la proposición de fórmulas de arreglo, procurar integrar a las partes y evitar una esfera de tensionalidad y conflictividad más fuerte, para con ello llevar a feliz término la audiencia.

### Objetivos Específicos:

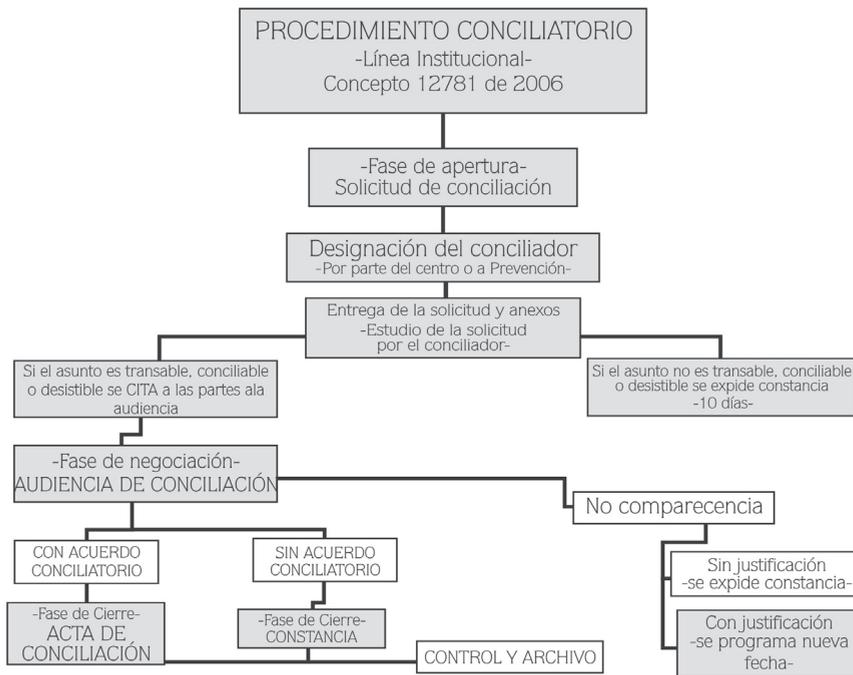
- 1°. Orientar al lector frente a la viabilidad de utilizar herramientas teóricas que, desde otras disciplinas, hacen más fluido el tratamiento del conflicto.
- 2°. Mostrar la necesidad de abordar el conflicto de manera menos formal y lineal, para integrar a las partes y disminuir la tensionalidad entre ellas.

## 3. PROCEDIMIENTO CONCILIATORIO

El proceso conciliatorio es conducido por el conciliador, es la persona experta en el manejo de las técnicas de negociación, comunicación y las referidas al proceso conciliatorio en sí. El método, las técnicas y las etapas que utiliza el conciliador en la conducción de una audiencia de conciliación, generalmente, están inspirados en los llamados *modelos conciliatorios que son diseños de conducción* elaborados por profesionales de gran experiencia y elevada solvencia profesional. Obviamente, la experiencia de cada conciliador y la naturaleza del tema que concilie determinarán la manera de utilizar el modelo que sea de su preferencia.

Algunos consideran que la conciliación es una negociación asistida, ya que en el proceso de conciliación es necesario emplear técnicas de la negociación teniendo como facilitador a un tercero neutral. Para ser un buen conciliador será requisito, *sine qua non*, comprender la dinámica propia y las características de la negociación.

### 3.1. MODELOS CONCILIATORIOS



### 3.1. Modelos conciliatorios

NOTA: Para la elaboración de estos modelos conciliatorios nos hemos basado en el artículo del profesor Peruano SALVADOR ANTONIO ROMERO GÁLVEZ, quien trabaja en el Ministerio de Justicia del Perú, titulado “*CONCILIACIÓN: PROCEDIMIENTO Y TÉCNICAS DE CONCILIACIÓN*”, que corresponde al Capítulo V de la obra “*NEGOCIACIÓN DIRECTA Y ASISTIDA. TRATADO DE GESTIÓN DE CONFLICTOS*”. Lima, ASORDES, 2003.

El proceso conciliatorio se caracteriza por ser un proceso informal en donde las partes, asistidas por el conciliador, se comunican en forma activa a fin de lograr un acuerdo (si este es posible) y mejorar sus relaciones.

El proceso conciliatorio se diferencia del proceso judicial porque este último se caracteriza por la rigidez de sus normas y procedimientos. Por eso se dice que el proceso judicial es sumamente estructurado, reglado, lo cual no sucede con el proceso conciliatorio, que es poco formal y abierto.

No obstante su informalidad, el proceso conciliatorio tiene una secuencia lógica de actos de comunicación entre el conciliador y las partes, que el conciliador conduce en forma más o menos activa a través de una serie de etapas que deben cumplirse; cada una de las cuales debe lograr un resultado para que la conciliación logre su cometido, esto es, el acuerdo y el mantenimiento o mejora de las relaciones entre las partes.

La forma de llevar el proceso conciliatorio, tanto en su método, sus etapas, como en sus técnicas, difiere entre los autores. La forma en que cada autor plantea cómo debe llevarse a cabo el proceso conciliatorio, a fin de resolver un

conflicto, se conoce con el nombre de modelos conciliatorios.

Entre los modelos conciliatorios que existen podemos citar, como los más importantes, los siguientes:

- El Modelo Tradicional-Lineal de Harvard.
- El Modelo Transformativo de Bush y Folger.
- El Modelo Circular-Narrativo de Sara Cobb.

Estos tres modelos forman un cuerpo: en uno de los extremos está el Modelo Tradicional proveniente del campo empresarial, centrado en el acuerdo y que se encuentra más cerca de la negociación. En el otro extremo está el Modelo Transformativo, centrado en las relaciones, que no se preocupa por el acuerdo y que parece más cercano al campo de la terapia psicológica. Entre ambos se encuentra el Modelo Circular-Narrativo de Sara Cobb, orientado tanto a las modificaciones de las relaciones, como al acuerdo.

Como esta Guía versa sobre la conciliación en materia comercial, solamente nos referiremos al modelo tradicional-lineal de Harvard, ya que es muy utilizado en el campo empresarial por estar muy cerca de la negociación.

### **3.2. El modelo tradicional – lineal de harvard**

Sus creadores fueron Roger Fisher y William Ury, como responsables del Proyecto de Negociación de la Universidad de Harvard. El método está expuesto en su obra *“¡Sí... de acuerdo! Cómo negociar sin ceder”*

El objetivo se centra en lograr un acuerdo que satisfaga los intereses de las partes y, de ser posible, en mantener o mejorar las relaciones entre las partes. Considera que las posiciones son el medio para expresar o tratar de satisfacer intereses o necesidades subyacentes.

Las partes deben en primer lugar identificar sus mutuos intereses, para luego trabajar en forma conjunta y colaborativa en la búsqueda de opciones de posibles soluciones que satisfagan, en cierta medida, sus intereses y posibiliten un acuerdo satisfactorio para las partes. El conciliador debe disminuir las diferencias entre las partes, por cuanto, los conflictos surgen porque las personas tienen diferencias; por lo tanto, si se anulan o disminuyen las diferencias se terminará o se aliviará el conflicto. El conciliador debe trabajar para aumentar las semejanzas, los valores, los intereses.

El Modelo de Harvard define básicamente la mediación (léase conciliación) como una negociación colaborativa asistida por un tercero y su enfoque teórico se identifica con la orientación a la resolución de problemas... Se entiende el conflicto como obstáculo para la satisfacción de intereses o necesidades. Allí hacen residir el problema. Éste aparece cuando las partes deben satisfacer simultáneamente intereses y necesidades que son incompatibles. ...El proceso de mediación (léase conciliación) basado en el método Harvard, está orientado a obtener satisfacción de los intereses; los mediadores (léase los conciliadores) controlan la interacción.

El conciliador es un facilitador de la comunicación. Su método se centra en lo verbal. Considera que cuando las partes llegan a la conciliación su situación es

caótica y la función del conciliador es establecer el orden. Su método recomienda tener en cuenta los siguientes aspectos, para resolver un conflicto:

1. **Las Personas:** Separar a las personas del problema. No buscar culpables, sino soluciones. Se debe ser suave y respetuoso con las personas y duro con el problema.
2. **Los Intereses:** Concentrarse en los intereses y no en las posiciones.
3. **Opciones:** Generar varios proyectos de posibles propuestas de intercambios de bienes y servicios que posibiliten lograr acuerdos.
4. **Criterios:** Insistir en que el acuerdo se base en algún criterio objetivo que lo haga justo y razonable.
5. **Alternativas:** En caso de no llegar a un acuerdo negociado, ¿qué pueden hacer cada una de las partes para satisfacer sus intereses y necesidades? Se le conoce como el MAAN: Mejor alternativa a un acuerdo negociado.
6. **Acuerdo:** Solución integradora. Es decir, lograr un acuerdo que satisfaga, en lo posible, los intereses y necesidades de las partes. Este Modelo es el que tiene mayor influencia entre los conciliadores, sin que esto signifique que sea exclusivo.

Claro que también se puede utilizar el Modelo Tradicional de Harvard mediante cinco etapas:

1. **Primera Etapa:** Previa. Orientación a las partes y preparación del lugar de reunión.
2. **Segunda Etapa:** Reunión conjunta inicial. Exposición inicial, exposición de las partes y preparación de la agenda.
3. **Tercera Etapa:** Reuniones privadas. Determinación de intereses y generación de opciones y propuestas de acuerdo.
4. **Cuarta Etapa:** Reuniones conjuntas. Planteamiento y evaluación de opciones.
5. **Quinta Etapa:** Acuerdo y cierre de la audiencia.

Expuesto el método tradicional de Harvard, a continuación trataremos de analizar la audiencia de conciliación y la aplicación de las técnicas para lograr que las partes lleguen a un acuerdo.

### 3.3. El conflicto

Es necesario, al momento de abordar la audiencia y las técnicas de conciliación, tener una noción general sobre el conflicto y las diferencias entre éste y el litigio.

#### 3.3.1. *El conflicto en general*

El vocablo "*conflicto*" sugiere choque, oposición o enfrentamiento entre dos o más sujetos. En la práctica social, el conflicto es una de las tantas formas de interacción de los seres humanos, cada vez más frecuente e inevitable.

El conflicto puede terminar siendo positivo o negativo según la manera como se trate y los efectos que tenga. Es positivo cuando el conflicto constituye una oportunidad productiva, cuando de su manejo racional surgen soluciones razonables para las diferencias que le dan origen, a través de procesos de

integración que en lo individual fortalecen las relaciones y aumentan la capacidad de las partes para solucionar sus problemas en forma directa, y en lo social fomentan los valores democráticos del respeto a la diferencia, la tolerancia y la coexistencia pacífica. Es negativo cuando resulta altamente destructivo, cuando escala de manera incontrolada hasta desencadenar situaciones indeseables de incomunicación, enfrentamiento o violencia, bien sea ésta física, psicológica, moral, jurídica, económica o militar, entre los individuos, familias, grupos de interés, organizaciones, países o bloques de naciones.

Estos efectos, generalmente destructivos, son resultado de un entendimiento adversarial del conflicto, donde cada una de las partes se ve como oponente, por lo cual así se fija la idea de que la solución del mismo debe darse de acuerdo a una posición predominantemente de uno frente al otro, en términos de *vencedor y vencido*.

El conflicto debe ser aprovechado para construir un espacio en el que los contendientes desarrollen tolerancia y raciocinio que les permita llegar a una solución pacífica, desterrando de nuestra cultura la reducción de una de las partes a manos de la otra. Se deben reconocer las diferencias, siempre existirán, pero ello no puede ser argumento para acudir a las vías de hecho. El ser humano se debe concebir así mismo como un ser racional, capaz de superar las diferencias e incluso aceptar las diferencias.

### 3.3.2. Diferencias entre el litigio y la conciliación

CONCILIACIÓN	LITIGIO
Las partes se colocan en condiciones de igualdad.	En el litigio se impone una de las partes. Un vencedor sobre un vencido.
Las partes controlan el resultado del proceso.	Es un tercero quien controla el proceso.
El conciliador facilita la negociación	Un tercero toma la decisión, la cual es impuesta a las partes.
El resultado es determinado por la necesidad y el interés de las partes.	La decisión está basada en hechos, los cuales son sustentados jurídicamente.
El proceso es privado y confidencial.	Los juicios son públicos.
El proceso no compromete, es informal, pero llegado a un acuerdo, es vinculante.	Las decisiones comprometen, el proceso es formal.
Las partes se comunican directamente, la utilización de abogado es potestativa.	La comunicación se realiza a través de abogados.

### 3.3.3. El conflicto jurídico en materia mercantil

En materia mercantil el conflicto presenta una serie de particularidades, ya que la actividad que profesional y habitualmente desarrollan los comerciantes

se caracteriza por la agilidad. Precisamente de la forma rápida y oportuna como el comerciante preste su servicio o actividad depende su beneficio y el éxito de su actividad. Pero cuando se presenta un conflicto, se pierde la agilidad y eficacia en la actividad o prestación del servicio. El comerciante se distrae y distrae recursos económicos que afectan sensiblemente la prestación del servicio, con lo cual también se afecta la sociedad. Es en ese escenario en que el comerciante debe obrar con la mayor racionalidad y rapidez para resolver sus diferencias, para terminar el conflicto.

#### *3.3.4. Resolución del conflicto*

La Resolución del conflicto, mediante el proceso conciliatorio, debe ser personal, es decir, cada una de las partes debe quedar convencida de que el acuerdo al que se llega a través de este proceso es justo, siendo el más viable y eficaz posible.

