

EL ACUERDO CONCILIATORIO:  
UN NUEVO NEGOCIO JURÍDICO

ADRIANA ELVIRA POSSO RAMÍREZ

UNIVERSIDAD PONTIFICIA BOLIVARIANA

FACULTAD DE DERECHO

MEDELLÍN

2013

## CONTENIDO

GUÍA METODOLÓGICA .....	3
I. RESUMEN.....	4
II. INTRODUCCIÓN. UNA APROXIMACION INICIAL .....	5
III. FORMAS DE ELIMINACION DEL LITIGIO .....	7
IV. FUENTES DEL DERECHO.....	8
V. DOS FUENTES DEL DERECHO DE NORMAS PARTICULARES: PROCESO CONCILIATORIO Y PROCESO JURISDICCIONAL .....	10
1. PRESUPUESTOS DE VALIDEZ DEL ACUERDO CONCILIATORIO Y DE LA SENTENCIA.....	10
1.1. Órgano competente .....	10
1.2. Las potestades de dos órganos, del conciliador y del juez. ....	10
1.3. Acuerdo conciliatorio y negocio jurídico. Sus fuentes formales.....	15
1.4. Potestades públicas del Conciliador. ....	16
2. LAS POTESTADES PÚBLICAS DEL CONCILIADOR Y LA NATURALEZA DEL ACUERDO CONCILIATORIO .....	18
3. SANCIONES AL ACUERDO CONCILIATORIO DESVIADO. ....	20
3.1. Falta de investidura de conciliador .....	20
3.2. Falta de competencia del conciliador.....	20
3.3. Irregularidades en el trámite de convocatoria .....	20
3.4. Celebración de la audiencia. Sus irregularidades .....	21
3.5. Homologación del acuerdo. Condición de existencia.....	21
3.6. Redacción del acta. No cumplimiento de los presupuestos del título ejecutivo .....	21
3.7. Firma del acta. Falta de firma.....	22
3.8. Registro del acta .....	22
VI. CONCLUSIONES A MODO DE CIERRE .....	23
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....	25

## GUÍA METODOLÓGICA

Con el trabajo se pretende reflexionar sobre la posición doctrinal y jurisprudencial acerca de la naturaleza del acuerdo conciliatorio, para concluir si en verdad, la misma corresponde única y exclusivamente al ejercicio de la autonomía privada y por ende está desprovista de elementos de carácter público, desarrollando el trabajo mediante una investigación dogmática *de lege lata*.

Para abordar el trabajo, se comenzó con las lecturas de las sentencias de la Corte Constitucional, al análisis de la posición doctrinal al respecto - de que da cuenta la bibliografía del artículo- para describir el estado actual del arte. Luego se realizó una interpretación sistemática, para señalar el hilo conductor del procedimiento conciliatorio contrastándolo con el negocio jurídico y la sentencia. Para ello fue necesario acudir al concepto de fuentes del derecho, de autonomía de la voluntad y al de función jurisdiccional, lo que permitió comparar acuerdo conciliatorio, sentencia y negocio jurídico y establecer sus semejanzas y sus diferencias.

Lo más importante de la comparación señalada, fue que permitió establecer las relaciones y las diferencias entre acuerdo conciliatorio, sentencia y negocio jurídico, luego de lo cual se abordó una discusión al respecto con los profesores Alberto Ceballos, Guillermo Montoya, Carlos Julio Arango, José David Posada y Rafael Peláez, lo que permitió resolver el problema planteado, concluyendo que el acuerdo conciliatorio es un nuevo negocio jurídico con connotaciones de derecho público que trascienden la esfera de lo simplemente privado y que inciden en las sanciones a imponer frente a los actos de desviación en la creación del acuerdo conciliatorio.

# EL ACUERDO CONCILIATORIO: UN NUEVO NEGOCIO JURIDICO

---

Adriana Elvira Posso Ramírez\*

## I. RESUMEN

A pesar de la importancia de la conciliación, ésta ha tenido un tímido desarrollo doctrinal y jurisprudencial; por ello cabe preguntarse por la estructura jurídica que esta tiene, pues al respecto hay posiciones encontradas: entre ellas, un sector doctrinal sostiene que la conciliación es un negocio jurídico y, por el contrario, otro sector le niega tal naturaleza jurídica y le atribuye una connotación estrictamente procesal. Es en este contexto en el que se aborda este estudio para determinar cuál es realmente la naturaleza de ese mecanismo.

Para desarrollar el tema propuesto, se aborda un estudio sobre el proceso jurisdiccional y el *iter* negocial privado; todo ello en un constante análisis comparativo con el acuerdo conciliatorio, resaltando qué elementos comunes tienen y cuáles los diferencian, para concluir, a partir de los mismos, que el acuerdo conciliatorio es un nuevo negocio jurídico, con elementos propios y diferentes desde sus presupuestos de existencia y validez con la teoría clásica del negocio jurídico, lo que además resulta importante para conocer las sanciones a aplicar frente a los actos de desviación en que se incurra en el trámite del proceso conciliatorio.

En suma, el acuerdo conciliatorio halla sus notas distintivas frente a otros negocios jurídicos, no tanto en lo que declara y obliga, sino en su técnica de producción, en las características de la fuente formal del derecho que lo origina.

**Palabras clave:** proceso, fuente formal del derecho, conciliación, autonomía de la voluntad, negocio jurídico, jurisdicción, cosa juzgada.

---

\*Adriana Elvira Posso Ramírez. Abogada, Universidad Autónoma Latinoamericana, Medellín. Especialista en Derecho Procesal y Privado, Universidad Pontificia Bolivariana (UPB). Línea de interés: Énfasis en Derecho Privado. [adriposso@une.net.co](mailto:adriposso@une.net.co)

## II. INTRODUCCIÓN. UNA APROXIMACION INICIAL

En Colombia surge la conciliación como una respuesta a los graves problemas de congestión que sufre la administración de justicia; por ello se ha distorsionado la función más importante de la conciliación, que no tiene como finalidad precisamente la de impactar la congestión judicial sino que su teleología está animada por un valor superior, cual es el logro de una convivencia social armónica, basada en la superación del conflicto intersubjetivo mediante el uso de un mecanismo en el que prevalecen el diálogo, el consenso y el respeto por el otro.

Dada la importancia de la conciliación como una provechosa y estimulante opción social para la eliminación del litigio, el presente artículo pretende identificar cuál es la estructura jurídica del acuerdo conciliatorio. Al respecto, son tres las teorías acerca de la naturaleza jurídica del acuerdo conciliatorio: de naturaleza procesal jurisdiccional, de naturaleza negocial y, así mismo, se habla de una teoría mixta que recoge los argumentos de carácter procesal y negocial.

En primer lugar, se afirma que el acuerdo conciliatorio es de carácter procesal jurisdiccional con fundamento en que el artículo 116 de la Constitución atribuyó al conciliador potestad para ejercer función jurisdiccional mediante un proceso conciliatorio y en que el acuerdo, al que se llega después de desarrollar y cumplir con todas las etapas que la ley prevé para su trámite, tiene efectos de cosa juzgada, es decir, que el negocio logrado es el acto de cierre definitivo del orden jurídico, es el último momento de creación del derecho. Asimismo, se apoya esta teoría en las sentencias C -592 de 1992 y C-1195 de 2001 de la Corte Constitucional, que señalan que en la conciliación se debe respetar el debido proceso.

La segunda perspectiva, que habla del acuerdo conciliatorio como negocio jurídico, se fundamenta en la posición jurisprudencial (sentencia 4624 de 1992 de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia) que enmarca dicho acuerdo en la autonomía de la voluntad, ya que son las partes directamente involucradas en el conflicto, las que determinan si concilian o no, y en caso afirmativo, son ellas las únicas facultadas para determinar el contenido y el alcance del mismo.

Por su parte, en tercer lugar, la teoría mixta recoge y balancea los argumentos de las teorías jurisdiccional-procesal y del negocio jurídico, para concluir que el acuerdo conciliatorio es de naturaleza ecléctica, ya que es procesal, pues debe cumplir con todas las etapas previamente señaladas por la ley para lograr el acuerdo conciliatorio, y que, como negocio jurídico, se manifiesta en el acuerdo allí logrado que representa la expresión de la libre voluntad de las partes con la finalidad de componer el litigio.