La labor del conciliador debe verse como una ayuda, mas no como una intrusión, ya que podría alterar el equilibrio de las partes. Debe rescatarse que, siempre dentro del proceso, son las partes quienes gozan de la capacidad para diseñar una salida efectiva al conflicto de acuerdo con sus necesidades y facilidades, ante ello es necesario que se evite el rechazo de las partes hacia el conciliador, a menos que éste se encuentre inmerso en alguna de las causales de impedimento y recusación, de las cuales se habló en la segunda Unidad.

#### *3.3.5. Audiencia de conciliación*

En esta fase el conciliador ya ha surtido las citaciones a las partes del conflicto, para que se presenten personalmente en una fecha y hora fijada y común a ellas. Para brindarle mayor seguridad y tranquilidad a las partes, es recomendable indicarles que, si lo desean, pueden comparecer en compañía de abogado. Igualmente, es recomendable indicar en la citación que se trata de una audiencia en la que se buscará conciliar las diferencias de las partes en forma voluntaria, ya que ellas pueden entender que la citación a la audiencia de conciliación implica que “*obligatoriamente*” se tiene que llegar a un acuerdo, lo cual no corresponde a la realidad, ya que la única obligación de las partes es asistir a la audiencia, pero no es imperativo la conciliación o acuerdo.

Es recomendable que el conciliador previamente conozca el conflicto que ata a las partes, para poder formular propuestas de arreglo. Pero no existe ninguna norma que obligue al solicitante a narrar los hechos objeto del conflicto. Es más, ni siquiera se exige que la solicitud de audiencia de conciliación se haga por escrito. Entonces, como basta con pedir que se cite a la otra parte del conflicto, lo cual se puede hacer verbalmente, diligenciando un formulario o haciendo la solicitud por escrito sin necesidad de detallar el conflicto, el conciliador no tiene idea del objeto del conflicto, de su magnitud, para asimismo preparar unas fórmulas de arreglo o determinar la forma como se debe afrontar la controversia.

### *3.3.5.1. Presentación*

Por tal razón, lo que debe hacer el conciliador es invitar a las partes a ingresar a la sala de audiencia, les da la bienvenida al centro de conciliación, se presenta ante las partes, solicita que se identifiquen, cuidando de que no comiencen a hablar acerca del problema, se limiten sólo a decir sus nombres y si son la parte solicitante o la parte solicitada. El conciliador debe informar con total claridad a las partes que lo discutido, lo debatido, lo expresado durante la audiencia, en caso de no llegarse a un acuerdo, queda cobijado por la confidencialidad, esto es, que la información aportada por las partes no puede ser revelada por el conciliador ni utilizada en caso de proceso.

A veces, después de la presentación, resulta conveniente efectuar algunos comentarios que no tienen nada que ver sobre el motivo de la conciliación, como por ejemplo, si tuvieron alguna dificultad para llegar al centro de conciliación o cualquier otro asunto de interés común (que no se trate de política, religión, ni fútbol), con el objeto de lograr que los conciliantes se relajen y se vaya creando un clima favorable para la colaboración.

Concluida la presentación y posibles comentarios, se procede a explicar qué es la conciliación, sus diferencias con el proceso judicial y principales características, resaltando la naturaleza y efectos del acta de conciliación. Igualmente en qué consiste el proceso conciliatorio, es decir, cómo se llevará la audiencia de conciliación. Las normas de conducta que los conciliantes deben comprometerse a respetar.

Esta parte introductoria le permite al conciliador cumplir con la primera tarea del conciliador: generar el clima de colaboración y de confianza en el proceso, así como también con el conciliador.

### *3.3.5.2. Presentación de los hechos*

Verificada la introducción, en la misma reunión conjunta, el conciliador invita a cada una de las partes a que exponga su versión de los hechos, consultando cuál de los dos quisiera empezar. Si las partes no se manifiestan, se sugiere que sea la parte solicitante.

Concluida la versión de la parte que tomó la palabra, se pueden plantear preguntas aclaratorias que permitan al conciliador tener una idea, lo más completa posible, de la narrativa efectuada por la parte que expuso. Luego, se efectúa un resumen o parafraseo de lo que el conciliador ha entendido para que el conciliante pueda dar su consentimiento, aclarar o ampliar algunos hechos. En esta etapa es importante que el conciliador esté muy atento a la exposición que hace de los hechos la parte que hace uso de la palabra. Esto le permitirá entender el conflicto, dimensionarlo, formular preguntas acertadas, es decir, atinentes y no reiterativas, con lo cual está mostrando respeto hacia los conciliantes y transmite una sensación de seriedad a la audiencia, con lo cual las partes asumen un rol apto para la conciliación. El conciliador debe evitar a toda costa distracciones, como por ejemplo contestar el teléfono, hablar con otra persona, etc.

Una vez concluya la narrativa de la primera persona, se debe proceder en idéntica forma con la segunda.

#### *3.3.5.3. Identificación del conflicto*

Después de que el conciliador tiene las dos versiones, procede a elaborar la agenda, es decir, los puntos y el orden en que pueden ser tratados, sometiéndolos a la aprobación de las partes. Por ejemplo, en una conciliación en derecho mercantil que verse sobre una controversia respecto a las actividades desarrolladas por una sociedad, podría definirse la agenda de la siguiente manera:

- a. Pago efectivo de los aportes por los socios.
- b. Derechos de los socios.
- c. Pago de dividendos atrasados.
- d. Forma de administrar la sociedad.

#### *3.3.5.4. Reuniones*

Concluida esta etapa, se pasa a reuniones privadas con cada una de las partes. Sin embargo, de acuerdo a la naturaleza del problema y sobre todo al grado de colaboración que demuestren los conciliantes, se puede continuar con la reunión conjunta para desarrollar el trabajo de búsqueda de intereses y generación de opciones. Se debe ser extremadamente cuidadoso con las reuniones privadas, ya que podría enviarse un mensaje equivocado a alguna o a las dos partes en conflicto, quienes podrían considerar que el conciliador no solamente no es neutro ni objetivo, sino que se ha parcializado con alguna de las partes, especialmente la parte solicitada en conciliación que ve en la iniciativa del solicitante y el pago de los derechos por la conciliación como un favorecimiento en los intereses de su contraparte.

#### *3.3.5.5. Reunión privada*

Esta fase permite generar un clima de mayor confianza. Es de gran importancia, porque en ella el conciliador tiene la oportunidad de hablar con cada una de las partes por separado, lo que posibilita obtener información que probablemente no sería posible en una reunión conjunta con la presencia de ambas partes, sus abogados o asesores.

El clima de confianza, colaboración y de confidencialidad que debe continuarse generando es de vital importancia, ya que permitirá que la parte, con la cual se converse, exprese sus principales preocupaciones, temores, esperanzas, deseos, etc., con la seguridad de que no serán puestos en conocimiento de la otra y no serán utilizados en contra suya.

Estas reuniones tienen los siguientes objetivos:

- a. Detectar intereses, necesidades y preocupaciones latentes.
- b. Redefinir el problema: conocer la percepción de los hechos más importantes del conflicto. Cómo percibe cada parte los intereses,

- necesidades y conductas de la parte contraria.
- c. Conocer qué hicieron las partes para resolver el conflicto y las razones por las cuales no se logró solucionar la controversia.
  - d. Generar propuestas de opciones de solución integradoras.
  - e. Conocer las alternativas que tienen las partes, en caso de no llegar a un acuerdo mediante la conciliación. Es decir, su MAAN: Mejor Alternativa a un Acuerdo Negociado.

### 3.3.5.6. Procedimiento a seguir en las reuniones privadas

Cada reunión tiene sus propias características. Sin pretender que el procedimiento que se sugiere tenga que seguirse en forma estricta, creemos que puede servir como guía que oriente la práctica del conciliador.

Identificación de intereses. Al iniciar la reunión debe reiterarse que todo lo que se converse será estrictamente confidencial y que nada de lo que se trate será puesto en conocimiento de la otra parte, salvo autorización expresa del conciliante. Debe explicarse que el objetivo de la reunión es comprender mejor la naturaleza del problema, los intereses y preocupaciones y lo que él (o ella) necesitarían para lograr un acuerdo.

Luego, se dice: *“diga lo que mejor le parezca, empezando por donde desee, contándonos algunos hechos que quizá no mencionó en la reunión conjunta y que considere necesario ampliar o destacar”*. ¿Qué es lo que más necesita y lo que más le importa?

Cuando se empiece el relato, escuche en forma activa, tome apuntes y haga preguntas indagatorias que le permitan tener mejor conocimiento sobre lo siguiente:

Intereses y necesidades (deseos, temores, inquietudes, aspiraciones, dudas, etc. del conciliante). Para ello, se puede preguntar: ¿Por qué?, ¿Para qué?, ¿Qué problemas quiere resolver?, ¿Qué le preocupa?, ¿Qué teme que suceda?, etc.

Hay que preguntar sobre otros factores que afectaron, afectan o podrían afectar la naturaleza del conflicto:

- Historia del conflicto: cómo se originó, su desarrollo y situación actual.
- Intentos de solución.
- La manera como el conflicto le afecta: qué pérdidas o costos le ocasiona.
- Datos sobre hechos, conductas, documentación generada, etc.
- Características personales de las partes.

Redefinición del problema -Verifique las percepciones. En esta etapa se trabaja con cada parte por separado, para determinar cómo cada una de ellas ve las posiciones e intereses de la otra. Se pueden plantear las siguientes preguntas: ¿Qué piensa que necesita o quiere realmente el señor B? ¿Cuáles son, según usted lo entiende, los intereses del señor B? ¿Por qué cree que el señor B actúa de esta forma? ¿Qué problema cree usted que el señor B quiere resolver? ¿Qué

piensa que hace falta para que el señor B llegue a un acuerdo? Las respuestas que obtenga permitirán conocer, en forma anticipada, lo que la otra parte le podrá decir, lo cual facilitará tener mejor manejo de la entrevista y, lo que es más importante, si la persona ha omitido algún interés primordial de la otra parte, permitirá ver las razones por las cuales no ha logrado un acuerdo, dándole posibilidades de replantear o redefinir la situación y así vislumbrar la solución integradora de los intereses de ambas partes.

Búsqueda de opciones

- Evite dar su opinión.
- Pregunte al conciliante qué propondría (opciones) para lograr un posible acuerdo.
- Ayude a la parte con quien conversa a identificar los puntos fuertes y los puntos débiles respecto a los intereses y necesidades contrapuestos que limitan una solución. Utilice preguntas reflexivas, estratégicas y circulares. Vaya desestabilizando las posiciones fijas, para ir logrando mayor flexibilidad.
- Es importante tener en cuenta, además de los intereses contrapuestos, los intereses comunes que deben ser tomados en la solución. Por ejemplo, la discusión, en la Junta de Socios, de los negocios que realiza la sociedad, en una conciliación para permitir que todos los socios puedan deliberar sobre esos negocios que lleva a cabo la sociedad. Los intereses comunes, muchas veces, permiten que las partes abandonen posiciones rígidas y se predispongan a aceptar opciones que permitan lograr una solución integradora. Por ejemplo, la falta de discusión y consulta a los socios ha causado malos negocios para la sociedad y han generado pérdidas, y de paso se ha dejado de aprovechar la experiencia y contactos de algunos socios en ese tipo de negocios. Las preguntas estratégicas pueden ser de gran valor al igual que las circulares: ¿A pesar de ser socio mayoritario, qué propondría para aprovechar la experiencia de algunos socios en los negocios que concluye la sociedad? ¿El motivo por el cual usted no acepta la asesoría de algunos socios que cuentan con experiencia en ese tipo de negocios y por lo cual se asociaron? ¿Qué razón tiene para no pagar las utilidades a los demás socios? ¿Por qué razón no permite que los demás socios inspeccionen los libros y demás soportes contables de la empresa? ¿Si le es difícil aceptar la injerencia de los demás socios, por qué razón no les compra sus derechos?

Evalúe las opciones o propuestas de las partes. Solicite a las partes las razones por las cuales ellas consideran que sus propuestas son justas y razonables. Busque criterios objetivos: normas legales, normas administrativas, contratos que tengan que ver con el problema, precedentes, costumbres, necesidades urgentes, posibilidades económicas de las partes, etc.

Ninguna propuesta, que no sea justa y razonable, podrá conducir a un acuerdo,

a no ser que se utilice la coerción y la presión que, obviamente, el conciliador no debe permitir que suceda. Por ejemplo: puede ser muy justo que A cumpla con pagar a B una deuda vencida de un millón de pesos (\$1'000.000.00), pero, podría resultar poco razonable que B plantee que se le cancele en forma total en un plazo de 24 horas, cuando A está sin trabajo y no dispone de dicha cantidad. Quizá sería más efectivo plantear un cronograma de pagos.

Hay que recordar que las opciones son sólo propuestas que cada parte llevará a la reunión conjunta para su discusión, evaluación y posible acuerdo. A mayor cantidad de opciones, mejores posibilidades de lograr un acuerdo tendrá la discusión en la reunión conjunta. Los “paquetes” de propuestas, que cada parte lleve a la reunión, deben considerar lo que desea obtener y lo que está dispuesto a dar a cambio.

**Criterios de Evaluación para Seleccionar Opciones.** Cada propuesta u opción, para ser seleccionada, debe atender tres criterios:

1. Tomar en cuenta los intereses de las partes.
2. Estar de acuerdo con los criterios objetivos definidos por las partes (no afectar los derechos de los socios minoritarios; límites que legalmente están establecidos, costumbres, antecedentes, etc.)
3. Ser mejores que el MAPAN de las partes, es decir, con las alternativas que podrían tomarse en caso de no llegar a un acuerdo.