Si se enmarca el acuerdo conciliatorio dentro de la teoría de la autonomía de la voluntad, no cabe duda que éste no es más que un negocio jurídico y, por ende, bastaría la firma de las partes en el respectivo documento, para que el acuerdo produzca plenos efectos jurídicos. Sin embargo, esto no es posible, pues es la misma ley la que exige que el acta, que contiene el acuerdo obtenido en Centro de Conciliación, primero, sea homologada por el conciliador y, además, sea registrada; y sólo a partir de esta última actuación, el documento presta mérito ejecutivo y tiene efectos de cosa juzgada. Así mismo, en materia administrativa, el *iter* negocial se torna más complejo pues

se hace necesario, para que el acuerdo conciliatorio se perfeccione, que el Juez apruebe el acto negocial; de lo contrario, el acuerdo no existe. De esta manera, resulta pertinente indagar si la participación del conciliador incide y de qué modo en la naturaleza jurídica del acuerdo conciliatorio en materia privada. Para ello, la presente investigación se abordará desde el análisis comparativo entre el proceso conciliatorio y el proceso jurisdiccional, de un lado; y del otro, entre el negocio jurídico y la sentencia, ambos actos eliminatorios del conflicto.

El trabajo se iniciará con una breve referencia a las fuentes del derecho, a la dogmática del derecho contractual, a la posición jurisprudencial y doctrinal sobre la autonomía de la voluntad, particularmente a las sentencias de la Corte Constitucional; también se acudirá al análisis de la línea institucional del Ministerio de Justicia y del Derecho sobre el acuerdo conciliatorio. Asimismo se consultará como fuentes indirectas a los diferentes docentes de distintas Universidades de la ciudad de Medellín, para proponer, finalmente, una respuesta que hable sobre cuál es la naturaleza jurídica de la conciliación en Colombia.

### III. FORMAS DE ELIMINACION DEL LITIGIO

El proceso jurisdiccional es el referente más cercano, por conocido y utilizado en nuestra comunidad política, para la solución, por vía de autoridad, de sus conflictos; pero una sociedad con vocación democrática reclama otras formas alternativas y, si se quiere, socialmente más efectivas para superar las diferencias que se presentan entre los seres humanos, habida cuenta del impacto que para las partes se deriva de una decisión heterónoma del poder jurisdiccional. Acorde con los postulados de la Constitución de 1991 de prometer una sociedad con mayor participación democrática, se abrió la opción para que los particulares transitoriamente ejerzan función pública articulada a la administración de justicia por conducto de la conciliación, dispositivo que permite la participación activa de los propios ciudadanos en la construcción de acuerdos y que, a su vez, permite alcanzar metas constitucionalmente valiosas, tales como la paz, la seguridad y el bienestar social.

Aquellos son los propósitos más importantes de la conciliación, que rescata el acuerdo directo que ya desde las XII tablas se consagraba como una herramienta eficaz para eliminar el conflicto y restablecer la convivencia. No obstante, el origen de la conciliación en Colombia se encuentra contaminado por una intención política dominante diversa del legislativo, pues centró su atención en los altos índices de congestión judicial, calificó la conciliación como un instrumento para hacer frente a la congestión y, finalmente, estableció este mecanismo como requisito de procedibilidad para evitar, en últimas, el proceso jurisdiccional. De esta manera, se le convirtió en un proyecto político de descongestión y se minimizó su valor como instrumento al servicio de la convivencia democrática.

Heterocomposición y autocomposición son las formas que el derecho reconoce para la solución de conflictos; dentro de la primera, se ubica únicamente el proceso jurisdiccional, él que termina con una sentencia; por su parte, al lado de otros procesos negociales, se encuentra la conciliación, que se enmarca como un mecanismo autocompositivo, y, que culmina con un acuerdo conciliatorio. Pese a que con la sentencia o con el acuerdo conciliatorio se cumple la misma finalidad, - eliminar el conflicto-; la diferencia entre una y la otra forma radica en su forma de producción, esto es, en el proceso que lo origina y en los sujetos que producen el acto de composición; lo que incide necesariamente en la naturaleza jurídica de cada una de ellas.

De conformidad con el artículo 116 de la Constitución, Juez y Conciliador administran justicia y cada uno de ellos lo hace observando las reglas que se señalan en la norma fundamental y en la ley. El proceso jurisdiccional se inicia con un acto de parte: la demanda, que contiene una pretensión resistida, y termina con una decisión unilateral del Juez que la heterocompone: la sentencia. Por su parte, la solicitud de conciliación es el origen del trámite conciliatorio que puede terminar con un acuerdo, un no acuerdo o una constancia. Para efectos de este artículo, sólo se examinará el acuerdo conciliatorio con el fin de determinar cuál es su estructura jurídica, si éste es eminentemente procesal en razón de la intervención de un órgano estatal (el conciliador) y de la sumisión del proceso conciliatorio al principio de legalidad de las formas, o si, por el contrario, su naturaleza corresponde a la de cualquier negocio jurídico, habida cuenta que tiene su fundamento en la autonomía de la voluntad.

Para ello, se iniciará con una referencia a los procesos de creación de norma jurídica, indagando por los presupuestos de validez formal, material y orgánica, con el propósito de identificar la naturaleza del acuerdo conciliatorio.

## IV. FUENTES DEL DERECHO

El proceso de creación del derecho se ha identificado con la expresión fuentes del derecho. Tradicionalmente se ha distinguido entre fuentes formales y materiales. Las primeras hacen referencia a los órganos competentes (Quién) para producirlas y al método (Cómo) para crearlas; las segundas atañen a los motivos que dan origen a las normas, son los acontecimientos sociales que nutren e inciden en el contenido de las normas jurídicas.

Pero, igualmente, hay que advertir que el término fuente del derecho es ambivalente: en unos casos se refiere al método de producción y en otros eventos habla del resultado. Por eso, para evitar inconsistencias teóricas, es necesario distinguir entre fuente de derecho como proceso o método, que tiene una connotación procesal, y fuente de derecho como resultado, que tiene una significación sustancial.

En el primer escenario, fuente de derecho como método que origina la norma, se incluyen el plebiscito, la legislación, la vía gubernativa, el proceso jurisdiccional y, para lo que importa en este ensayo, el proceso conciliatorio. En el segundo marco, fuente del derecho como resultado, pueden identificarse normas de orden general, tales como la Constitución, la ley, el decreto y la costumbre; y, de modo preponderante en este contexto específico, también se atribuye al proceso jurisdiccional y al proceso conciliatorio el carácter de fuentes formales del derecho, pues ambos originan una especie de norma particular o individual eliminadora del litigio, la sentencia y el negocio jurídico.

Las normas enunciadas, las primeras de carácter general y abstracto y las segundas de carácter individual, tienen el poder común de vincular con fuerza obligatoria a sus sujetos destinatarios.

En este trabajo se entenderá el concepto fuente formal del derecho en su sentido genético, como método de producción de derecho.

“Se da el nombre de fuentes a los procesos, formalmente regulados, que condicionan la producción de normas de derecho”(García, 1974, p.187). Si bien para este autor sólo las disposiciones de carácter general y abstracto tienen la naturaleza de fuente, hay otros autores, como LUIGI FERRI, que reconocen que necesariamente se da proceso de producción del derecho en todo caso en el que se ejerza el poder judicial del Estado o el poder negocial de los particulares.

Para éste último doctrinante, el proceso de creación de la sentencia, del negocio jurídico y de la ley difieren en la técnica de producción del mandato jurídico (Ferri, 1969, p. 157), pero todas se identifican por ser disposiciones con contenido normativo y que, al igual que sucede con las normas de carácter general, derivan su validez de otros mandatos que indican el procedimiento a seguir para su formación. Igualmente afirma el autor citado, que no es la generalidad lo que caracteriza la regla jurídica sino la abstracción; pues una disposición no pierde su carácter de tal por ir dirigida a un sujeto determinado; por el contrario, la abstracción exige que tanto en la ley, como en el negocio jurídico y en la sentencia, se realice el supuesto de actividad contemplado en la norma para que ésta genere efectos jurídicos.



Al respecto, la Corte Constitucional en la sentencia C-083 de 1995 señala que en la creación de toda norma jurídica se identifican dos momentos, el proceso de producción del derecho y el resultado del mismo; es en este contexto en el que ley, negocio jurídico y sentencia son el resultado final del proceso de creación del poder legislativo, del poder negocial y del poder judicial, respectivamente.