Averigüe las alternativas que tienen las partes (MAAN): Esta información es importante, pues sirve de parámetro o medida para aceptar o rechazar una opción.

- Una alternativa viene a ser lo que cada parte hará si no logra un acuerdo en la conciliación: ¿Promoverá un juicio?, ¿Se quejará ante la Superintendencia de Sociedades? ¿Acudirá a las vías de hecho? ¿Desprestigiara a la sociedad ante sus clientes? ¿Montará una sociedad paralela para desarrollar los mismos negocios? ¿Solicitará la disolución de la sociedad? ¿Formulará acciones penales contra el socio mayoritario?, etc.
- Para ser aceptable una opción, ésta debe resolver los intereses de las partes en forma más eficiente que cualquier alternativa. Ejemplo de Opción: que se pague una deuda, el 50% a la firma del acta y el 50% restante en 6 mensualidades. Alternativa: ir a juicio para lograr el pago en forma total, incluyendo intereses. ¿Cuánto tiempo puede durar un juicio? ¿Cuál es más eficiente para los intereses de las partes: la opción o la alternativa?

Conforme avance en la entrevista, resuma los logros y haga preguntas.

#### 3.3.5.7. Cierre de la reunión privada

Ratifique el carácter confidencial de lo conversado, enfatizando que nada de lo tratado será comunicado a la otra parte, salvo aquello que sea expresamente autorizado.

Pregunte si la persona desea agregar algo que no se haya dicho durante la reunión: ¿Hay algo más que quiera decirme o que desee destacar nuevamente?

Pregunte: ¿Desea transmitir a través mío algún mensaje a la otra parte?

Agradezca y cierre la reunión.

#### 3.3.6. Reunión conjunta

En esta fase se lleva a cabo lo que podríamos denominar “*negociación directa*”, en la cual las partes redefinen el problema en forma conjunta y luego negocian las opciones que cada parte plantea como posible solución.

Redefinición del problema. En las reuniones privadas, cada parte expuso al conciliador toda su versión acerca del problema y sus efectos. Asimismo, cómo veía la conducta y las motivaciones de la otra parte para que se haya comportado de la forma como lo hizo. Se redefinió el problema a nivel individual, de cada parte, por separado.

Ahora, a fin de establecer las bases para un acuerdo satisfactorio, se necesita que las partes, en forma conjunta, puedan “*ver*” de otra forma el origen, las causas y el desarrollo del conflicto. Para ello, el conciliador debe invitar a cada una a que exponga su percepción acerca del problema, es decir:

- Que narre “*su versión o historia*” de cómo sucedieron los hechos.
- Cómo *interpretó* los hechos producidos y el comportamiento de la otra parte.
- Cómo *se sintió* cuando sucedieron los hechos (enfadado, humillado, avergonzado, decepcionado, frustrado, dolido, temeroso, colérico, etc.)

El conciliador puede promover que la parte que escucha efectúe preguntas aclaratorias, a fin de que pueda formarse una idea más clara del rol y las motivaciones de la otra parte en el conflicto. El diálogo debe efectuarse con orden y sin interrupciones de la parte que escucha. No debe permitirse intervenciones descomedidas, ni expresiones que puedan alterar el clima de cooperación que es necesario construir para lograr un acuerdo.

El proceso anterior, casi siempre, genera en cada parte una percepción distinta del conflicto, lo cual posibilita que ellas reconozcan algún exceso en su comportamiento y que se dispensen mutuamente satisfacciones. El deseo por ambas partes de resolver el problema se va haciendo cada vez más claro, desarrollándose un clima de cooperación.

Evaluación conjunta de opciones. En las reuniones privadas, cada parte propuso algunas opciones de posibles soluciones al conflicto, las que con ayuda del conciliador fueron sometidas a evaluación según criterios de justicia y de razonabilidad.

En esta etapa todas las propuestas (opciones) de ambas partes son sometidas a discusión, desarrollándose todo un proceso de negociación directa con ayuda del conciliador.

En este proceso cada parte trata de obtener algo que satisfaga sus intereses o

necesidades. Pero, a la vez, también es consciente de que debe dar algo para satisfacer los intereses y necesidades de la otra parte. Debe tenerse en cuenta que un acuerdo satisfactorio es aquel que, como su nombre lo indica, satisface por lo menos, en parte, los intereses y necesidades de todas las personas que enfrentan el conflicto.

En esta etapa se perfila y define el acuerdo.

### 3.3.7. Reunión conjunta

El acuerdo y el acta conciliatoria. Como consecuencia de la negociación conjunta de opciones, las partes con ayuda del conciliador pueden llegar a un acuerdo mutuamente satisfactorio, en tal caso, deberá constar en un acta en la cual debe definirse con precisión la naturaleza y alcance de cada uno de los acuerdos, a efectos de que cada una de las partes sepa exactamente lo que le corresponde hacer, no hacer o recibir.

Cuando se redacte el acuerdo debe utilizarse palabras simples y de fácil comprensión para los conciliantes.

Debe definirse con toda claridad las obligaciones y derechos, las conductas, es decir, quién hará determinadas cosas o evitará hacerlas; las formas en que deberá realizarse la obligación; la fecha exacta en que debe cumplirse la misma y el lugar preciso donde debe llevarse a cabo dicho cumplimiento. Esto significa que los acuerdos deben responder a cinco preguntas: qué, quién, cómo, cuándo, dónde. Esto permitirá evitar confusiones de interpretación y conflictos futuros. Y lo más importante: que bajo los requisitos del artículo 488 del Código de Procedimiento Civil, el acta que contiene la conciliación prestará mérito ejecutivo si las obligaciones son claras, expresas y exigibles.

El acuerdo definitivo que decidan las partes es recomendable que se plantee a los conciliantes, que si desean, antes de la firma, pueden consultar el borrador del acuerdo con sus asesores. Es importante que los conciliantes tengan claro el alcance del acuerdo, esto es, las obligaciones y derechos que contraen con el acuerdo.

Cierre de la audiencia de conciliación. Definido el acuerdo y suscrita el acta, el conciliador procede a felicitar a ambas partes por haber puesto su mejor voluntad en resolver el conflicto y por su firme propósito de respetar y cumplir con los acuerdos adoptados por ellos. Les recuerda, una vez más, que los acuerdos adoptados son de cumplimiento obligatorio. Exhorta a las partes a ponerse en contacto con el conciliador a fin de tenerlo informado del avance de los acuerdos. El conciliador les manifiesta que él, por su parte, también se pondrá en contacto telefónico con ellos. Luego el conciliador debe entregar copia del acta debidamente registrada a cada una de las partes. Acto seguido da por finalizada la audiencia conciliatoria



## UNIDAD 4

### PROCEDIMIENTO CONCILIATORIO

#### Objetivo General:

Conocer y comprender el procedimiento conciliatorio que debe seguirse en materia comercial frente al trámite de un asunto sometido a la regulación en esta área.

Se busca de manera especial que al terminar la lectura de la Unidad se reconozca cuál debe ser el tratamiento apropiado que debe dársele a la solicitud, registro, archivo y, en general, a todas las actuaciones que debe realizar el conciliador, haciendo énfasis en la audiencia de conciliación desde el punto de vista procedimental.

#### Objetivos Específicos:

1. Destacar los aspectos legales relevantes que han de tenerse en cuenta en el procedimiento conciliatorio, ya que ello delimita el campo de acción del mismo.
2. Generar un acercamiento frente a la forma en que opera el trámite de la conciliación extrajudicial en materia comercial, armonizándolo con las características generales que cobijan la conciliación extrajudicial.
3. Ilustrar al lector frente a la forma en que opera el trámite conciliatorio en materia comercial, y algunas pautas que se recomiendan para el desempeño efectivo del conciliador.

#### 4.1. Etapas del trámite conciliatorio

La conciliación se debe caracterizar por su informalidad y agilidad, sin que ello implique desconocimiento del debido proceso de las partes. El equilibrio es muy delicado. Si la conciliación se hace de una manera totalmente informal se puede lograr agilidad, incluso puede generar un clima favorable para que los conciliantes lleguen a la audiencia sin ningún tipo de prevención y recelo. Pero, se corre el peligro de desconocer los derechos de las partes e incluso causarles un perjuicio. Cuando se ritualiza totalmente el proceso se garantiza el derecho de defensa, pero se pierde agilidad y, sobre todo, las partes conciben la audiencia como algo muy solemne que genera prevención, lo cual puede dificultar el ambiente de la conciliación. Las partes, antes que ver una oportunidad de arreglo de sus diferencias, ven la audiencia como un escenario con implicaciones legales en el que un error puede ser nefasto para sus aspiraciones, por lo cual delegan todo en manos de su abogado y simplemente cumplen formalmente con ir a la audiencia, pero sin ningún tipo de ánimo conciliatorio. Incluso, si pueden no ir a la audiencia, sin que ello les cause problemas legales, no van.

Como ya se dijo, se debe buscar un equilibrio entre ambas posturas, diseñar un procedimiento que sea ágil, con libertad de procedimiento, pero garantizando unos derechos mínimos. En general, el trámite de la conciliación a la luz de la Ley 640 de 2001 goza de un equilibrio que permite matizar ambos extremos sin que haya un perfecto equilibrio. Por un lado, el trámite conciliatorio se puede adelantar en su totalidad sin abogado, el trámite es rápido e informal, pero se deben cumplir con unos pocos requisitos para darle orden al mismo. Consideramos que ha sido bastante satisfactorio el equilibrio entre ambas posturas. Con ello se logra que las partes se adueñen de su conflicto y no que lo deleguen en un abogado, como usualmente ocurre con las instancias judiciales. Claro que nada obsta para que las partes estén representadas por un abogado durante todo el trámite conciliatorio, precisamente para que se sientan seguras durante todo el trámite.

Empero, como se señaló, deben existir y existen unos trámites mínimos, los cuales analizaremos a continuación.

##### *4.1.1. Escogencia del conciliador*

Las partes de común acuerdo pueden escoger el conciliador. O bien una de las partes interesada en la conciliación, ya sea por cumplir con el requisito de procedibilidad señalado en el artículo 35 de la Ley 640 de 2001 o porque por iniciativa propia decide tramitar la audiencia de conciliación ante un conciliador, el cual puede escoger con relativa libertad. Incluso, puede escoger un conciliador que sea servidor público, como por ejemplo el Procurador Delegado en lo Civil. también puede llevarse a cabo la conciliación ante un Notario. Si estamos frente a un conflicto comercial, esa libertad es mucho mayor, salvo que la disputa sea con una entidad estatal, caso en el cual no puede hacerse uso de esta opción. Pero además puede la parte interesada no escoger libremente un conciliador sino un Centro de Conciliación para que a su vez éste señale un conciliador que lleve a cabo la audiencia. El Centro de Conciliación, a través de su Director, escoge de la lista de conciliadores uno al azar o siguiendo una metodología lo señala de una lista. Por último, puede escogerse un conciliador que sea un servidor público como es el caso de los Procuradores Delegados ante lo Contencioso Administrativo, bien sea el Consejo de Estado, el Tribunal Administrativo o los Jueces Administrativos. En este caso, por mandato legal, no se tiene otra opción que ésta. Es decir, la conciliación necesariamente se tiene que hacer ante el Procurador Delegado. En materia laboral igualmente se tiene que hacer ante el Inspector del Trabajo, los Delegados Regionales o Seccionales de la Defensoría del Trabajo o los Procuradores Delegados en lo Laboral.

Pero, además, se debe tener en cuenta el factor territorial, pensando especialmente en que el convocado a la audiencia de conciliación tenga facilidad para comparecer. Bajo esta premisa, lo lógico es que el Conciliador preste sus servicios en el domicilio del convocado. Pero si son varios los convocados, y tienen diferentes domicilios, el convocante puede escoger un conciliador que funcione en el domicilio de alguno de los solicitados. El segundo (2º) párrafo

del artículo primero (1º) de la Ley 640 de 2001 autoriza a que la parte que no esté domiciliada en el lugar donde se llevará a cabo la conciliación pueda estar representada por un apoderado con facultades para conciliar, sin necesidad de estar presente.

Como se puede ver, existe un alto grado de libertad para escoger al conciliador, salvo en asuntos de lo contencioso administrativo y en los laborales.

Incluso, las partes en conflicto pueden pactar desde antes del surgimiento del conflicto o con posterioridad que, previo al inicio de una acción judicial, deben acudir a un centro de conciliación específico. En este caso, la conciliación no puede hacerse en otro centro de conciliación, ya que la voluntad de las partes se orientó en tal sentido. Aunque, en presencia de un conflicto conciliable con una entidad estatal, necesariamente la conciliación se tiene que hacer ante los Procuradores Delegados ante lo Contencioso Administrativo.

#### 4.1.2. *Solicitud de conciliación*

La solicitud de conciliación resulta ser un documento relativamente sencillo, ya que no requiere la técnica de una demanda. De hecho, la Ley 640 de 2001 ni siquiera se ocupa de indicar su contenido mínimo. Básicamente se trata de hacer una solicitud para que el Centro de Conciliación o el conciliador fije fecha y hora para llevar a cabo la audiencia de conciliación. Es obvio que esta solicitud debe contener una información mínima que permita determinar la viabilidad de la audiencia de conciliación, entre otras razones.

- a. Se debe identificar al convocante. Si es persona jurídica, se debe aportar el certificado de existencia y representación legal para establecer quién representa a la persona jurídica, es decir, con quién se llevará a cabo la conciliación. Igualmente, indicar la dirección donde podrá recibir la comunicación de la fecha y hora de la audiencia.
- b. Se debe identificar al convocado. Asimismo, si es una persona jurídica aportar un certificado de existencia y representación legal para determinar quién es el representante legal con el cual se llevará a cabo la audiencia. Se debe indicar el lugar donde recibirá citación para la audiencia de conciliación.

Si el convocante o el convocado son plurales, se debe indicar la dirección de todos ellos para comunicarles la fecha y hora de la audiencia.

- c. Indicar los hechos que permitan detectar el conflicto, sin perjuicio de que el convocante lo indique expresamente en la solicitud. Este punto es muy importante para el Centro de Conciliación, ya que al momento de asignar un conciliador tendrá en cuenta la materia de la conciliación y de esta forma designar un conciliador idóneo. Además, el conciliador podrá determinar si el conflicto es susceptible de ser conciliado o no. Igualmente, permite determinar si el conciliador es competente para conocer de la conciliación solicitada. Recuérdese que algunas conciliación son privativas de algunos servidores públicos, como los conflictos contencioso

#### 4.1. ETAPAS DEL TRÁMITE CONCILIATORIO

administrativos o los laborales. Además, resulta de mucha utilidad para el conciliador esta información ya que de ser suficiente podrá dimensionar el conflicto adecuadamente y de esta forma podrá prepararse mejor para la conciliación. También, de este contenido se podrá determinar si las partes en conflicto están debidamente integradas, si son plurales (litisconsorcio necesario) o singulares. Incluso, si es necesario, la citación de terceras personas a la audiencia de conciliación que, sin ser parte del conflicto, pueden resultar afectadas.

- d. El valor estimado del conflicto o la carencia de valor. Es importante esta información ya que, con base en la misma, el Centro de Conciliación o el conciliador podrán fijar el valor de sus honorarios de acuerdo a las tablas que para tal fin expidió el Ministerio del Interior y de Justicia.
- e. La relación de documentos y/o pruebas relevantes para la controversia. En asuntos contencioso administrativos, el artículo 6º del Decreto 2511 de 1998 establece el contenido de la solicitud. En el literal (d) se establece la necesidad de hacer una relación de las pruebas que se acompañan y de las que eventualmente se harán valer en el proceso.

Como puede observarse, la solicitud de conciliación no está revestida de una técnica especializada. En este sentido, varios Centros de Conciliación, para facilitar la solicitud de conciliación, tienen dispuestos en sus oficinas unos formularios que le permiten a la persona interesada diligenciarlos en forma rápida y sencilla. Incluso, los formularios son suministrados vía Internet, pudiendo diligenciarlos y enviarlos a través de correo electrónico y recibir, por esa misma vía, la fecha y hora de la audiencia.

Antes de agotar este punto resaltemos que, salvo los casos de incompetencia del Centro de Conciliación o del conciliador o que el asunto no sea conciliable, el Centro de Conciliación o el conciliador no pueden inadmitir o rechazar la solicitud de conciliación; y en caso de requerir alguna otra información, simplemente le debe ser solicitada al convocante. Todo esto facilita el acceso de todas las personas a la conciliación a través de un trámite informal y ágil.

Cabe anotar que la solicitud de conciliación puede ser formulada por el apoderado judicial de la parte convocante. Pero ello no releva al convocante de asistir a la audiencia de conciliación.

##### *4.1.3. Rechazo de la solicitud*

Si bien es cierto que la solicitud de conciliación es ampliamente informal, no por ello podemos creer que bajo ninguna circunstancia la solicitud de conciliación puede ser rechazada por el Centro de Conciliación o por el conciliador. Efectivamente, si el asunto sometido a conocimiento del Centro de Conciliación o del conciliador no es susceptible de conciliación, como por ejemplo el estado civil de las personas o el orden público, el conciliador deberá expedir una constancia de asunto no conciliable dentro de los diez (10) días siguientes a la radicación de la solicitud, en forma motivada, indicando

las razones de derecho que se han tenido en cuenta para negar la solicitud de conciliación. Igualmente, se debe devolver los documentos aportados con la solicitud, tal como lo dispone el numeral 3° del artículo 2° de la Ley 640 de 2001. También debe proceder el Centro de Conciliación o el conciliador a informar a la persona solicitante cuando no sean competentes para conocer de la solicitud de conciliación. Recordemos que la conciliación en asuntos laborales o contencioso administrativo no se puede ventilar en Centros de Conciliación o ante conciliadores particulares. En igual sentido, los Centros de Conciliación de creación legal, como los de las Superintendencias, solamente están facultados para atender solicitudes de conciliación que tengan que ver directamente con su actividad funcional. Por último, cuando las partes han pactado la conciliación contractual, es decir, que han señalado de común acuerdo el Centro de Conciliación o el conciliador al que acudirán, en caso de existir alguna controversia, la conciliación será conocida privativamente por el Centro de Conciliación o el conciliador seleccionado de común acuerdo. En todos los demás casos no es posible la inadmisión o rechazo de la solicitud de conciliación.

Si en la solicitud de conciliación se presentan pretensiones conciliables y no conciliables, el conciliador debe expedir constancia al interesado de los asuntos que no son conciliables, tal y como lo establece la ley para los asuntos susceptibles de conciliación; el conciliador procederá a citar a las partes para realizar la audiencia de conciliación respecto a los asuntos conciliables.

#### *4.1.4. Efectos de la solicitud de conciliación*

Inmediatamente se presenta la solicitud de conciliación, siempre y cuando sea requisito de procedibilidad la conciliación, se suspende el término de la prescripción y no opera la caducidad.

La suspensión del término prescriptivo o la inoperancia de la caducidad se da hasta que se logre el acuerdo conciliatorio o hasta que el acta de conciliación se haya registrado en el Centro de Conciliación por exigencia legal, o hasta la expedición de las constancias de no conciliación o de no comparecencia o hasta un término máximo de tres (3) meses señalado en el artículo 20 de la Ley 640 de 2001.

#### *4.1.5. Citación del convocado*

Hecha la solicitud de fecha y hora para llevar a cabo la audiencia, el conciliador debe proceder a notificar al convocado de la citación a la audiencia de conciliación. La Ley 640 de 2001 le asigna al conciliador la labor de notificar al convocado. No se fijó en la Ley 640 de 2001 un mecanismo específico para efectuar esa notificación. Por lo tanto, el conciliador fijará el mecanismo de notificación de la parte convocada. El más rápido, el más expedito, pero lo importante es que se logre comunicar al convocado la fecha, hora y lugar de la audiencia. Se puede hacer la citación por vía telefónica, por fax, por e-mail, por correo certificado, incluso verbalmente. Existe libertad para tal fin. Lo

#### 4.1. ETAPAS DEL TRÁMITE CONCILIATORIO

importante es que quede un registro que permita determinar que el convocado fue enterado de la citación y que quede prueba de ello. Por ello, lo más práctico es hacerlo por escrito y utilizando un servicio de correo certificado o privado pero que permita determinar a ciencia cierta que el convocado reside en el lugar en el que se entregó la correspondencia. Además, el mismo procedimiento se debe aplicar para las demás personas que hayan sido citadas a la audiencia de conciliación.

En la comunicación se le debe informar al convocado el objeto de la conciliación y la mención de las consecuencias jurídicas de su inasistencia, tal como lo ordena el artículo 20 de la Ley 640 de 2001. Por lo tanto, el citatorio deberá indicar:

Lugar y fecha en la que se elabora el citatorio; identificación del conciliador y parte(s) convocante(s) y convocada(s); objeto de la conciliación (hechos, pretensiones conciliables y cuantía); consecuencias de la inasistencia a la audiencia de conciliación. Dependiendo del caso, las consecuencias que el conciliador debe mencionar a las partes por su no comparecencia a la audiencia de conciliación son:

Salvo en materias laboral, policiva y de familia, si las partes o alguna de ellas no comparece a la audiencia de conciliación a la que fue citada y no justifica su inasistencia dentro de los tres (3) días siguientes, su conducta podrá ser considerada como indicio grave en contra de sus pretensiones o de sus excepciones de mérito en un eventual proceso judicial que verse sobre los mismos hechos.

Cuando la conciliación extrajudicial en derecho sea requisito de procedibilidad y se instaure la demanda judicial, el juez impondrá multa a la parte que no haya justificado su inasistencia a la audiencia. Esta multa se impondrá hasta por valor de dos (2) salarios mínimos legales mensuales vigentes en favor del Consejo Superior de la Judicatura.

Para terminar, lugar, fecha y hora de la audiencia de conciliación y la firma del conciliador.

El Ministerio del Interior y de Justicia, en concepto de línea institucional, ha dicho que en los casos en los cuales se invita a una audiencia por parte de un conciliador, previa solicitud del convocante, cuando éste ha sido nombrado por una de las partes, el convocado debe habilitar al conciliador para que pueda llevar a cabo la audiencia, ya que de no ser así basta con la sola manifestación negativa del convocado para que el conciliador deba elaborar la constancia de no acuerdo con la anotación del motivo. Esto se da en razón a que las partes, en virtud de su autonomía privada, son las que deciden si se someten o no a conciliación y, además, tienen la posibilidad de elegir el operador que consideren más adecuado para resolver el conflicto.

Siendo así, en los casos donde las partes, o una de ellas, no habilitan a un conciliador a prevención y no se pueda realizar la audiencia de conciliación, el conciliador procede a elaborar un documento en el cual deja constancia de lo sucedido. Si se está en un Centro de Conciliación, las partes, o una de ellas,

podrán solicitar al director el cambio del conciliador y éste deberá hacerlo. Si al segundo conciliador tampoco lo habilitan, él mismo expedirá un documento donde deja constancia de la situación y con ello se agota la conciliación como requisito de procedibilidad. En uno y otro caso no se puede impedir el acceso a la justicia formal, pretendiendo evadir el intento de la conciliación.

#### *4.1.6. Vicisitudes de la audiencia de conciliación*

Recibida la solicitud de fecha y hora para llevar a cabo una audiencia de conciliación, efectuado el control de legalidad a la solicitud y notificada la parte convocada, llegada la fecha y hora para la audiencia, puede suceder:

##### *4.1.6.1. Inasistencia de una parte o de las partes a la audiencia de conciliación*

Llegado el día y hora señalados por el conciliador y citadas las partes, si una ellas o ambas partes no asisten a la audiencia, el conciliador debe expedir constancia de inasistencia. Constancia que, como mínimo, debe contener:

- Lugar y fecha de presentación de la solicitud de conciliación.
- Lugar y fecha en que debió celebrarse la audiencia.
- Fecha en la que es expedida la constancia.
- Partes convocantes y convocadas, con indicación de las que asistieron y las que no asistieron.
- Objeto de la conciliación (pretensiones y cuantía).
- Indicación expresa de las excusas presentadas por quienes no asistieron.
- Firma del conciliador.

El Conciliador debe esperar tres (3) días hábiles para expedir la constancia de inasistencia de las partes o de una de las partes a la audiencia de conciliación, ya que éste es el término que concede la Ley a las partes para justificar su inasistencia a la audiencia de conciliación. Tampoco debe expedir el conciliador constancia de inasistencia si para la fecha en que estaba programada la audiencia de conciliación no tiene plena seguridad que las partes efectivamente han sido citadas.

Si la parte que inasiste presenta una justificación y solicita se programe de nuevo una fecha para la realización de la audiencia, es la parte que asistió quien decide si ésta se lleva a cabo, toda vez que el conciliador no valora la excusa. En cualquier caso, tanto el centro de conciliación como el conciliador deben estar de acuerdo en la nueva audiencia. Ni el Centro de Conciliación, ni el Conciliador podrán cobrar otra vez por la conciliación y esta nueva fecha se entenderá como una segunda sesión dando aplicación al Decreto 1000 de 2007. Solamente cuando se realicen más de tres sesiones, por cada sesión adicional, se incrementará la tarifa en un veinte por ciento (20%) del total resultante.

Para el caso en que ninguna de las partes citadas asista y alguna de ellas presente justificación y solicite se programe de nuevo una fecha para la realización de la

#### 4.1. ETAPAS DEL TRÁMITE CONCILIATORIO

audiencia de conciliación, el centro y el conciliador decidirán si ésta se lleva a cabo.

Junto con la constancia se devolverán los documentos aportados por los interesados y, para mayor seguridad, se guardará copia de la solicitud y anexos en el Centro o archivo del funcionario conciliador.

En caso de que la citación a la audiencia de conciliación se haga a varias personas que integran una parte y sólo algunas de ellas se presentan, el conciliador debe realizar la audiencia de conciliación con las que asistieron y expedir constancia de inasistencia respecto a aquellas que no asistieron, no olvidando el término de tres (3) días hábiles que tienen las partes para justificar su inasistencia. Claro, siempre y cuando la parte plural no esté integrada por un litisconsorcio necesario.

##### *4.1.6.2. Suspensión de la audiencia*

Las suspensiones de la audiencia de conciliación deben ser autorizadas por las partes inmersas en el conflicto. El conciliador no puede decidir unilateralmente si se realizan sesiones adicionales. Y, en dado caso, si alguna de las partes no está de acuerdo con la suspensión, el conciliador debe entender que no hay acuerdo conciliatorio para seguir el procedimiento de la conciliación y expedir la constancia de no acuerdo.