A través de proceso jurisdiccional, el Juez en la sentencia declara la regla de derecho a la que tienen que sujetarse las partes; a su vez, el negocio jurídico, que tiene su fundamento en la autonomía privada, corresponde a la norma individual y concreta que vincula con fuerza obligatoria a los sujetos que participan en el proceso negocial. En ambos supuestos, pese a que los efectos de la norma se producen en forma individual, esto es, para el caso concreto, el contenido normativo de cada uno de ellos permite que se consideren como fuentes de derecho. Ahora bien, el carácter individual de la norma, como ya se expresó, no desvirtúa el carácter de fuente del derecho, pues, como lo señala Luigi Ferri, la generalidad no es un atributo esencial del mandato jurídico sino la abstracción y tanto en la sentencia como en el negocio jurídico se generan derechos subjetivos, es decir, efectos jurídicos que deben respetarse aún por los órganos jurisdiccionales que no tienen otra opción distinta a aplicar o ejecutar el derecho que nace del uno o del otro.

La referencia a las fuentes del derecho es necesaria para identificar cuáles son los presupuestos de existencia y de validez del acuerdo conciliatorio, pues el derecho como conjunto normativo remite a tales presupuestos para determinar si una disposición pertenece al sistema jurídico, en orden a que ésta reúna los atributos de plenitud, coherencia y unidad. Se afirma, entonces, que la validez de una norma jurídica está supeditada al cumplimiento de los siguientes requisitos: a) Un órgano competente para producir el acto de creación, b) El cumplimiento del procedimiento necesario predeterminado por el orden jurídico, c) Que no sea excluida del sistema jurídico o afectada (derogada) por otra norma o suceso posterior. Al respecto, Martínez Marulanda (2000, p. 153-160) hace una presentación de la afectación (derogabilidad) y de exclusión (anulabilidad) que atacan la vigencia de la norma o la pérdida de validez, d) que no esté en contradicción con normas de superior jerarquía.

Para los efectos de este trabajo se examinarán los presupuestos de validez formal de la sentencia y del acuerdo conciliatorio, esto es, respecto al órgano competente y el cumplimiento del procedimiento previsto por las normas correspondientes.

## **V. DOS FUENTES DEL DERECHO DE NORMAS PARTICULARES: PROCESO CONCILIATORIO Y PROCESO JURISDICCIONAL**

### **1. PRESUPUESTOS DE VALIDEZ DEL ACUERDO CONCILIATORIO Y DE LA SENTENCIA**

Si bien la sentencia y el acuerdo conciliatorio son normas jurídicas subjetivas eliminatorias del litigio, tienen igual fuerza obligatoria y eliminan definitivamente el conflicto; difieren en la técnica de producción de cada una de ellas. En cada caso el órgano competente y el procedimiento –validez formal- es diferente. En definitiva, la sentencia y el acuerdo conciliatorio tienen las mismas notas distintivas, si se les observa desde la perspectiva de fuente formal del derecho como resultado o norma derivada, pero es distinto su modo de producción, es decir, las normas toman vida de procesos manifiestamente diversos; cada una está ligada a una diversa fuente formal generadora de derecho; la sentencia es el resultado de un proceso jurisdiccional y el acuerdo lo es de un proceso conciliatorio.

#### **1.1. Órgano competente**

En el proceso jurisdiccional el sujeto competente para producir la sentencia es el Juez. En el acuerdo conciliatorio, la competencia normativa radica en los sujetos del litigio; pero no basta con la manifestación de voluntad de los mismos, dirigida a producir efectos jurídicos, sino que es necesaria la presencia del conciliador, quien ejerce un control de legalidad previo y posterior al acuerdo, para determinar, en su orden, si el asunto es conciliable y para garantizar que no se menoscaben los derechos mínimos ciertos e indiscutibles de las partes.

Juez y conciliador son sujetos calificados e imparciales y son órganos titulares de una función pública llamada a desenvolver intereses supra personales; sus potestades están prediseñadas en el artículo 116 de la Constitución Nacional. La identidad en la función pública de ambos órganos y el carácter de cosa juzgada que se predica de los efectos de la sentencia y del acuerdo conciliatorio han servido para atribuir a la conciliación una naturaleza eminentemente procesal; por ello es necesario revisar tales conceptos para concluir si es válida tal apreciación.

#### **1.2. Las potestades de dos órganos, del conciliador y del juez.**

La función jurisdiccional, como manifestación de un poder soberano y exclusivo del Estado, se ejerce exclusivamente por éste, a través del órgano jurisdiccional: juez. No obstante, la Constitución en el artículo 116 (Constitución Política de Colombia), señala: “[...] Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de jurados en las causas criminales, conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley.”

De conformidad con el artículo antes citado, se desprende que por mandato expreso del constituyente, el conciliador ejerce función jurisdiccional; sin embargo, para justificar tal afirmación, no basta con la atribución que en tal sentido le señala la Constitución, sino que es

necesario revisar el concepto procesal de jurisdicción para determinar si existen diferencias entre lo que implica dicha función y la actividad del conciliador.

Para desarrollar el tema propuesto se trae la definición de jurisdicción de Díaz (1972. P. 17): “La función jurisdiccional es el poder-deber del Estado político moderno emanado de su soberanía, para dirimir, mediante organismos adecuados, los conflictos de intereses que se susciten entre los particulares y entre éstos y el Estado, con la finalidad de proteger el orden jurídico”

Con base en dicha definición se puede decir que tradicionalmente el concepto de jurisdicción se ha atribuido en forma exclusiva al Juez y necesariamente esta función está vinculada al procesamiento de la pretensión con la finalidad de dirimir el conflicto intersubjetivo de intereses mediante un acto de autoridad con fuerza vinculante para las partes: la sentencia.

### ***1.2.1. Contrastación de las potestades del juez y las potestades del conciliador.***

Para cumplir con su cometido, al juez se le atribuyen los poderes de la jurisdicción que se conocen como de decisión, ejecución y coerción, que no están presentes en la labor que cumple el conciliador.

El poder de decisión: el poder de decisión se manifiesta en las resoluciones judiciales, primordialmente en la sentencia, que es el acto que contiene el mandato concreto que regula el conflicto de intereses objeto del proceso. El ejercicio de esta potestad es ineludible, pues dada la condición para que haya proceso, una vez que cualquier persona ha ejercido su derecho fundamental a proponer una pretensión, para el juez las actividades de procesar y de heterocomponer tal pretensión se convierten en necesarias; el juez siempre está compelido a hacer el proceso y a hacer la sentencia. El acto de heterocomposición realiza el derecho de acceso a la justicia y tiene que sujetarse a los dictados del macroprincipio universal del debido proceso.

El acto de autoridad, que entraña la sentencia, es el dato diferenciador que caracteriza la potestad jurisdiccional; el poder privativo y excluyente de crear heterónomamente el mandato concreto, que regula el litigio, es lo que distingue la labor del juez; es lo que constituye el núcleo central del poder jurisdiccional y lo que diferencia al juez de cualquier otro órgano. Este poder de decisión, por el contrario, está ausente en el elenco de atribuciones del conciliador, quien es absolutamente incompetente para emitir un juicio sobre el litigio vinculante para las partes. Los sujetos del conflicto intersubjetivo son quienes finalmente deciden si concilian o no, y, si lo hacen, son sólo ellos los que portan la competencia, de orden negocial, para determinar el contenido y el alcance del acuerdo conciliatorio.

El papel del conciliador durante el trámite conciliatorio se dirige a facilitar el diálogo entre las partes, a proponer fórmulas de arreglo, a velar por la igualdad efectiva de las mismas y a propender porque el acuerdo conciliatorio realmente corresponda a la voluntad de ellas y que no se conculquen derechos ciertos e indiscutibles, así como derechos mínimos e intransigibles, tal como lo ordena el artículo 8 de la ley 640 de 2001.

El elenco de potestades del juez está ausente en el rol del conciliador:

### **a) Poder de decisión.**

Como se expresó antes, todo proceso, como expresión del derecho fundamental de acceso a la justicia, esta compelido a producir una sentencia, salvo que salte un modo autocompositivo que obligue a la terminación del proceso por carencia sobreviniente de objeto; por su lado, en el trámite conciliatorio el acuerdo es contingente, puede o no darse, pues se reitera, la potestad de conciliar recae sólo en los sujetos involucrados en el conflicto, únicos legitimados para producir la declaración de voluntad dirigida a extinguir el litigio.