##### *4.1.6.3. Las partes no llegan a acuerdo conciliatorio alguno*

La ley establece que si se realiza la audiencia de conciliación y las partes no llegan a un acuerdo el conciliador deberá expedir constancia de no acuerdo, la cual deberá tener como contenido mínimo:

- Lugar y fecha de presentación de la solicitud de conciliación. Es importante para determinar, según el caso, la suspensión de la prescripción y la inoperancia de la caducidad.
- Lugar y fecha en que se celebró la audiencia, toda vez que la constancia debe expedirse de inmediato. Igualmente, tienen relevancia para determinar, según el caso, la suspensión de la prescripción y la inoperancia de la caducidad.
- Partes convocantes y convocadas, con indicación de las que asistieron y/o no asistieron a la audiencia.
- Objeto de la conciliación (pretensiones y cuantía).
- Firma del conciliador.

El conciliador no debe dejar constancia de lo que sucedió en la audiencia de conciliación y que llevó a que no se lograra un acuerdo, ni debe consignar declaraciones o anotaciones que pidan las partes. Junto con la constancia se devolverán los documentos aportados por los interesados y, para mayor seguridad, se guardará copia de la solicitud y anexos en el centro o archivo del funcionario conciliador.

#### 4.1.6.4. *Las partes llegan a acuerdo conciliatorio*

Realizada la audiencia de conciliación y como resultado de la misma se logra un acuerdo conciliatorio, el conciliador debe realizar un acta de conciliación, total o parcial, cumpliendo con lo exigido para ello en la ley:

- Lugar, fecha y hora de la audiencia de conciliación.
- Identificación del conciliador.
- Identificación de las personas citadas, con señalamiento expreso de las que asisten a la audiencia.
- Relación sucinta de las pretensiones motivo de la conciliación.
- El acuerdo logrado por las partes, con indicación de la cuantía, modo, tiempo y lugar de cumplimiento de las obligaciones pactadas. Si la conciliación no recae sobre la totalidad del conflicto, el Acta de Conciliación Parcial deberá hacer mención de los puntos en los que no hubo acuerdo alguno.

Además de los requisitos establecidos en la Ley, el Ministerio del Interior y de Justicia ha establecido que en el acta de conciliación se hagan las siguientes precisiones:

- Identificación del centro de conciliación (nombre, código de identificación y Resolución de autorización de creación), si la solicitud de conciliación fue presentada ante un centro y se realiza la audiencia en sus instalaciones, o identificación del conciliador (nombre y código de identificación), si la solicitud de conciliación y la audiencia se realiza a prevención.
- Hechos que originaron y hacen parte del conflicto que las partes aceptan en la audiencia de conciliación.
- Las pretensiones motivo de la conciliación deben ser las que se expusieron en la audiencia de conciliación y no la transcripción de la solicitud.
- Cuantía de las pretensiones de las partes de la conciliación.
- Firma del conciliador y de las personas que asistieron (incluyendo a los abogados).
- Hora de inicio y finalización de la audiencia de conciliación; si la audiencia se desarrolla en varios encuentros se deben relacionar cada uno de ellos.

#### 4.1.7. *Inasistencia a la audiencia de conciliación*

El artículo 22 de la Ley 640 de 2001 establece la sanción que se le impone a las partes por no asistir a la audiencia de conciliación: Su conducta PODRÁ ser considerada como indicio grave en contra de sus pretensiones o de sus excepciones de mérito en caso de existir un futuro proceso.

Nótese que el legislador deja en manos del Juez castigar la inasistencia de la(s) parte(s) a la audiencia de conciliación, ya que dice PODRÁ, por lo cual no es imperativo para el Juez tener la inasistencia como un indicio grave, sino que, a prudente criterio, puede o no tener como un indicio grave la inasistencia a la audiencia de conciliación.

#### 4.1. ETAPAS DEL TRÁMITE CONCILIATORIO

Las partes podrán dentro de los tres (3) días siguientes justificar su inasistencia, pero quien califica esa justificación es el Juez y no el conciliador. Por lo tanto, el conciliador únicamente la recibe y expide la constancia en tal sentido, pero no puede aceptar o negar la excusa presentada por la parte que no asistió. Es el Juez en el eventual proceso quien aceptará o no la justificante. Pero, al margen de la aceptación de la justificante por parte del Juez, si la conciliación es requisito de procedibilidad, la inasistencia también da lugar a la imposición de una multa hasta por dos (2) salarios mínimos legales mensuales, sin perjuicio de que el Juez tenga como indicio grave la inasistencia. Las multas se imponen a favor del Consejo Superior de la Judicatura.

## UNIDAD 5

# ACTA DE CONCILIACIÓN Y ACUERDO CONCILIATORIO

### Objetivo General:

Orientar al conciliador sobre el alcance del acta de conciliación y del acuerdo conciliatorio, haciendo especial énfasis en los efectos de la conciliación, cosa juzgada y mérito ejecutivo.

### Objetivos Específicos:

- 1°. Resaltar la naturaleza jurídica del acta de conciliación y su función como prueba del acuerdo conciliatorio.
- 2°. Determinar los efectos de derecho sustancial y procesal que se generan por los acuerdos conciliatorios plasmados en el acta de conciliación

### 5.1. Introducción

Siempre que se lleve a cabo una audiencia de conciliación se debe levantar un acta en la que se consignarán los aspectos generales y especiales de lo sucedido durante el intento de conciliación, ajustados a la realidad.

En tal sentido, se debe indicar el Centro de Conciliación donde se lleva a cabo la audiencia, su lugar de ubicación, el nombre del conciliador, debidamente identificado y sobre todo que es abogado. Igualmente, se debe indicar la fecha de la audiencia, lo cual resulta de mucha importancia para contabilizar los términos en caso de existir algún tipo de obligación originada en la conciliación. Pero además, es importante para la suspensión del término de la prescripción y no operancia la caducidad. Asimismo, se deben identificar plenamente la parte convocante y la convocada, indicando si asistió o no a la audiencia y, según el caso, si hubo justificación por la no asistencia. Se debe consignar, también, un breve resumen del conflicto que tienen las partes, ya que en caso de llegarse a un acuerdo, será esta controversia la que determinará la cosa juzgada que no podrá volverse a discutir judicialmente.

En caso de no llegarse a un acuerdo, sencillamente se debe indicar en el acta tal situación. Y es recomendable que en el acta no se indiquen las propuestas que se hicieron las partes y, en general, no indicar lo que dijeron las partes durante la audiencia, ya que de llegarse a un proceso judicial, las propuestas y todo lo manifestado durante la audiencia pueden ser utilizados por el Juez. Por tal razón, basta con indicar que durante la audiencia se hicieron propuestas e incluso que el conciliador también formuló propuestas. Es claro que el Juez no debería utilizar lo que las partes se dijeron o propusieron durante la conciliación por tratarse de un escenario diferente, no se está determinando responsabilidades, por lo cual las propuestas que se hagan las partes puede obedecer a razones personales,

mas no un reconocimiento de los hechos o aceptación de responsabilidad. El artículo 76 de la Ley 23 de 1991 establece lo siguiente: *“La conciliación tendrá carácter confidencial. Los que en ella participen deberán mantener la debida reserva y las fórmulas de acuerdo que se propongan o ventilen, no incidirán en el proceso subsiguiente cuando este tenga lugar”*. Por lo tanto, en aras de mantener la confidencialidad, basta con indicar en el acta que las partes no llegaron a un acuerdo, sin hacer ningún tipo de comentario respecto a lo discutido por las partes o a las fórmulas ventiladas.

Ahora bien, si las partes concilian, si se llega a un acuerdo, es vital que quede de manera muy precisa, clara, es decir, sin lugar a dudas lo convenido por las partes. Se debe indicar las obligaciones que asume cada una de ellas, el plazo y la forma en que se ejecutarán. De llegarse a convenir el pago de una suma de dinero, precisar la fecha y lugar en que se llevará a cabo el pago. En caso de llegarse a un acuerdo para la entrega de un local comercial, a cambio del disfrute de unos meses sin remuneración alguna, se debe precisar los meses de gracia, el pago de los servicios públicos y la fecha y hora exacta en que se entregará el local. Si es por mora en el pago de los cánones de arrendamiento, indicar los periodos condonados, lo relacionado con los servicios públicos domiciliarios y la fecha y hora en que se hará la entrega. Incluso, en estos últimos eventos, consignar la advertencia de que en caso de no cumplirse con la entrega del bien arrendado, se oficiará al Juez Civil Municipal para que comisione la entrega del local, a través de las autoridades de policía.

Un acuerdo conciliatorio que no sea claro, sencillamente es germen de más conflictos que pueden llevar a las partes a desestimar la conciliación en el futuro. Lo que se hace es congestionar más el aparato judicial y terminan las partes frustradas. Por esa razón, el conciliador debe ocuparse de ser minucioso en la redacción del acuerdo y profundizarlo para que no haya duda sobre las obligaciones asumidas por las partes. Además, se debe redactar el acuerdo teniendo en cuenta que preste mérito ejecutivo, por lo cual las obligaciones deben ser claras, expresas y exigibles. Con ello se le presta un servicio a la administración de justicia y a las partes.

También es conveniente que el conciliador instruya a las partes que han conciliado sobre los efectos jurídicos de su acuerdo, especialmente que hace tránsito a cosa juzgada, por lo cual ya no podrán acudir a las instancias judiciales para discutir la controversia conciliada, y que lo acordado podrá ser ejecutado ante las autoridades judiciales, en caso de existir algún tipo de incumplimiento.

Pero puede suceder que la conciliación sea parcial, que las partes con concilien totalmente sus diferencias y dejen algún aspecto por fuera del acuerdo. En este caso, se debe proceder a indicar claramente la parte conciliada y lo no conciliado, enfatizando que, respecto a lo no resuelto del conflicto, las partes quedan en libertad de acudir a las instancias judiciales a reclamar sus derechos.

El conciliador debe entregar copias del acta a las partes que intervinieron en la audiencia, bien sea que se haya conciliado total o parcialmente. Las copias son auténticas por mandato de la Ley (artículo 1º de la Ley 640 de 2001) y los

conciliadores deben hacer el registro ordenado por el Decreto 30 de 2002. El conciliador y las partes deben firmar el acta de conciliación. Surtido lo anterior, el conciliador debe proceder a registrar el acta de conciliación, dentro de los dos (2) días hábiles siguientes, ante el Centro de Conciliación donde se llevó a cabo la conciliación o ante el que esté inscrito el conciliador. El Centro de Conciliación al momento del registro del acta verificará que formalmente se encuentren los requisitos señalados en el artículo 1º de la Ley 640 de 2001, es decir, todo lo manifestado anteriormente. La verificación que hace el Centro de Conciliación, se insiste, es formal y no se extiende al fondo del acuerdo, esto es, no se juzga si el acuerdo es válido, nulo o ineficaz.

La primera copia del acta de conciliación presta mérito ejecutivo, siempre y cuando cumpla con los requisitos del artículo 488 del Código de Procedimiento Civil, es decir, que contenga una obligación clara, expresa y exigible. De lo contrario, a pesar de ser primera copia e indicarse que presta mérito ejecutivo, si no contiene una obligación clara, expresa y exigible, no presta tal mérito.

## 5.2. Mérito ejecutivo

Ya hemos indicado que el acuerdo conciliatorio presta mérito ejecutivo, siempre y cuando las obligaciones contenidas en el acta sean claras, expresas y exigibles. De lo contrario no. Por ello, se insiste en que el conciliador, al momento de levantar el acta de conciliación que contiene el acuerdo, tenga el cuidado necesario de consignar las obligaciones asumidas por cada una de las partes en forma clara, expresa y exigible. Por el simple hecho de ser un acta de conciliación, que de acuerdo al artículo 66 de la Ley 446 de 1998 presta mérito ejecutivo, por el hecho de indicarse en el texto del acuerdo que presta mérito ejecutivo, no por ello, en forma automática, prestará ese mérito. Si las obligaciones consignadas en el acta no son claras, expresas y exigibles, no prestará mérito ejecutivo, a pesar de ser un acta de conciliación.

Si las obligaciones son claras, expresas y exigibles podrán ser ejecutadas ante el Juez competente. Ante el incumplimiento, la parte afectada no tiene otro camino distinto a la ejecución, ya que no podrá acudir ante un Juez a pedir la resolución del acuerdo por no ser la conciliación un contrato, por lo cual no es de recibo la aplicación de los artículos 1546 del Código Civil y 870 del Código de Comercio.

## 5.3. Cosa juzgada

El acuerdo conciliatorio tiene como principal efecto el de hacer tránsito a cosa juzgada, por lo cual ya no podrán las partes discutir ante los jueces las controversias conciliadas. Si la conciliación es parcial, la parte conciliada será cosa juzgada y la parte no conciliada podrá ser objeto de trámite judicial. El artículo 14 de la Ley 640 de 2001 consagra este efecto tan importante para la seguridad jurídica. Es que el acuerdo conciliatorio equivale, guardadas las proporciones, a una sentencia proferida por un Juez, sólo que en la conciliación son las partes las que se ponen de acuerdo para fijar el sentido de esa “*sentencia*”, es decir, son ellas las que autocomponen sus diferencias. Si alguna

de las partes quisiera acudir ante las autoridades judiciales a discutir el conflicto conciliado, la parte demandada podrá proponer la excepción de cosa juzgada y con seguridad triunfará, ya que la controversia ha sido resuelta, no por un Juez sino por las partes. Por lo tanto, la parte que concilió si desea acudir ante las autoridades judiciales tendrá que invocar aspectos no conciliados, de lo contrario su demanda será despachada desfavorablemente.