### **b) Poder de ejecución.**

Revela la atribución que tiene el titular de la jurisdicción para hacer cumplir la decisión judicial, aún contra la voluntad de los destinatarios de la misma. Pese a las pocas excepciones que establece la ley 640 de 2001 en materia de alimentos de menores, la regla general es que el conciliador no tiene poder de ejecución y, en consecuencia, frente al incumplimiento del acuerdo conciliatorio será el juez y no el conciliador el que logre el cumplimiento coactivo del mismo.

### **c) Poder de coerción.**

Se traduce en la facultad que tiene el juez de imponer sanciones y de emitir órdenes a la fuerza pública para garantizar el cumplimiento de sus órdenes y de sus decisiones. Igualmente el conciliador carece de esta facultad, pues si bien la ley 640 de 2001 establece sanciones pecuniarias y de índole jurídica para quien no justifica su no comparecencia a la audiencia de conciliación, cuando se le citó debidamente, en este supuesto, el conciliador sólo se limita a dejar constancia de ello en el acta, pero será el juez de conocimiento el que imponga la respectiva sanción legal.

## **1.2.2. Unas primeras conclusiones.**

Si el conciliador carece de los poderes de decisión, de ejecución y de coerción, que caracterizan la función jurisdiccional, desde la perspectiva procesal no podrá calificarse como jurisdiccional el papel que desempeña el conciliador durante el trámite conciliatorio, sólo porque así lo enuncia la Constitución Nacional.

En consonancia con la norma fundamental, en las sentencias C-893 de 2001 y C-902 de 2008 la Corte Constitucional señaló que el conciliador ejerce función jurisdiccional en atención a que: a) transitoriamente administra justicia, porque el acuerdo conciliatorio al igual que la sentencia elimina definitivamente el conflicto; y, b) porque también, al igual que la sentencia, el acuerdo conciliatorio presta mérito ejecutivo y hace tránsito a cosa juzgada.

El texto exacto del argumento de la Corte (C. Const., 2001, C-893) es el siguiente: “[El acuerdo conciliatorio] es un acto jurisdiccional, porque la decisión final, que el conciliador avala mediante un acta de conciliación, tiene la fuerza vinculante de una sentencia judicial (*res iudicata*) y presta mérito ejecutivo (art. 66, Ley 446 de 1998)” (p.18).

Si se descompone este argumento se tendrá que sus elementos son los siguientes:

Premisa 1 (expresa): El acuerdo conciliatorio tiene efecto de cosa juzgada.

Premisa 2 (expresa): El acuerdo conciliatorio presta mérito ejecutivo.

Premisa 3 (tácita): El efecto de cosa juzgada es exclusivo de la sentencia, acto jurisdiccional de cierre.

Premisa 4 (tácita): El mérito ejecutivo es igualmente un atributo privativo de la sentencia.

Conclusión: Luego el conciliador ejerce función jurisdiccional.

Un análisis del argumento puede dar lugar a las siguientes consideraciones:

Las premisas 1 y 2 dan por supuesto, lo que no es cierto, que el conciliador es el sujeto que origina el acuerdo conciliatorio, cuando en verdad el conciliador no heterocompone, sino que homologa o valida un negocio jurídico creado por las partes. Luego, estas premisas no pueden apoyar ningún enunciado conclusivo que asevere que el acto de “avaluar” un acuerdo de las partes es igual a “decidir”. Un juez, nunca, en ejercicio de su poder de decisión, avala, homologa o valida actos de otros; decide.

Y, además, en las premisas tácitas 3 y 4 se parte de otro supuesto común falso, cual es que el Efecto de la cosa juzgada y el mérito ejecutivo son notas distintivas exclusivas de la sentencia.

Sin hacer mucho esfuerzo racional, baste mirar las siguientes disposiciones del derecho positivo colombiano que dan cuenta de lo contrario:

- El artículo 488 del C. de P.C., que caracteriza el título ejecutivo y que en el universo de títulos ejecutivos incorpora un sinnúmero de actos distintos a la sentencia de condena, pone en evidencia que el mérito ejecutivo es un atributo compartido por la sentencia y otros muchos documentos.
- El añejo artículo 2483 del Código Civil dispone: “La transacción produce el efecto de cosa juzgada en última instancia; pero podrá impetrarse la declaración de nulidad o la rescisión, en conformidad a los artículos precedentes.” La transacción, que es negocio jurídico eliminatorio del litigio, al igual que la sentencia, tiene la fuerza de la cosa juzgada.
- El artículo 131 de la ley 446 de 1998, cuya vigencia decayó el 12 de Octubre de 2012 por lo dispuesto en el artículo 118 de la Ley 1563 de 2012, fijó los efectos de la amigable composición de la siguiente manera: “La decisión del amigable componedor producirá los efectos legales relativos a la transacción”. El acto que emite el amigable componedor, del mismo modo que la transacción, elimina el litigio, con efectos de cosa juzgada.

El argumento expuesto, entonces, tiene premisas que no son ciertas, y tampoco la Corte ha hecho un esfuerzo por demostrarlas, una falacia por lo que su conclusión no es verdadera.

Pero si se analiza con detenimiento lo fenomenológico, lo que sucede en los procesos jurisdiccional y conciliatorio, se podrá concluir lo siguiente:

Que la sentencia y el acuerdo conciliatorio son actos de cierre final del proceso jurisdiccional y del proceso conciliatorio, respectivamente, y ambos son normas subjetivas eliminatorias del conflicto con los efectos procesales de cosa juzgada y mérito ejecutivo; sin embargo, si bien la Constitución Política de Colombia habilita a particulares para transitoriamente administrar justicia, conforme a la argumentación precedente, ello por sí sólo no es suficiente para predicar que en el caso concreto del conciliador, éste ejerza función jurisdiccional.

Ahora bien, la potestad soberana del Estado determina qué órganos diferentes al juez permanente adscrito a la organización judicial pueden ejercer función jurisdiccional y los habilita excepcionalmente para administrar justicia; este modelo de jueces distintos a los funcionarios del poder judicial, dan vida a lo que se conoce como equivalentes jurisdiccionales. Pero, dicha habilitación generalmente sólo comprende el poder de decisión, pues el Estado reserva los poderes de ejecución y coerción al órgano jurisdiccional por excelencia, el juez.

Por todo lo expuesto se puede afirmar, sin temor a equivocación alguna, que no puede considerarse al conciliador como un equivalente jurisdiccional, toda vez que éste sólo propone fórmulas de acuerdo, pero no decide, no juzga, no impone su voluntad. La conciliación es una forma autocompositiva, en la cual, como su nombre lo indica, son las partes en conflicto las que directamente ponen fin al mismo a través del acuerdo y como ya se expresó, el conciliador carece del elemento más importante de la jurisdicción: la función decisoria. En derecho las cosas no son como se denominan, sino que son sus elementos determinantes los que finalmente permiten conocer su naturaleza.

### ***1.2.3. De la cosa juzgada.***

Por mandato legal expreso (Congreso de la República, Ley 446 de 1998, Artículo 66; Ley 640 de 2001, Artículo 14; Decreto 1818 de 1998, Artículo 3) el acuerdo conciliatorio produce efectos de cosa juzgada, esto es, la regla que nace del acuerdo, al igual que sucede en la sentencia, se incluye en el orden jurídico como el último momento de creación del derecho; es la última expresión del derecho cuyo contenido debe respetarse por todos: por el juez, por las partes y por los demás integrantes de la comunidad. Inmutabilidad e imperatividad son los efectos que se derivan de la cosa juzgada y que permiten identificar un elemento común al acuerdo conciliatorio y a la sentencia. Sin embargo, el atributo de la cosa juzgada no es exclusivo de la decisión judicial y del acuerdo conciliatorio, pues el contrato de transacción, así como el desistimiento o la aceptación, gozan también de los mismos efectos y en su formación sólo confluye la voluntad de las partes.

Por otro lado, el tema de la naturaleza de la cosa juzgada no es pacífico, pues hay quienes sostienen que sus efectos son frente al proceso ya que vincula al Juez, pero es de naturaleza sustancial atendiendo a que la misma opera "...sobre la situación sustancial, en cuanto esta última no podría ya obtener una diversa regulación judicial" (Vellani, 1963, p.165). De esta manera, el atributo de la cosa juzgada no es determinante para la calificación procesal de la conciliación.

A diferencia de la transacción que sólo exige las declaraciones de voluntad coordinadas (oferta y aceptación) para que el contrato se perfeccione y, por ende, produzca el efecto de cosa juzgada, en el acuerdo conciliatorio se exige, además, un acta contentiva del acuerdo, la homologación del conciliador y el registro del acta de conciliación en el centro de conciliación. Así las cosas,

nuevamente se pone de manifiesto que en el trámite de la conciliación hay concierto de la potestad privada de las partes que dan vida al acuerdo con la potestad pública representada en el papel del conciliador quien ejerce un control de legalidad sobre el mismo. El conciliador no sólo debe elaborar y suscribir la respectiva acta de conformidad con lo prescrito por la ley (Congreso de la República, Ley 640 de 2011, Artículo 1), sino homologar el acuerdo y registrar dicho documento público en el centro de conciliación. Esta mixtura de potestades privadas y públicas en un mismo trámite hace dudar de la tesis que predica el carácter estrictamente privado de la conciliación en el derecho colombiano, donde la injerencia del legislador en el trámite de la misma, ha hecho que se desborde la naturaleza estrictamente privada de la conciliación.

### **1.3. Acuerdo conciliatorio y negocio jurídico. Sus fuentes formales.**

Se asimila el acuerdo conciliatorio al negocio jurídico, al afirmar que el acuerdo conciliatorio no es más que el resultado de la voluntad reflexiva de las partes, dirigida a producir efectos jurídicos, y que, en ese consenso, sólo participan ellas, pues finalmente son las únicas legitimadas para determinar el contenido y el alcance del acuerdo conciliatorio.

La producción normativa por parte de los particulares se fundamenta en la autonomía privada, esto es, en el reconocimiento del Estado y del orden jurídico a los particulares para que se autorregulen, permitiéndoles definir la regla jurídica que impactará solo los intereses propios y cuya manifestación principal es el negocio jurídico.

La conciliación en principio tiene el mismo fundamento, el poner al alcance de los particulares mecanismos alternos que les permitan autocomponer sus diferencias sin acudir a la heterocomposición mediante proceso jurisdiccional. Sin embargo, la fuerte intervención legislativa ha hecho que la conciliación desborde los linderos de la autonomía privada, pues el acuerdo no puede desligarse del trámite previo, de su componente procesal reglado, ni de las potestades públicas que le corresponden al conciliador.

Si volvemos a la categoría jurídica fuente del derecho, nuevamente se hace expresa la necesidad de distinguir de modo nítido entre el proceso de creación de la norma y el resultado, es decir, entre el *iternegocial* puramente privado (proceso negocial) y el proceso conciliatorio que, respectivamente, dan origen al negocio jurídico y al acuerdo conciliatorio.

Para la formación del negocio jurídico, se requiere la voluntad objetiva de las partes, esto es, la declaración dirigida a crear efectos jurídicos, lo que generalmente se logra a través de dos momentos: el de la emisión de la oferta y el de su posterior aceptación.

En el proceso de creación del negocio jurídico, se establece una distinción de sus elementos: elementos de existencia y elementos de validez. La voluntad manifestada, el objeto y la forma solemne son requisitos de existencia y por su parte los de validez conciernen a la capacidad, a la ausencia de vicios de voluntad, a la ausencia de lesión enorme, a la licitud del objeto, a la licitud de la causa y a la plenitud de las formalidades previstas por la ley.

Si se examinan los presupuestos de existencia y validez del negocio jurídico, se concluye con seguridad que el acuerdo conciliatorio requiere para su eficacia de tales presupuestos. Pero si se recuerda el concepto de fuentes de derecho, el acuerdo, que es el resultado final del proceso de

creación del mismo, precisa, para su validez formal, del cumplimiento de las normas referentes a la competencia del conciliador y de las formas procesales previstas para su creación, esto es el procedimiento señalado en la ley 640 de 2001.

Es aquí donde se perciben diferencias notorias entre el negocio jurídico y el acuerdo de conciliación que deben examinarse para concluir si las mismas conducen a desnaturalizar la teoría de que el acuerdo conciliatorio es un negocio jurídico tradicional o si constituye una nueva modalidad de negocio. En el acto jurídico común las partes por sí mismas convienen en la oferta y la aceptación, sin que medie competencia normativa diferente a la propia voluntad objetiva. De esta manera, los sujetos del litigio por sí mismos, sin la intervención de un tercero con competencias públicas, ejercen su potestad negocial; para que el acto jurídico produzca efectos basta la convergencia de voluntades de los mismos sujetos.

#### **1.4. Potestades públicas del Conciliador.**

En el trámite conciliatorio, además de los sujetos de la relación jurídica afirmada, interviene un sujeto habilitado por ley para dirigir el proceso conciliatorio, esto es, un particular investido transitoriamente de función pública, cuyas potestades son indelegables por mandato del artículo 116 (Constitución Política de Colombia), entre las que se encuentran:

##### ***1.4.1. Control de admisibilidad de la solicitud***

El trámite conciliatorio, al igual que el proceso jurisdiccional, se inicia con una solicitud dirigida a un tercero imparcial, calificado y especialmente habilitado por la ley para officiar como conciliador; el acto que provoca el proceso conciliatorio se presenta ante un Centro de Conciliación debidamente autorizado para apoyar el trámite o ante una autoridad calificada por la misma ley para ejercer tal función. La solicitud tiene que identificar los elementos del litigio (sus sujetos, las razones de hecho y el contenido esencial del acuerdo al que se aspira a llegar). Esta exigencia está soportada en varias razones, entre ellas: 1ª.) el conciliador, al igual que el Juez, ejerce un control de legalidad previo, para determinar no sólo su competencia en el asunto, sino para establecer si el asunto es o no susceptible de conciliación. 2ª.) Si la conciliación es presupuesto de procedibilidad del proceso jurisdiccional, el conciliador, con base en el escrito de solicitud, debe generar el certificado que da cuenta del fracaso del proceso conciliatorio para que pueda acudir a la sede jurisdiccional. 3ª.) El conciliador califica la idoneidad del escrito de convocatoria para hacer conocer de modo suficiente al otro sujeto del litigio a cuya conciliación se le convoca y así pre ordenar su participación en la audiencia. 4a) Igualmente el conciliador debe calificar la suficiencia de los datos de la solicitud en orden a que el convocado pueda tener la oportunidad para medir anticipadamente los efectos probatorios de su inasistencia

Por tal razón, el conciliador deberá rechazar la solicitud cuando carezca de competencia para su trámite o cuando el derecho no es disponible, como sería el caso de los derechos personalísimos, los derechos ciertos e irrenunciables, o en los que resulte involucrado el orden público, entre otros.

También podrá inadmitirla solicitud para controlar la eficacia del acuerdo, en orden a asegurar que los sujetos tengan capacidad de ejercicio para ser parte y disponer de sus derechos, bien



directamente, bien a través de su representante legal, según se trate de incapaces o personas jurídicas.

También la solicitud será inadmisibile si no contiene una presentación de los elementos centrales de la pretensión que, en caso del fracaso de la conciliación, luego será formulada ante el juez competente para heterocomponer el litigio.

#### ***1.4.2. Poder de convocatoria.***

El conciliador también porta un poder de convocatoria que tiene como fin citar, informar y garantizar al citado su participación en el trámite de conciliación. Esta autoridad del conciliador se refleja en las consecuencias adversas que para el citado siguen en el evento en que no comparezca al trámite sin justificar su inasistencia y que corresponderá al Juez determinar en el respectivo proceso: multa e indicio en contra.

Sólo el Conciliador podrá citar a las partes para que concurran a la audiencia de conciliación y, además, deberá vincular a todas aquellas personas que en su criterio deban asistir a la audiencia de conciliación, para que en caso de acuerdo éste sea oponible a aquellos que puedan resultar afectados con el mismo. Esta facultad o poder de convocatoria es indelegable, toda vez que en él recae la titularidad de la función pública.

#### ***1.4.3. Poder de dirección.***

Al igual que el Juez, el conciliador dirige el trámite conciliatorio y garantiza la igualdad de los sujetos involucrados en el mismo. Compete al conciliador velar porque el trámite de la conciliación se ajuste a cada una de las fases y momentos previstos por el legislador. No es posible el trámite conciliatorio sin la presencia del conciliador, quien deberá intervenir activamente, no sólo dando impulso al trámite conciliatorio y garantizando que se cumpla el debido proceso, sino motivando a las partes para que superen sus diferencias y proponiendo fórmulas de acuerdo.