Ahora bien, el hecho de que se haya llegado a un acuerdo conciliatorio, que hace tránsito a cosa juzgada, no significa que alguno de los conciliantes no pueda acudir ante las autoridades judiciales a deprecar la nulidad del acta de conciliación alegando, por ejemplo, incapacidad, vicios del consentimiento, como error, fuerza o dolo, o que existe objeto o causa ilícita en la conciliación. La cosa juzgada inmuniza las diferencias, no la conciliación, por lo cual se puede impugnar el acta de conciliación.

#### **5.4. Naturaleza jurídica del acta de conciliación**

Ya la Corte Constitucional, al juzgar la Ley 640 de 2001, señaló respecto al acta de conciliación que es el equivalente jurisdiccional de una sentencia. En este sentido, el acta de conciliación es un documento público, expedido por un particular revestido transitoriamente de una función pública similar a la de un árbitro cuando expide un laudo. Además, la misma Ley 640 de 2001 le reconoce al conciliador la facultad de expedir copias auténticas del acta de conciliación, bien sea que se haya conciliado total o parcialmente. Basta con expedir la copia e indicar que es auténtica y que esté firmada por el conciliador para que tenga dicho valor, que probatoriamente es igual al original, según lo dispone el artículo 254 del Código de Procedimiento Civil. Incluso, cuando se llega a un acuerdo conciliatorio no es necesario proceder al otorgamiento de una Escritura Pública que por la naturaleza de los bienes o derechos involucrados se tiene que hacer. El acta de conciliación, debidamente aprobada por el conciliador y registrada en el Centro de Conciliación, se podrá inscribir en el Registro Público y producirá todos sus efectos como si se hubiera otorgado una Escritura Pública; aunque debemos acotar que la Superintendencia de Notariado y Registro, a través de la Instrucción 005 de 2004, considera que necesariamente el acta de conciliación debe elevarse a Escritura Pública.

Un ejemplo lo constituye la cesión de unas cuotas o partes de interés social que tiene un socio en una sociedad. Para poderse cumplir la cesión se debe otorgar una Escritura Pública entre cedente y cesionario, cumpliendo otros requisitos como el del derecho de preferencia y la aceptación por parte de los demás socios de tal cesión, es decir, que se acepta al cesionario como socio de la sociedad. Pues bien, si se lleva a cabo una conciliación y en virtud del acuerdo se conviene la cesión de las cuotas o partes de interés social, cumpliendo con los demás requisitos como el de la aprobación de tal cesión por la Junta de Socios, el acta de conciliación que contiene el acuerdo, debidamente aprobado por el conciliador y registrada en el Centro de Conciliación, suple la formalidad de la Escritura Pública y se debe proceder a su inscripción en el Registro Mercantil de la Cámara de Comercio competente. Así como una sentencia judicial se

inscribe directamente en el registro público sin la formalidad de la Escritura Pública, igualmente el acta de conciliación se inscribe en el registro público sin más requisitos.

### 5.5. Aprobación del acuerdo

El conciliador no es un convidado de piedra frente al acuerdo a que lleguen los conciliantes. Su papel no sólo es protagónico en cuanto a motivar a las partes a que concilien, sino que además tiene a su cargo la vigilancia de la legalidad del compromiso al que lleguen las partes. El conciliador no es un testigo calificado que declara que frente a él las partes llegaron a un acuerdo. Su papel es mucho más importante, ya que le corresponde verificar que ese acuerdo esté ajustado a las disposiciones legales, para evitar que resulte nulo, inexistente o ineficaz.

En realidad, existen dos momentos en los que el conciliador ejerce el control de legalidad del acuerdo conciliatorio. Uno previo y otro posterior.

El control previo lo debe realizar el conciliador cuando se le solicita la práctica de la audiencia de conciliación. Aquí verifica si el asunto sometido a su competencia es o no susceptible de conciliación. Si el conflicto versa sobre el estado civil de las personas, o los derechos son ciertos e indiscutibles, o tienen que ver con derechos ajenos, no es procedente la convocatoria y sencillamente, en los términos del artículo 2º de la Ley 640 de 2001, expide una constancia en tal sentido.

El control posterior se da cuando las partes llegan a un acuerdo. En ese momento le corresponde al conciliador verificar la legalidad del mismo, esto es, si está ajustado a la normatividad o si el acuerdo es ineficaz, inexistente o nulo absolutamente, caso en el cual deberá abstenerse de aprobarlo. Es de anotar que el arreglo es inexistente cuando falta uno de los elementos esenciales, como por ejemplo el precio o la descripción de la cosa en una compraventa (artículo 898 del Código de Comercio). Es nulo absolutamente cuando se contraría una norma de orden público o se omite una norma de carácter imperativo (artículo 899 del Código de Comercio). Y será ineficaz cuando no produce efectos (artículo 897 del Código de Comercio).

Incluso, cuando el conciliador encuentre que el acuerdo puede ser nulo absolutamente, inexistente o ineficaz, no le corresponde declararlo así, sino simplemente abstenerse de aprobar el acuerdo según el caso o aprobarlo, pero indicando a las partes la ineficacia de alguna de las cláusulas del acuerdo. Además, el conciliador puede encontrar que el acuerdo es inoponible, ya que una de las partes está indebidamente representada o el acuerdo excede sus facultades y no se cuenta con la autorización para celebrarlo. En este caso no debe aprobar el acuerdo y debe proceder a procurar la corrección de las irregularidades, como lo es hacer que el representante legal de la sociedad obtenga la autorización del órgano societario correspondiente o, si el acuerdo se celebró por quien no tenía facultades para representar a la parte convocante o convocada, realizar una nueva audiencia con las personas legitimadas.



## UNIDAD 6

### GUÍAS, MODELOS Y MINUTAS

Se han elaborado modelos de varias de las actuaciones que exigen documento escrito; su finalidad es la facilitar y dar agilidad a las actuaciones en el proceso conciliatorio. Cada Centro debe unificar su forma y contenido, razón por la cual los presentados se pueden ajustar a las necesidades específicas de cada uno.

#### 6.1. Solicitud de conciliación

Ciudad \_\_\_\_\_, Día \_\_\_\_ Mes \_\_\_\_\_, Año \_\_\_\_\_

Señores:

Centro de Conciliación \_\_\_\_\_ ó

Nombre del conciliador \_\_\_\_\_

Dirección \_\_\_\_\_

Ciudad \_\_\_\_\_

Ref.: Conciliación solicitada por \_\_\_\_\_,

Para conciliar \_\_\_\_\_ (Asunto).

#### DATOS DEL SOLICITANTE(S)

Nombre: \_\_\_\_\_ Apellidos: \_\_\_\_\_

Identificado con cédula de ciudadanía N° \_\_\_\_\_ de \_\_\_\_\_.

(Si es persona jurídica se menciona el nombre o razón social de la entidad, su representación legal y demás datos necesarios para su identificación. En caso de ser un apoderado el que solicite la conciliación así deberá indicarlo)

Se identifican cada una de las personas que soliciten la conciliación.

Comedidamente y en cumplimiento de los normas constitucionales y legales que regulan la conciliación en derecho civil, solicito se cite a las partes más adelante relacionadas, para que previo los trámites de ley se concilien los siguientes hechos

#### DATOS DEL SOLICITADO(S)

Nombre: \_\_\_\_\_ Apellidos: \_\_\_\_\_

Identificado con cédula de ciudadanía N° \_\_\_\_\_ de \_\_\_\_\_.

(Si es persona jurídica se menciona el nombre o razón social de la entidad, su representación legal y demás datos necesarios para su identificación. En caso de ser un apoderado el que solicite la conciliación así deberá indicarlo)

Se identifican cada una de las personas que se deben convocar a la conciliación.

## 6.2. FORMATO DE NOTIFICACIÓN Y/O CITACIÓN

### HECHOS

La controversia que se desea solucionar tiene como hechos los siguientes:

1º. \_\_\_\_\_ tantos se han pertinentes.

Se deben relacionar los hechos más relevantes del caso en orden cronológico en toda la información pertinente para el caso.

### CONFLICTO POR RESOLVER O PRETENSIONES

Con fundamento en los anteriores hechos, se solicita se efectúe audiencia de conciliación para que el señor:

1º. \_\_\_\_\_.

### PRUEBAS

Anexo, para que sirvan como pruebas, los siguientes documentos:

1º \_\_\_\_\_.

Se discriminan todas las pruebas que soporten los hechos relacionados.

### ANEXOS

Asimismo, se relacionan los anexos de la solicitud de conciliación, los cuales dependen del caso en estudio:

1º \_\_\_\_\_.

### NOTIFICACIONES

A la parte solicitante en, \_\_\_\_\_.

A la parte solicitada en, \_\_\_\_\_.

Firma,

\_\_\_\_\_  
Solicitante

## 6.2. Formato de notificación y/o citación

CENTRO DE CONCILIACIÓN \_\_\_\_\_

Autorizado por resolución N° \_\_\_\_\_

Código \_\_\_\_\_

## NOTIFICACIÓN

Ciudad \_\_\_\_\_, Día \_\_\_\_ Mes \_\_\_\_\_, Año \_\_\_\_\_

Señores:

Nombre \_\_\_\_\_

Apellidos \_\_\_\_\_

Dirección \_\_\_\_\_

Cuidad \_\_\_\_\_

Ref: Citación a audiencia de Conciliación.

Nombre y apellidos del conciliador \_\_\_\_\_, Identificado con cédula de ciudadanía N° \_\_\_\_\_ de \_\_\_\_\_, obrando en calidad de conciliador del centro de conciliación \_\_\_\_\_, comedidamente me permito solicitar su comparecencia a la audiencia de conciliación que se llevará a cabo el día \_\_\_\_\_ del mes de \_\_\_\_\_ del año \_\_\_\_\_ a la hora \_\_\_\_\_, en el centro de conciliación u oficina ubicada en \_\_\_\_\_ de la ciudad de \_\_\_\_\_.

El motivo de la conciliación consiste en llegar a un acuerdo en relación con \_\_\_\_\_, solicitada por \_\_\_\_\_.

De conformidad con la Ley 640 de 2001, se advierte que su inasistencia a la audiencia de conciliación podrá ser considerada como indicio grave en su contra de las pretensiones o de sus excepciones de merito en un eventual proceso judicial y en caso de ser esta conciliación requisito de procedibilidad y se instaure la demanda judicial, el juez impondrá multa a la parte que no haya justificado su inasistencia a la audiencia.

El conciliador,

\_\_\_\_\_  
C. C. \_\_\_\_\_ de \_\_\_\_\_

Código \_\_\_\_\_

T. P. \_\_\_\_\_ del C. S. de la J.

**6.3. Formato de constancia de asunto no conciliable**

CENTRO DE CONCILIACIÓN \_\_\_\_\_

Autorizado por resolución N° \_\_\_\_\_

Código \_\_\_\_\_

## CONSTANCIA DE ASUNTO NO CONCILIABLE

Ciudad \_\_\_\_\_, Día \_\_\_\_ Mes \_\_\_\_\_, Año \_\_\_\_\_

6.4. FORMATO DE CONSTANCIA DE INASISTENCIA O NO COMPARECENCIA

Nombre y apellidos del conciliador \_\_\_\_\_, Identificado con cédula de ciudadanía N° \_\_\_\_\_ de \_\_\_\_\_, obrando en calidad de conciliador del centro de conciliación \_\_\_\_\_, de conformidad con el artículo 2 de la Ley 640 de 2001, deixo constancia que:

El Señor(a) \_\_\_\_\_ solicitó al centro de conciliación o al conciliador \_\_\_\_\_ el día \_\_\_\_\_ del mes de \_\_\_\_\_ del año \_\_\_\_\_, audiencia de conciliación en derecho civil, para solucionar su conflicto de \_\_\_\_\_, con el Señor(a) \_\_\_\_\_.

Que el asunto que se solicita no es susceptible de conciliar, desistir o transigir por las siguientes razones \_\_\_\_\_  
\_\_\_\_\_  
\_\_\_\_\_.

El conciliador,

\_\_\_\_\_  
C. C. \_\_\_\_\_ de \_\_\_\_\_  
Código \_\_\_\_\_  
T. P. \_\_\_\_\_ del C. S. de la J.

**6.4. Formato de constancia de inasistencia o no comparecencia**

CENTRO DE CONCILIACIÓN \_\_\_\_\_  
Autorizado por resolución N° \_\_\_\_\_  
Código \_\_\_\_\_

**CONSTANCIA DE NO COMPARECENCIA**

Proceso de conciliación No \_\_\_\_\_  
Ciudad \_\_\_\_\_, Día \_\_\_\_\_ Mes \_\_\_\_\_, Año \_\_\_\_\_

Nombre y apellidos del conciliador \_\_\_\_\_, Identificado con cédula de ciudadanía N° \_\_\_\_\_ de \_\_\_\_\_, obrando en calidad de conciliador del centro de conciliación \_\_\_\_\_, de conformidad con el artículo 2 de la Ley 640 de 2001, deixo constancia de no comparecencia con fundamento en lo siguiente:

El Señor(a) \_\_\_\_\_ solicitó al centro de conciliación o al conciliador \_\_\_\_\_ el día \_\_\_\_\_ del mes de \_\_\_\_\_ del año \_\_\_\_\_, audiencia de conciliación en derecho civil, para solucionar su conflicto de \_\_\_\_\_,

con el Señor(a) \_\_\_\_\_.

En virtud de la solicitud anterior, se programó audiencia de conciliación el día \_\_\_\_\_ del mes de \_\_\_\_\_ del año \_\_\_\_\_ a las \_\_\_\_\_ (hora) a realizarse en la dirección \_\_\_\_\_ en las instalaciones de este Centro de Conciliación \_\_\_\_\_.