#### ***1.4.4. Control de legalidad posterior.***

Es diferente lo que sucede en el *iter* negocial privado, donde no se requiere la mediación de un tercero para producir el resultado, pues basta la fusión de voluntades para que se generen efectos jurídicos. Por el contrario, el conciliador ejerce un control de legalidad posterior al acuerdo, para asegurar que éste revele el cumplimiento de los presupuestos de existencia y validez del acuerdo, no conculque derechos ciertos e indiscutibles, ni mínimos e intransigibles y que su formalización evidencie el cumplimiento de los requisitos documentales propios del título ejecutivo.

En consecuencia, no basta el acuerdo entre convocante y convocado, pues a pesar de la convergencia de sus voluntades, el conciliador debe homologarlo, acto que reclama la declaración expresa de validación y la firma en el acta. Por su parte, el Centro de Conciliación no podrá registrar el acta que no llene los requisitos que señala la norma (Congreso de la República, Ley 640 de 2001, Artículo 1) y sólo a partir de su registro se producen los efectos de cosa juzgada y mérito ejecutivo.

## 2. LAS POTESTADES PÚBLICAS DEL CONCILIADOR Y LA NATURALEZA DEL ACUERDO CONCILIATORIO

En diferentes sentencias, la Corte Constitucional (C-160 de 1999 y C-598 de 2011) ha enfatizado que el carácter autocompositivo es de la esencia de la conciliación, pues sólo las partes, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, pueden lograr un acuerdo. Agrega la misma corporación que la presencia del conciliador no incide en el acuerdo, porque éste no impone la solución.

Igualmente, la citada Corte ha señalado que la inobservancia del trámite de conciliación, que consagró el legislador en uso de la facultad configurativa, vulnera el debido proceso y por ello procede la acción de tutela con el fin de garantizar la validez externa de la conciliación (Sentencia C-1195 de 2001).

En efecto, el propósito original de la conciliación es permitir que la solución del conflicto intersubjetivo de intereses provenga de los sujetos involucrados en el mismo y en ese marco teleológico aparece el conciliador como un tercero neutral que facilita el diálogo y el entendimiento para que las partes construyan su acuerdo y que sólo requiere ser depositario de la confianza de los interesados, pero no de calificación alguna. Bajo ese marco, en principio no se requiere la consagración legal de esta figura, para reconocer la eficacia de la conciliación para la eliminación definitiva del conflicto, que se alcanza simplemente cuando el acuerdo es el resultado del querer de las partes y la solución no obedece a un acto impositivo de un tercero, como sucede en el proceso jurisdiccional. En este supuesto no existe ninguna duda de que el acuerdo conciliatorio equivale a un negocio jurídico.

Sin embargo, en Colombia, merced al interés del Estado en este mecanismo, contrario a la idea original de la conciliación, se dotó al conciliador de facultades de gestión de la audiencia que le permiten estimular y provocar el acuerdo. El conjunto de potestades del conciliador y su participación en el proceso de construcción dan lugar a un contexto en el que se supera la connotación estrictamente negocial del acuerdo conciliatorio.

El acuerdo conciliatorio no puede desligarse de su fuente de producción, del trámite que instituyó el poder legislativo para asegurar que la función pública del conciliador cumpla su cometido, esto es, que una vez haya acuerdo se examinen sus presupuestos de existencia y de validez formal, se garantice su pertenencia al sistema jurídico y a partir de ello genere los efectos jurídicos eliminatorios del litigio que persigue.

Es precisamente la condición de validez formal del derecho, lo que sujeta el acuerdo conciliatorio al cumplimiento del trámite impuesto por la ley. Nuevamente *aparece la importancia de las fuentes para determinar la estructura del acuerdo conciliatorio. “Las fuentes formales son condicionantes instrumentales externos del nacimiento válido del derecho; de cualquiera forma de manifestación del derecho. Por ello sólo es posible reconocer como derecho a aquel dato externo (acto) cuya producción se ha sujetado a las normas preexistentes que condicionan su creación. El derecho prescribe reglas para la creación del negocio jurídico o establece requisitos para que un acto pueda calificarse como acto administrativo o, finalmente, regula el proceso jurisdiccional, que es fuente formal de una norma de carácter subjetivo, la sentencia. Hay pues, reglas de inclusión, propias del sistema, que permiten que un objeto dado sea reconocido como derecho (válido y vigente) (Ceballos Velásquez, Septiembre 2000, p.7).*

En desarrollo de lo antes expresado, no resulta fácil desconocer las competencias de orden Público, asignadas al conciliador y su incidencia en la validez formal de la conciliación; por ello el acuerdo conciliatorio no producirá ningún efecto si quien actuó como conciliador, no estaba habilitado como lo dispone la ley, o cuando aun siéndolo, no era competente para asumir el gobierno del procedimiento conciliatorio. En ambos supuestos se encuentra un elemento de validez formal diferente a la del negocio jurídico común, en el cual la presencia de los sujetos de la relación jurídica es suficiente para que el acto jurídico produzca sus efectos. La participación del conciliador calificado provee de seguridad a los particulares y al Estado que ese tercero imparcial se encuentra preparado para intervenir en la solución de su conflicto y calificar los requisitos de existencia y validez jurídica del acuerdo. A igual conclusión se llega, que no es suficiente la voluntad de convocante y convocado, cuando los efectos de cosa juzgada y mérito ejecutivo sólo se predicen a partir del registro del acta.

De otro lado, la conciliación no finaliza con el acuerdo al que llegan convocante y convocado, sino con la homologación del conciliador. Si el conciliador por motivos de orden público o para garantizar derechos mínimos e intransigibles o ciertos e indiscutibles, como lo ordena la ley, no avala el acuerdo, por más que las partes insistan no habrá acuerdo conciliatorio. Pero fuera de los casos antes citados, ¿podrá el conciliador no homologar el acuerdo al que llegaron las partes? Si se alude al carácter negocial de la conciliación, la respuesta claramente sería que no, pues basta con la convergencia de voluntades de solicitante y solicitado para que el acto produzca sus efectos.

Sin embargo, no puede pasarse por alto el papel del conciliador en el trámite conciliatorio, quien está revestido de función pública y como tal su rol no puede avalar actos manifiestamente contrarios a la ley, abusivos o desiguales, como podría ser un desequilibrio contractual que configure lesión enorme. El conciliador conforme a la norma fundamental representa al Estado en la función de administrar justicia, y en ese cometido debe propender por que el acuerdo conciliatorio reúna los requisitos de existencia y validez, para que el acto sea conforme a derecho. Lo contrario propiciaría a ahondar la distancia entre actos válidos pero ineficaces, en la medida en que una conciliación abiertamente arbitraria no conduce a cumplir el cometido de la misma, pues no elimina el conflicto, no restablece la convivencia, sino agudiza el conflicto de intereses y agrega, por cuenta del Estado, una nueva frustración a la parte “vencida”, a aquella que convino en un acuerdo palmariamente inequitativo y desigual.

Para determinar cuál interés prevalece en la conciliación, el público o el privado, y a partir de allí explorar la naturaleza jurídica de la conciliación, debe recurrirse a la esencia de la conciliación, esto es, que está concebida como un mecanismo esencialmente autocompositivo, que busca eliminar definitivamente el litigio, tanto en el plano jurídico como en el de las relaciones intersubjetivas (plano social relacional). Al respecto, en sentencia de constitucionalidad, con ponencia del Magistrado Álvaro Tafur (Sentencia C-204 de 2003), la Corte Constitucional afirmó que el legislativo en desarrollo de su potestad configurativa no podría afectar el núcleo esencial de la autonomía privada, por ser la conciliación eminentemente voluntaria.

Así planteado el problema, puede concluirse que la conciliación tiene sus raíces en la autonomía privada, pero, además, en razón de la íntima conexión que existe entre el acuerdo conciliatorio y su proceso de creación, no puede desligarse del interés público que tiene el Estado en proveer de seguridad jurídica y de garantías a los particulares en el ejercicio de la administración de justicia.

Por ello, en Colombia, la fuerte injerencia del legislativo en el trámite de la conciliación, sirve de base para afirmar que el acuerdo conciliatorio es un nuevo negocio jurídico de connotaciones especiales, porque en su formación concurren elementos públicos diferentes a los particulares que lo dotan de nuevos y diferentes requisitos necesarios para su existencia y validez.

### **3. SANCIONES AL ACUERDO CONCILIATORIO DESVIADO.**

Esa mixtura de elementos públicos y privados tiene importancia para definir las sanciones frente a los actos de desviación en la formación del acuerdo conciliatorio. De esta forma, dicho acuerdo tiene, además de las sanciones propias del negocio jurídico, aquellas que se derivan de los presupuestos de orden público que deben observarse en el trámite de la conciliación. Para verificar lo dicho, es importante revisar el trámite de la conciliación y examinar la sanción del acto en caso de inobservancia del mismo:

#### **3.1. Falta de investidura de conciliador**

Se genera inexistencia del acuerdo conciliatorio en el que interviene como conciliador un tercero que no ostenta la calidad de tal. Por voluntad del constituyente el conciliador ejerce función pública y por voluntad del legislativo el conciliador es un sujeto calificado e imparcial, investido de tal calidad por un acto condición de origen estatal, cual es el reconocimiento oficial de la calidad de conciliador y la subsiguiente inscripción en un centro de conciliador o la investidura de funcionario público con potestades de conciliador.

En general, el conciliador debe tener una calificación especial, ser abogado, salvo en la conciliación en equidad y en la cumplida en los centros de conciliación de los consultorios jurídicos de las Facultades de Derecho. Pero todos, unos abogados y otros no abogados, deben tener una calificación específica alcanzada en programas de capacitación sobre mecanismos alternos de solución de conflictos e inscrito ante un centro de conciliación. Atenta contra la existencia de la conciliación, la falta del órgano dispuesto por la ley para gobernar el proceso conciliatorio.

#### **3.2. Falta de competencia del conciliador**

Se genera nulidad del acuerdo conciliatorio cuando el conciliador carece de competencia para tramitar la solicitud de conciliación. Por más que el acuerdo conciliatorio contenga la voluntad de las partes, estará afectado de nulidad y el juez no podrá hacer efectivo el mismo, si observa que ese tercero calificado no tenía competencia para dirigir el trámite conciliatorio, como sería el caso de una conciliación en materia laboral ante un conciliador diferente al juez o ministerio de trabajo y seguridad social.

#### **3.3. Irregularidades en el trámite de convocatoria**

Corresponde al conciliador comunicar a las partes involucradas en la conciliación el asunto sobre el cual recae la conciliación y la fecha, la hora y lugar en que se realizará la audiencia. En la citación deberá advertirse a las partes de las consecuencias procesales y económicas que pueden derivarse de la inasistencia a la audiencia. Si la citación a la audiencia de conciliación la realiza

una persona diferente al conciliador, la citación no es válida atendiendo a que la función pública la ejerce únicamente el conciliador. Pero, si a pesar de firmarla citación un tercero, la parte concurre a la audiencia y conviene en el acuerdo, la nulidad que pudiera presentarse quedó saneada, pues el acto finalmente cumplió con su finalidad, que era garantizar la presencia de los sujetos involucrados en la conciliación.

De otro lado, si el acuerdo no se logra por la inasistencia del citado irregularmente, el juez no podrá aplicar las sanciones procesales y económicas que se derivan de la inasistencia a la audiencia y que tienen como propósito precisamente garantizar la presencia de los sujetos en la audiencia, no el resultado, pues la citación está afectada de nulidad.

### **3.4. Celebración de la audiencia. Sus irregularidades**

El conciliador deberá dirigir la audiencia garantizando a los sujetos que intervienen en la conciliación un ambiente de imparcialidad y de confidencialidad. Advertirá a las partes sobre los fines y alcances del mecanismo de la conciliación, sobre sus efectos y propiciará un acercamiento que permita la identificación del conflicto y posibilite trabajar a las partes en su transformación a fin de construir acuerdos que conduzcan a superar sus diferencias. El protagonismo del conciliador en esta fase es fundamental para lograr el propósito de la conciliación: la eliminación del conflicto; para ello, la ley señala que deberá proponer fórmulas de acuerdo, pero en todo caso, las partes son libres de decidir si aceptan o no convenir y en cuyo caso los límites y el contenido del acuerdo conciliatorio se definirá únicamente por los sujetos involucrados en el conflicto. Si el conciliador omite presentar propuestas de acuerdo no genera nulidad del acuerdo conciliatorio.

### **3.5. Homologación del acuerdo. Condición de existencia**

En caso de lograrse acuerdo, el conciliador garantiza que se cumplan los requisitos de existencia, validez y eficacia del negocio jurídico que convienen las partes y que con el mismo no se afecten los derechos ciertos e indiscutibles, ni los derechos mínimos e intransigibles. Es un control de legalidad que la ley atribuye al conciliador, por encima de la voluntad de las partes. Es decir, no basta el querer de los sujetos involucrados en el conflicto, sino que el acuerdo está limitado por las garantías procesales y sustanciales que conduzcan a la sumisión del acuerdo al principio de legalidad. Esta competencia del conciliador afecta la lógica de la conciliación - donde es la voluntad de las partes la que prima- en tanto que el control de legalidad dirigido a asegurar la eficacia de la conciliación limita la potestad negocial, pues en ejercicio de su función pública el conciliador no podrá avalar un acto abiertamente injusto y arbitrario. Sin el acto de homologación y la firma del conciliador en el acta, no podrá hablarse de acuerdo conciliatorio.

### **3.6. Redacción del acta. No cumplimiento de los presupuestos del título ejecutivo**

Corresponde al conciliador redactar el acta o la respectiva constancia de no acuerdo o inasistencia, cuidando de consignar con total fidelidad el acuerdo a que llegaron las partes, de velar por que las obligaciones que surgen como consecuencia del mismo queden claramente establecidas y presten mérito ejecutivo y asegurándose de que los sujetos involucrados en la conciliación entiendan el alcance y los efectos del convenio al que llegaron. En la redacción del acta, el conciliador deberá dar cumplimiento a lo señalado en el artículo 1 de la ley 640 de 200, esto es, indicar el lugar, la fecha y la hora de la audiencia, identificar a las personas que

intervinieron en la audiencia, incluido el conciliador, una relación breve y clara del objeto de la solicitud de conciliación y la determinación del acuerdo con indicación de la cuantía y las condiciones de tiempo, modo y lugar en que se cumplirán las obligaciones. La redacción del acta, por sí, da cuenta del propósito inequívoco del conciliador de homologar el acuerdo y suscribir el documento que lo solemniza.

El conciliador asume la responsabilidad de que el contenido del acta corresponde a la real Voluntad de convocante y convocado y a que cumpla con los requisitos del título ejecutivo, previstos en el artículo 488 del C. de P. C.<sup>1</sup> Una inadecuada redacción del acta, que comprometa los requisitos del título ejecutivo, implica que el acuerdo no preste mérito ejecutivo, lo que en últimas significa la ineficacia de la conciliación por la imposibilidad de su cumplimiento, originada en una desviación de orden genético.

### **3.7. Firma del acta. Falta de firma**

Para que el acuerdo produzca los efectos de cosa juzgada y preste mérito ejecutivo, no sólo deberá suscribirse por los sujetos involucrados en el acuerdo, sino por el conciliador. Si el acta no es firmada por el conciliador, no produce los efectos contemplados en la ley. El trámite conciliatorio exige que el acta sea el resultado del agotamiento de cada uno de los pasos previstos por el legislador para lograr el acuerdo y, en ese sentido, la serie de actuaciones o pasos que conforman el trámite de conciliación constituyen un procedimiento ordenado y preclusivo, cuya inobservancia genera nulidad por violación de normas imperativas que definen las formalidades propias del proceso conciliatorio. En ese sentido el acta firmada por las partes, pero no suscrita por el conciliador, no podrá hacerse valer por alguna de las partes de la conciliación en un eventual proceso, pues ni siquiera bajo la figura de la transacción podrá arrojarse dicho acuerdo, cuyos efectos únicamente podrán reclamarse como resultado del trámite de la conciliación, esto es, siempre que el acta esté firmada por el conciliador. Más aún, ni siquiera con la firma del conciliador el acuerdo registrado en el acta genera los efectos de cosa juzgada y ni presta mérito ejecutivo sino se cumple con el requisito del registro. No puede olvidarse que el acta es sólo el resultado del trámite conciliatorio, forma parte del resultado que prevé la ley para la finalización del proceso en caso de acuerdo.

### **3.8. Registro del acta**

Por disposición expresa del Artículo 1 de la Ley 640 de 2001, el acta sólo produce los efectos de cosa juzgada y presta mérito ejecutivo a partir de su registro en el Centro de Conciliación.<sup>1</sup>Corresponde al artículo 422 del Código General del Proceso.

---

<sup>1</sup>Corresponde al artículo 422 del Código General del Proceso.