A la audiencia de conciliación programada y debidamente notificada el día \_\_\_\_\_ del mes de \_\_\_\_\_ del año \_\_\_\_\_, por el medio \_\_\_\_\_ a los señores(as) \_\_\_\_\_ y \_\_\_\_\_ asistieron solamente los señores(as) \_\_\_\_\_ y \_\_\_\_\_.

Pasados tres (3) días hábiles siguientes a la fecha en que debió celebrarse la audiencia de conciliación los señores(as) presentaron -o no- las siguientes excusas \_\_\_\_\_.

El conciliador, \_\_\_\_\_  
 C. C. \_\_\_\_\_ de \_\_\_\_\_  
 Código \_\_\_\_\_  
 T. P. \_\_\_\_\_ del C. S. de la J.

**6.5. Formato de constancia de no acuerdo**

CENTRO DE CONCILIACIÓN \_\_\_\_\_  
 Autorizado por resolución N° \_\_\_\_\_  
 Código \_\_\_\_\_

CONSTANCIA DE NO ACUERDO  
 Proceso de conciliación No \_\_\_\_\_  
 Ciudad \_\_\_\_\_, Día \_\_\_\_\_ Mes \_\_\_\_\_, Año \_\_\_\_\_

Nombre y apellidos del conciliador \_\_\_\_\_, Identificado con cédula de ciudadanía N° \_\_\_\_\_ de \_\_\_\_\_, obrando en calidad de conciliador del centro de conciliación, de conformidad con el artículo 2 de la Ley 640 de 2001, dejo constancia de no acuerdo con fundamento en lo siguiente:

El Señor(a) \_\_\_\_\_ solicitó al centro de conciliación o al conciliador \_\_\_\_\_ el día \_\_\_\_\_ del mes de \_\_\_\_\_ del año \_\_\_\_\_, audiencia de conciliación en derecho civil, para solucionar su conflicto de \_\_\_\_\_, con el Señor(a) \_\_\_\_\_.

En virtud de la solicitud anterior, se programó audiencia de conciliación el día \_\_\_\_\_

## 6.6. FORMATO DE ACTA DE CONCILIACIÓN

\_\_\_\_\_ del mes de \_\_\_\_\_ del año \_\_\_\_\_ a las \_\_\_\_\_ (hora) a realizarse en la dirección \_\_\_\_\_ en las instalaciones de este Centro de Conciliación \_\_\_\_\_.

Una vez instalada y desarrollada la audiencia de conciliación programada, las partes no llegaron a un acuerdo que pusiera fin a sus diferencias a pesar de haber motivado a las mismas para que presentaran fórmulas de arreglo y haberles propuesto soluciones a la controversia.

La audiencia de conciliación se inició a las \_\_\_\_\_ y se da por terminada a las \_\_\_\_\_.

El conciliador,

\_\_\_\_\_  
C. C. \_\_\_\_\_ de \_\_\_\_\_  
Código \_\_\_\_\_  
T. P. \_\_\_\_\_ del C. S. de la J.

## 6.6. FORMATO DE ACTA DE CONCILIACIÓN

CENTRO DE CONCILIACIÓN \_\_\_\_\_  
Autorizado por resolución N° \_\_\_\_\_  
Código \_\_\_\_\_

### ACTA DE CONCILIACIÓN

Proceso de conciliación No \_\_\_\_\_

En la ciudad de \_\_\_\_\_ a los \_\_\_\_\_ días del mes de \_\_\_\_\_ de \_\_\_\_\_, siendo las \_\_\_\_\_ -a.m. - p.m. – se reunieron el señor(a) \_\_\_\_\_, identificado(a) con la cédula de ciudadanía N° \_\_\_\_\_ de \_\_\_\_\_, con domicilio en \_\_\_\_\_, quien solicitó audiencia de conciliación con el señor(a) \_\_\_\_\_, identificado(a) con la cédula de ciudadanía N° \_\_\_\_\_ de \_\_\_\_\_, con domicilio en \_\_\_\_\_, en presencia del conciliador(a) \_\_\_\_\_ identificado con cédula de ciudadanía N° \_\_\_\_\_, de \_\_\_\_\_, inscrito en el centro de conciliación \_\_\_\_\_ autorizado mediante Resolución N° \_\_\_\_\_ de fecha \_\_\_\_\_ del Ministerio del Interior y de Justicia (debe indicarse si se obra como conciliador, funcionario público o notario), quien está legalmente habilitado(a) para ejercer la función de conciliador(a).

Acto seguido, el conciliador(a) instala la audiencia de conciliación explicando el objeto, alcance y límites de la misma.

## I. HECHOS Y PRETENSIONES

Los hechos y pretensiones objeto de la conciliación son los que se relacionan a continuación (Se transcriben los de la solicitud de audiencia de conciliación):

### HECHOS

1. \_\_\_\_\_

### PRETENSIONES

1. \_\_\_\_\_

### CUANTÍA

De igual manera, la cuantía del conflicto asciende a la suma de \_\_\_\_\_, moneda legal vigente.

## II. ACUERDOS CONCILIATORIOS

Una vez propuestas las diferentes fórmulas de arreglo, dentro de un ambiente de imparcialidad y legalidad, las partes solicitante y solicitada llegaron a los siguientes acuerdos respecto de las pretensiones solicitadas:

(El acuerdo conciliatorio debe indicar la cuantía, modo, tiempo y lugar de cumplimiento de las obligaciones pactadas)

PRIMERO. Las partes acuerdan que \_\_\_\_\_

SEGUNDO. Las partes acuerdan \_\_\_\_\_

TERCERO. El cumplimiento de las obligaciones de las cláusulas anteriores se efectuará por las dos partes, en la ciudad de \_\_\_\_\_, el día \_\_\_\_\_ (día, mes y año), a las \_\_\_\_\_ (hora en que han de cumplirse las obligaciones).

Estando de acuerdo las partes sobre todo lo anterior por mutuo consentimiento, manifiestan que lo aceptan libremente y se responsabilizan de sus obligaciones y el conciliador(a) \_\_\_\_\_, aprueba dichas fórmulas de arreglo y aclara nuevamente a las partes que el presente acuerdo hace tránsito a cosa juzgada, el acta de conciliación presta mérito ejecutivo y no es susceptible de ningún recurso.

En consecuencia, se declara terminada la presente audiencia de conciliación, que se lee en su integridad y firma por quienes han intervenido, siendo las

6.6. FORMATO DE ACTA DE CONCILIACIÓN

\_\_\_\_\_ (hora) \_\_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ (día, mes y año).

-Cada parte recibe primera copia para los efectos legales-

Las partes,

\_\_\_\_\_  
C. C.: \_\_\_\_\_  
SOLICITANTE.

\_\_\_\_\_  
C. C.: \_\_\_\_\_  
SOLICITADO.

El conciliador(a), \_\_\_\_\_  
C. C.: \_\_\_\_\_  
Código \_\_\_\_\_  
T. P. \_\_\_\_\_ del C. S. de la J

## UNIDAD 7

### CASOS PRÁCTICOS EN ASUNTOS COMERCIALES

A continuación expondremos algunos casos que versan sobre asuntos mercantiles y que son objeto de conciliación. Se busca familiarizar al conciliador con los asuntos típicamente mercantiles y que son de mayor frecuencia:

#### CASO No. 1

La Señora BLANCA MONTAÑO es propietaria del local número 65-30 de la Carrera 95 Bis de la ciudad de Bogotá D.C. y se lo arrienda al Señor PEDRO REYES por un (1) año, con un canon mensual de UN MILLÓN DE PESOS (\$1'000.000.00), pagaderos los primeros cinco (5) días corrientes de cada mes. Igualmente se pacta que el arrendatario, Señor PEDRO REYES, debe pagar los servicios públicos domiciliarios. También se pacta que el canon de arrendamiento se incrementa cada año en un VEINTE POR CIENTO (20%). El Señor REYES monta un almacén de venta de artículos deportivos. Poco a poco el Señor REYES logra cultivar una gran clientela, debido a la calidad de los productos que vende, así como también por el buen surtido. En general, el establecimiento de comercio del Señor REYES es exitoso y gana fama y reputación entre los habitantes de la zona de influencia.

Después de dos (2) años, y para el tercer año de arrendamiento, la Señora BLANCA PEÑA le manifiesta por escrito y con seis (6) meses de antelación al Señor REYES que al vencimiento del contrato no lo renovará, ya que pretende instalar en el local de su propiedad una cafetería, es decir, un establecimiento de comercio totalmente diferente al que actualmente opera el Señor REYES. Vencido el término del contrato de arrendamiento, el Señor REYES no desocupa ni entrega el local a la Señora PEÑA.

#### Preguntas CASO No. 1

1. ¿Cuál es el conflicto entre la Señora PEÑA y el Señor REYES?
2. ¿Cuál es la aspiración de la Señora PEÑA?
3. ¿Cuál es la aspiración del Señor REYES?
4. ¿Es jurídicamente viable para el Señor REYES cobrarle a la Señora PEÑA una prima comercial por el local?
5. ¿Si la Señora PEÑA no hizo el desahucio del local de su propiedad oportunamente podrá pedir su restitución?
6. ¿Cuál podría ser una fórmula de arreglo que satisfaga a la Señora PEÑA y al Señor REYES?

### Respuestas CASO No. 1

1. Evidentemente el conflicto se presenta por la restitución del local.
2. La aspiración de la Señora PEÑA es que le devuelvan su local para montar su Cafetería.
3. La aspiración del Señor REYES es que la Señora PEÑA le permita continuar disfrutando del local, o bien que lo indemnice pagándole una suma de dinero significativa a manera de prima comercial.
4. En realidad no, ya que la prima sería viable en la medida en que la Señora PEÑA se aprovechara de la clientela que el Señor REYES ha cultivado durante el tiempo que ha ocupado el local, pero como los establecimientos de comercio son tan diferentes no existe la posibilidad de que la Señora PEÑA se pueda aprovechar de la clientela del Señor REYES.
5. Si la Señora PEÑA no hizo el desahucio oportunamente no podría pedir la restitución del local, ya que legalmente el contrato fue prorrogado. Pero, nada impide que a través de la conciliación la arrendadora y el arrendatario puedan llegar a un acuerdo para que el local sea restituido anticipadamente, a cambio del pago de una indemnización.
6. Son varias las posibilidades que se pueden ventilar durante la conciliación en aras de un arreglo. Una podría ser que la Señora PEÑA pague una suma de dinero al Señor REYES para que desocupe el local rápidamente. Otra podría ser que la Señora PEÑA le permita al Señor REYES seguir disfrutando del local por unos meses (por ejemplo 3) sin que tenga que pagar canon de arrendamiento, con el compromiso del Señor REYES de entregar el local al vencimiento del plazo. Otra posibilidad podría ser que se renegocie el contrato de arrendamiento, para que el Señor REYES pueda continuar disfrutando del mismo a cambio de un significativo aumento del canon de arrendamiento. Incluso, eventualmente y si el local es suficientemente grande, mirar la posibilidad de montar ambos establecimientos de comercio,

### CASO No. 2

En 1993, el Señor DARÍO AGUDELO monta un restaurante llamado "LA PAPITA", a la entrada del municipio de Zipaquirá. Después de tres (3) años de funcionamiento se lo vende a la Señora NÚBIA PARDO sin reservarse derecho alguno. El nombre y la marca "LA PAPITA" no fue registrado, ni en la Cámara de Comercio, ni en la Superintendencia de Industria y Comercio. La Señora PARDO explota el restaurante con mucha propiedad y alcanza buen reconocimiento de los pobladores del Municipio de Zipaquirá y de sus ocasionales visitantes. En el año de 1998, el Señor AGUDELO decide montar otro

restaurante en el Municipio de Tocancipá, distante doce (12 Km.) del restaurante de la Señora PARDO. Lo llama “LA PAPITA” y lo registra como establecimiento de comercio en la Cámara de Comercio de Bogotá D.C., sede Zipaquirá (con jurisdicción en Tocancipá) y también como marca ante la Superintendencia de Industria y Comercio. Este restaurante también alcanza gran notoriedad entre los habitantes del Municipio de Tocancipá y sus eventuales visitantes. Las cosas marchan bien entre la Señora PARDO y el Señor AGUDELO. Pero en el año 2005, el Señor AGUDELO decide montar una sucursal del restaurante “LA PAPITA” a quinientos metros (500 mts) del restaurante de la Señora PARDO. Para montar el restaurante invierte más de trescientos millones de pesos, incluyendo publicidad de la sucursal “LA PAPITA” del municipio de Zipaquirá. A su vez, la Señora PARDO se ve obligada a invertir en publicidad de su restaurante y pronto surge un conflicto con el Señor AGUDELO, ya que se genera confusión entre los clientes que piensan que se trata de una sucursal de la Señora PARDO. Además, cada uno de los restaurantes destaca las bondades de su cocina en detrimento de su competidor. Incluso se publican avisos como: “este es el auténtico restaurante LA PAPITA, no se deje confundir”. El Señor AGUDELO, antes de acudir a un proceso por competencia desleal, acude a un Centro de Conciliación para convocar a la Señora PARDO a una audiencia de conciliación.