## VI. CONCLUSIONES A MODO DE CIERRE

Históricamente la interacción de los individuos en sociedad ha sido conflictiva, por los intereses antagónicos que suelen presentarse; por esto el conflicto ha estado presente en la vida del hombre y una de las funciones del derecho es encontrar caminos para su resolución. Dentro de las opciones, que proporciona el Estado a los particulares para resolver las diferencias, coexisten el proceso jurisdiccional y la conciliación, ambos objeto de protección constitucional y con la misma fuerza vinculante frente a los sujetos destinatarios de sus mandatos.

Las semejanzas entre el proceso jurisdiccional y el acuerdo conciliatorio radican en su contenido normativo y en el hecho de que ambas figuras son mecanismos de eliminación de conflicto. Sus diferencias se encuentran en los sujetos y en la forma como se interviene en el proceso jurisdiccional y en la conciliación: a) En el proceso jurisdiccional participa el Juez como sujeto supra ordenado y las partes como sujetos coordinados. En la conciliación participan sujetos coordinados, es decir, cada uno de los interesados intervinientes es titular de su propia potestad privada que lo hace competente para hacer negocios jurídicos; y ni aún el conciliador, a pesar de ser titular de función pública, tiene competencia para determinar el contenido del acuerdo. b) la sentencia es un acto unilateral que impone el juez a las partes, forma heterónoma de composición del litigio; por su lado, el acuerdo conciliatorio es fruto del consenso a que llegan las partes, es una forma de autocomposición, pues finalmente son las partes las que definen el contenido y el alcance del acuerdo conciliatorio. c) en el proceso jurisdiccional el juez esta compelido a fallar, el proceso siempre termina con una sentencia que se impone a las partes con carácter de cosa juzgada; en la conciliación el acuerdo conciliatorio puede o no darse y si en efecto se conviene, el acuerdo al que llegan las partes es fruto de su consenso y por lo tanto corresponde al querer de las partes. d) la sentencia por sí sola produce efectos de cosa juzgada y presta mérito ejecutivo. El acuerdo conciliatorio al que llegan las partes sólo genera tales efectos, a partir del registro del acta de conciliación por parte del conciliador en el Centro de Conciliación.

Las potestades del conciliador en el trámite de conciliación, se justifican atendiendo a que, si bien la autonomía privada tiene su fundamento en el derecho dispositivo, en el campo de la conciliación el Estado no ha renunciado totalmente a controlar la autorregulación de intereses propios, por la responsabilidad que le compete como garante de la equidad, la buena fe, la confianza y la seguridad jurídica.

Por otro lado, la autonomía privada no es omnipotente sino que admite límites, según declara Wolf (citado por Rezzónico, 1999, p.203) "...en cuanto acto en el terreno en que las partes pueden regular sus propios intereses debe primar la autodeterminación, con lo que ha de excluirse como acto de autonomía privada el negocio en que una de las partes carece absolutamente de poder de negociación por la situación de superioridad del otro contratante".

En efecto, la libertad contractual es limitada y por ello el conciliador que representa el Estado como garante de acceso a la justicia y de administración pública, no puede adherirse al acuerdo que desconoce los principios de buena fe, seguridad, igualdad y que, por el contrario, constituye un acto arbitrario y abusivo. No puede olvidarse que, según declara Gounot (citado por Rezzónico, 1999, p.203) "...la libertad no implica negación de toda forma objetiva de justicia".

De lo dicho se desprende que tanto el proceso jurisdiccional como la conciliación deben desarrollarse de conformidad con lo señalado por el legislador, quien cada vez más interviene en el trámite de la conciliación señalando los pasos que deben observarse para la existencia y validez del acuerdo conciliatorio y es aquí donde se advierte comienza a diferenciarse el acuerdo conciliatorio de la sentencia y del negocio jurídico típico.

No puede olvidarse que el acuerdo conciliatorio es el resultado del trámite especial señalado y en el mismo confluyen intereses públicos y privados que inciden en la existencia y validez del mismo y por lo tanto se puede hablar de un nuevo negocio jurídico *adsubstantiamactus*, en el que concurren potestades públicas y privadas que deben respetarse por las partes involucradas, so pena de las sanciones ya mencionadas.

Esto obedece a que el legislador se preocupó por señalar el paso a paso del trámite conciliatorio, cuyo cumplimiento es objeto de control y vigilancia por el Ministerio de Justicia y del Derecho y, además, de protección a través de la acción de tutela.

En efecto, si bien es cierto el acuerdo conciliatorio es un negocio jurídico, el hecho de que para su producción se deba observar cada uno de los pasos establecidos por las normas legales para el trámite de la conciliación, determina que se trate de un negocio jurídico especial en cuya formación necesariamente deben intervenir, además de los sujetos de la relación jurídica, un tercero dotado de competencias especiales por la misma ley que garantice el cumplimiento del trámite. Es precisamente el concepto de validez del derecho, donde la pertenencia de una norma al ordenamiento jurídico se determina por el cumplimiento de los requisitos de validez formal, esto es, que se produzca por el órgano competente y de conformidad con el trámite preestablecido.

Si el legislador se preocupó por regular el trámite de la conciliación y asegurarse de su cumplimiento a través del control que ejerce el Ministerio del Interior y de Justicia, fue precisamente para garantizar que el acuerdo conciliatorio fuera el resultado del agotamiento del procedimiento establecido.

Además, vale recordar que la conciliación es una forma de acceso a la justicia<sup>2</sup> y constituye un requisito de procedibilidad en aquellos casos que señala la ley y como tal tiene implícitas fronteras para garantizar los valores de confianza, seguridad jurídica, orden público y buena fe, que siempre deben prevalecer. De esta forma, puede decirse que la firma del conciliador en el acta, se asimila a la del juez en la sentencia, en el entendido de que certifica que el negocio jurídico que nace del acuerdo conciliatorio cumplió con los requisitos formales y que no ha desconocido ninguno de los valores antes mencionados.

---

<sup>2</sup>La Corte Constitucional en sentencia C 1195 de 2001, con ponencia del Magistrado Manuel José Cepeda E, señaló: “Según la jurisprudencia de esta Corporación, el derecho a acceder a la justicia tiene un significado múltiple. Entre otros, comprende contar con procedimientos idóneos y efectivos para la determinación legal de derechos y obligaciones, que las controversias planteadas sean resueltas dentro de un término prudencial y sin dilaciones injustificadas, que las decisiones sean adoptadas con el pleno respeto del debido proceso, que exista un conjunto amplio y suficiente de mecanismos para el arreglo de controversias, que se prevean mecanismos para facilitar el acceso a la justicia por parte de los pobres, que la oferta de justicia permita el acceso a ella en todo el territorio nacional. Este derecho se garantiza también a través del uso de mecanismos alternativos de resolución de conflictos.”



## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Ceballos Velásquez, A. (Septiembre 2000). Ponencia Conciliación y Proceso Jurisdiccional, Fuentes Formales del Derecho. Medellín. 28 p.

Colombia, Corte Constitucional. (1992) Sentencia C-160 de 1999. M.P. Barrera, A.

Colombia, Corte Constitucional. (1992) Sentencia C-598 de 2011. M.P. Pretelt, J.

Colombia, Corte Constitucional. (2001). Sentencia C-1195 de 2001.M.P Cepeda, M.

Colombia, Corte Constitucional. (2003). Sentencia C-204 de 2003. M.P. Tafur, A.

Colombia. Constitución Política de Colombia.

Colombia. Congreso de la República. (1998), Ley 446 de 1998

Colombia. Congreso de la República. (2001). Ley 640 de 2001. Por la cual se modifican normas relativas a la conciliación y se dictan otras disposiciones..

Colombia. Corte Constitucional. (2001). Sentencia C-893. M.P. Vargas, Clara

Colombia. Ministerio de Justicia y del Derecho. (1998). Decreto 1818 de 1998

Díaz, C. (1992). Principios de Derecho Procesal Civil. (Trad. Casais y Santaló) (Vol. I). Buenos Aires: Abeledo-Perrot. 940 p.

Ferri, L. (1969). La Autonomía Privada. Trad. Luis Sancho Mendizábal. Madrid: Revista de Derecho Privado, p. 18-327

García, M. (1974). Filosofía del Derecho. México: Porrúa S.A. 542 p.

Martínez Marulanda, D. (2000). Fundamentos para una introducción al Derecho. Medellín: Universidad de Antioquia.

Rezzónico, J. C. (1999). Principios Fundamentales de los contratos. Buenos Aires: Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma.

Vellani, B. (1963). Naturaleza de la cosa juzgada. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América. 183 p.