### Preguntas CASO No. 2

1. ¿En qué consiste el conflicto entre la Señora PARDO y el Señor AGUDELO?
2. ¿Qué relevancia tiene para este caso que el Señor AGUDELO haya registrado el nombre y la marca “LA PAPITA”, a pesar de haberle vendido a la Señora PARDO un establecimiento de comercio que incluía el nombre “LA PAPITA”?
3. ¿La publicidad que hicieron la Señora PARDO y el Señor AGUDELO es engañosa?
4. ¿El Señor AGUDELO no podía montar un restaurante a quinientos metros (500 mts.) de distancia del restaurante de la Señora PARDO?
5. ¿Qué fórmulas de arreglo se podrían presentar ante este conflicto?

## Respuestas CASO No. 2

1. Se trata de un conflicto complejo que involucra competencia desleal, problemas de propiedad industrial y sobre todo el problema gira en torno a la clientela.
2. La relevancia del registro de la marca y del nombre del establecimiento de comercio está en que el titular de la marca y del nombre goza de protección legal, que le garantiza que nadie más puede utilizar la marca y el nombre, salvo con autorización del titular. Pero buena parte del problema se origina en que la Señora PARDO no haya registrado el nombre ni la marca, con lo cual permitió que el Señor AGUDELO haya obtenido ese registro.
3. Evidentemente sí, ya que si bien cada uno tiene derecho a publicitar las bondades y calidades (siempre y cuando sean ciertos) de sus productos y servicios, también es cierto que no pueden denigrar de sus competidores.
4. En realidad el Señor AGUDELO si podía montar un restaurante cerca del establecimiento de la Señora PARDO, pero al utilizar el mismo nombre podía inducir en error a la clientela de la Señora PARDO, como evidentemente sucedió. Es claro que la intención del Señor AGUDELO fue esa.
5. Varias. Una sería que la Señora PARDO cambiara paulatinamente el nombre de su restaurante para evitar confusiones entre los clientes. Otra sería que el Señor AGUDELO utilizara otro nombre y le permitiera a la Señora PARDO seguir utilizando el nombre del restaurante, ya que con respecto al establecimiento de Tocancipá no existe dificultad que genere confusión entre los clientes.

## CASO No. 3

IVÁN TORRES, MARÍA REY y CAROLINA ACEVEDO constituyen la sociedad “COMERCIALIZADORA EL ARO LTDA.” cuyo objeto social principal es la importación y comercialización de todo tipo de licores. Cada uno hace sus aportes en los términos pactados. El trámite de constitución de la sociedad se hace cumpliendo con todos los requisitos fijados en el Código de Comercio. La sociedad empieza a desarrollar su actividad sin ningún tropiezo y pasados dos (2) empieza a generar utilidades. El socio IVÁN TORRES es partidario del reparto de las utilidades, pero las Señoras REY y ACEVEDO son partidarias de la capitalización de las utilidades. Esta situación se extiende por tres (3) años y se genera un gran conflicto entre el Señor TORRES y las Señoras REY y ACEVEDO. Incluso, a pesar de los beneficios que

está generando la sociedad, el Señor TORRES propone la disolución y liquidación anticipada de la sociedad. Esta situación empieza a generar dificultades al interior de la sociedad, ya que la Junta de Socios no logra ponerse de acuerdo para tomar decisiones. En el contrato de sociedad se pactó la cláusula arbitral para resolver las diferencias entre los socios. Pero ninguna de las partes en conflicto hace uso de ella por los costos.

La Señora REY y la Señora ACEVEDO acuden a un Centro de Conciliación y solicitan la convocatoria del Señor TORRES a una audiencia de conciliación

### Preguntas CASO No. 3

1. ¿En qué consiste el conflicto entre el Señor TORRES y las Señoras REY y ACEVEDO?
2. ¿Legalmente se puede llegar a un acuerdo respecto al reparto de las utilidades comprobadas de la empresa?
3. Si las Señoras REY y ACEVEDO manifiestan no estar en condiciones de adquirir el derecho del Señor TORRES, pero sí tener un tercero interesado en adquirir ese derecho, ¿es viable que el tercero pueda adquirir el derecho? Y si la discrepancia es por el precio de las cuotas de interés social ¿cómo se podría resolver esta controversia?
4. ¿Es posible que en virtud de la conciliación se reformen los estatutos de la sociedad?
5. ¿Durante la conciliación se puede invitar y permitir que intervenga el tercero interesado en adquirir el derecho del Señor TORRES?
6. ¿Se puede entender que el acta de conciliación, debidamente aprobada por el conciliador e inscrita en el Centro de Conciliación, en que se llega a un acuerdo de cesión de las cuotas de interés social del Señor TORRES a favor del tercero, en la que intervinieron todos los socios de la sociedad, es un acta de Junta de Socios?

### Respuesta CASO No. 3

1. En la forma como se debe administrar la sociedad. Las partes tienen visiones diferentes del negocio. Mientras el Señor TORRES quiere que las utilidades sean repartidas (seguramente con el propósito de invertir en otros negocios) las Señoras REY y ACEVEDO quieren que las utilidades sean capitalizadas para fortalecer la empresa.
2. Sí. Los socios de una sociedad pueden llegar a un acuerdo respecto al reparto de las utilidades, como por ejemplo que el 100% sea repartido a los socios, o un porcentaje, e incluso que la totalidad de las utilidades sea capitalizada. Es más, se puede pactar que la totalidad de las utilidades,

o un porcentaje de ellas, sea repartido a los socios pero en varios instalamentos. Incluso, nada impide que unos socios sí capitalicen las utilidades y otros no.

3. Sí. Efectivamente, una posible solución para esta controversia es que un tercero, aceptado por las socias REY y ACEVEDO, adquiera la participación del Señor TORRES. Si hay discrepancia respecto al precio la solución está en designar un perito, cuyo concepto sea obligatorio para las partes, que fije razonadamente el precio. También se puede llegar a un acuerdo en virtud del cual sea la sociedad la que adquiera la participación del Señor TORRES, asunto en el que estamos frente a un caso de receso o de retiro.
4. Sí, siempre y cuando la conciliación sea celebrada y acordada por las mayorías estatutariamente fijadas. Como se trata de una sociedad limitada, esto es, de personas, se requiere una mayoría significativa. Incluso, si nada se dijo en los estatutos, se requiere unanimidad para reformar los estatutos. En este caso, la conciliación debe llevarse a cabo por la TOTALIDAD de los socios, que pueden válidamente deliberar y decidir en el Centro de Conciliación y el acta de conciliación también será el acta de la Junta de Socios. Seguramente será una Junta de Socios Universal o Plenaria, la cual resulta perfectamente válida, así como también lo decidido. Por lo tanto, pueden los socios, a través de la conciliación, reformar los estatutos sociales.
5. Sí. Es perfectamente posible e incluso necesario. En caso que un tercero esté interesado en adquirir el derecho del Señor TORRES por sugerencia de las Señoras REY y ACEVEDO, resulta lógico y necesario invitarlo a la conciliación para poder llevar a cabo la negociación como una alternativa de solución del conflicto que se presenta.
6. Sí. Efectivamente el acta de conciliación también es el acta de la junta de socios.

## GLOSARIO

**ACTA DE CONCILIACIÓN.** Documento en el que constan las declaraciones de voluntad de las partes que han concurrido a la conciliación y de común acuerdo han solucionado el conflicto existente entre ellas.

**CONCILIACIÓN.** Es un mecanismo alternativo de resolución de conflictos, mediante el cual las personas que tienen un conflicto, de manera voluntaria y libre y con la intermediación de un tercero imparcial y neutral, buscan obtener un acuerdo que ponga fin a esa situación de controversia.

**CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL EN DERECHO CIVIL.** Es una clase de conciliación en virtud de la cual dos o más personas, con la intervención de un tercero denominado conciliador, resuelven de manera autónoma, libre y satisfactoria conflictos conciliables, transigibles o desistibles de contenido económico, referidos a derechos y obligaciones y contratos.

**CONDICIONES O ELEMENTOS DE EXISTENCIA DE LA CONCILIACIÓN.** Son los necesarios para que la conciliación exista o nazca al derecho; estos elementos son: dos o más partes con intereses contrapuestos, la existencia entre ellas de un conflicto o controversia para solucionar, la intervención del conciliador y el acuerdo de voluntades total o parcial sobre ese conflicto.

**CONDICIONES O ELEMENTOS DE VALIDEZ DE LA CONCILIACIÓN.** Son los necesarios para que la conciliación, que ya existe como tal, se considere eficaz, por cuanto se realizó sin desconocimiento de normas de orden público jurídico. Son: capacidad de ejercicio, declaración de voluntad sin vicios, objeto y causa lícitos y ausencia de lesión enorme.

**COSA JUZGADA DE LO CONCILIADO.** Significa que si las partes han llegado a un acuerdo conciliatorio, no pueden ir de nuevo a donde un juez por el mismo caso, ni tampoco solicitar de nuevo la conciliación.

**HABILITACIÓN DEL CONCILIADOR.** Se presenta cuando la parte convocada, en la solicitud de conciliación, manifiesta que acepta como conciliador a quien ha sido designado por el solicitante. La inhabilitación es lo contrario y se presenta si la parte convocada manifiesta que no está de acuerdo con esa designación; es decir, lo inhabilita.

**IMPUGNACIÓN DEL ACUERDO DE CONCILIACIÓN.** Facultad que tienen las partes para acudir ante los jueces para solicitarles que dejen sin eficacia el acuerdo conciliatorio, si consideran que durante su trámite se han quebrantado sus derechos fundamentales o se incumplen los elementos de validez. Excepcionalmente la tiene el Ministerio Público.

**MÉRITO EJECUTIVO DE LO CONCILIADO.** Efecto que se predica del acuerdo de conciliación, en virtud del cual si una parte no cumple lo convenido,

puede la otra iniciar un proceso ejecutivo para su cumplimiento, siempre y cuando contenga una obligación clara, expresa y exigible.

**RECONSTRUCCIÓN DEL ACTA DE CONCILIACIÓN.** Acto que se efectúa por el director del centro de conciliación, el notario o el funcionario conciliador si se pierde o destruye el acta de conciliación y cuya finalidad es la de elaborar nuevamente ese documento.

**REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD.** Requisito que obliga, para algunos asuntos señalados expresamente por el legislador, a quien desee iniciar un proceso judicial, a solicitar primero la conciliación, pues si así no lo hace el juez civil no puede tramitar el asunto.

**SUSPENSIÓN DE LA CADUCIDAD.** Efecto de la presentación de la solicitud de conciliación extrajudicial ante el conciliador, cuando ésta es requisito de procedibilidad, que permite que deje de contarse el tiempo establecido por el legislador para la caducidad del derecho.

**SUSPENSIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN.** Efecto de la presentación de la solicitud de conciliación extrajudicial, si es requisito de procedibilidad, ante el conciliador, que permite que deje de contarse el tiempo establecido por el legislador para la prescripción de la acción.

**BIBLIOGRAFÍA**

BASTIDAS De Ramírez, Raquel, (2002), La Cultura de la Conciliación, Ediciones Jurídicas Ibáñez, Bogotá.

CRISTANCHO Moyano, Juan Pablo, (2002), La Conciliación y Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos, Ediciones Librería del profesional, Bogotá.

FLÓREZ Gacharná, Jorge, (2004), La Eficacia de la Conciliación, Ediciones Librería del Profesional, Bogotá.

GIL Echeverry, Jorge Hernán, (2003), La Conciliación Extrajudicial y la Amigable Composición, Editorial Temis, Bogotá.

GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo, (1996), Mediación y Reforma Procesal, Sociedad Anónima Editora Comercial, Industrial y Financiera, Buenos Aires.

HOYOS Botero, Consuelo, (2005), La Conciliación un Modelo Bioético Hermenéutico, Señal Editora, Medellín.

JUNCO Vargas, José Roberto, (2007), La Conciliación, Aspectos Sustanciales y Procesales, Editorial Temis y Ediciones Jurídicas Radar, Bogotá.

MINISTERIO del Interior y de Justicia, Módulo para Centros de Conciliación, Programa para la Modernización de la Administración de Justicia FES-AID, Bogotá.

MINISTERIO del Interior y de Justicia, (2004), Conciliación y Arbitraje – Normatividad, Jurisprudencia y Conceptos-, Milenio Editores e Impresiones, Bogotá.

ROMERO Díaz, Héctor, (2006), La conciliación Judicial y Extrajudicial su Aplicación en el Derecho Colombiano, Editorial Legis, Bogotá.

ROMERO Gálvez, Salvador Antonio, (2003), Conciliación: Procedimiento y Técnicas de Conciliación, Capítulo V, -Tratado de Gestión de Conflictos, Negociación Directa y Asistida-, ASOPDES.

SUÁREZ Suárez, Evelio, (2001), La Conciliación Preprocesal en Materia Civil, en XXII Congreso Colombiano de Derecho Procesal, Universidad Libre.

## BIBLIOGRAFÍA

UNIVERSIDAD DEL ROSARIO, (2007), Temas Estructurales en torno al Arbitraje, la Conciliación y la Negociación, Hernando Herrera Mercado y Fabricio Mantilla Espinosa editores, Editorial Universidad del Rosario, Bogotá D.C.

VARÓN Palomino, Juan Carlos, (1997) ¡Mejor Conciliemos! Una opción efectiva para la solución de las diferencias civiles y comerciales, Programa de fortalecimiento de métodos alternos para la solución de controversias, proyecto BID y Cámara de Comercio de Bogotá, Bogotá.

VARIOS AUTORES, (2006), Ensayos sobre Mediación, presentado por ANNE KAFZYK, Editorial Parrúa, México.

VELILLA Moreno, Marco Antonio, (2006), Negociación Nacional e Internacional, Biblioteca Millennio, Colección Derecho Económico y de los Negocios, Grupo Editorial Ibáñez.



