

DE LA CONCILIACION

Por **RAMIRO BEJARANO GUZMAN**

**Abogado U. Externado de Colombia. Profesor Titular
en esa Universidad, y en la U. de los Andes.**

**Miembro Comisión Redactora de la Reforma al C.P.C.,
Miembro Instituto Colombiano de Derecho Procesal
e Iberoamericano de Derecho Procesal.**

I. INTRODUCCION

Es inculcable que existe en el país un aire o influencia determinante a acudir a la conciliación, como el viejo sistema de heterocomposición para la solución de los conflictos, no obstante, que las experiencias hasta ahora registradas en diferentes jurisdicciones, *no ha sido precisamente halagüeña. Ese propósito conciliador se deduce no solo de las reglamentaciones recientes del nuevo estatuto procesal civil y el código del menor, sino además del proyecto de ley que acaba de aprobarse en segundo debate por el H. Senado de la República, que está pendiente de sanción presidencial, en el que se consagró la conciliación para las más variadas materias.*

En este ensayo no nos proponemos escribir una monografía sobre la historia y técnicas de la conciliación, sino referir algunas de las disposiciones legales tanto las vigentes como las que están por cobrar eficacia, que en Colombia rigen esa institución, en materia civil y comercial y de familia, como también la denominada conciliación en equidad.

Naturalmente, el punto de partida debe ser el examen de las disposiciones del artículo 101 del C.P.C., para posteriormente ocuparnos de cada una de las formas de conciliación en materia civil y mercantil, en equidad y en los asuntos de familia, previsto en la ley que está pendiente de ser sancionada. No es ambicioso nuestro objetivo sino simplemente informativo, sin menoscabo del ejercicio de la crítica constructiva no solo frente a las disposiciones del artículo 101 del C.P.C., sino también de las que están por incorporarse a la normatividad.

Bajo esa óptica, las apreciaciones siguientes no constituyen más que aproximaciones, y por tanto representan más los borradores de unas ideas deshilvanadas, que los comentarios definitivos de una institución que no obstante su vetustez, la seguimos recibiendo con expectativa.

II. LA AUDIENCIA DE CONCILIACION, RESOLUCION DE EXCEPCIONES PREVIAS, SANEAMIENTO Y FIJACION DE LOS HECHOS Y EL LITIGIO DEL ARTICULO 101 DEL C.P.C.

1. Generalidades

Una de las reformas que más controversias despertó en el seno de la comisión encargada de la elaboración del proyecto de revisión, fue la relativa a consagrar para la mayoría de los procesos declarativos, la audiencia de conciliación, resolución de excepciones previas, saneamiento y fijación de los hechos y el litigio.

Algunos miembros de la comisión encargada de la elaboración del proyecto de revisión del código procesal civil, con vehemencia insistieron en la benevolencia de esta institución, a la que le atribuyeron efectos milagrosos contra la morosidad judicial en países donde ya había sido adoptada, como en el Uruguay. Igualmente, los sostenedores de esta corriente, se apoyaron en el artículo del Código Civil Modelo para Iberoamérica redactado por miembros del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, en el cual se consagró este trámite de la audiencia preliminar.

Por el contrario, otros miembros de la aludida comisión, teniendo en cuenta la experiencia en Colombia y la directa comprobación de que no era cierta la afirmación sobre el éxito en otros países, y menos en el Uruguay, nos opusimos abiertamente a esta regulación. En efecto, en materia laboral, de familia, procesos verbales, o en los de lanzamiento de inmuebles urbanos destinados a vivienda, donde se registran los antecedentes de la audiencia de conciliación, no se encuentran motivos para insistir en ella, sino por el contrario para suprimirla, pues en estos debates ha servido más como causa de congestión que de aceleramiento de la justicia. Por lo demás, los pretendidos magníficos resultados de la audiencia en el Uruguay, en verdad corresponden más al deseo de los sostenedores de la misma en ese país, que a la realidad, por cuanto tenemos información de que los primeros datos no son tan halagüeños como también de que existe una fuerte presión de los abogados litigantes para que se suprima un trámite que ha venido a entorpecer los procesos.

Pero no solo los anteriores planteamientos motivaron nuestro desacuerdo, sino también los términos en que los que ella se concibió y reguló para Colombia, ni siquiera idénticos a los del Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica (ar-

títulos 263 a 267) ni a los del estatuto uruguayo (artículo 293 a 298). En efecto, la propuesta del código modelo y la regulación en Uruguay, está basada en una audiencia preliminar, para agotarse antes de la iniciación del proceso, y no como una etapa de éste, como finalmente se consagró en Colombia, creándole una situación más delicada que incómoda al juez, al tener que sugerir al inicio del debate fórmulas que estime justas de avenimiento, y obligarlo después a fallar en el fondo el debate, si fracasa la conciliación.

Aún no se conocen los resultados que en la práctica haya arrojado la audiencia, aunque justo es reconocer que por lo menos hasta ahora no se ha producido la catástrofe que temíamos, ni los milagros que anunciaban quienes insistieron en su benevolencia. Lo anterior no significa que pueda adoptarse una u otra posición, pues el tiempo transcurrido ha sido muy poco, y la vieja institución apenas acaba de comenzar su nueva vida.

El tiempo se encargará más que de conceder la razón a alguna de las opiniones, de corroborar si el sistema es o no útil, y si requiere modificaciones. Ningún temor nos asalta de que la experiencia mañana nos deje sin argumentos, pues nada nos produciría más satisfacción, el que finalmente se encontrara un mecanismo que no solo evite los procesos judiciales, sino que también cumpla la función social de asegurar la paz, mediante la discusión razonada y amigable de los conflictos civiles.

Con esas advertencias, nos parece que las características esenciales de la audiencia de conciliación resolución de excepciones previas, saneamiento y fijación de los hechos y el litigio, son las que comentaremos en los apartes siguientes.

2. Procedencia

Encontramos afortunados los comentarios y relación que sobre este punto hizo el profesor **Jairo Parra Quijano**, en su ponencia denominada "AUDIENCIA DE CONCILIACION, SANEAMIENTO, DECISION DE EXCEPCIONES PREVIAS Y FIJACION DEL LITIGIO", presentada a las deliberaciones del último Congreso Nacional de Derecho Procesal, realizado en Ibagué a finales de noviembre de 1990. El citado profesor dice:

“—¿En qué procesos procede?: En los procesos ordinarios y abreviados, excepto en los siguientes casos:

a) En la declaración de pertenencia (numeral 12 del artículo 406). Y se excluye expresamente, por cuanto la parte demandada está eventualmente integrada por todos los que se crean con derecho a intervenir en el proceso, para que produzca efectos Erga Omnes, por consiguiente no existe una parte concretizada sobre todo para intentar la conciliación.

b) En el proceso de entrega de la cosa por el tradente al adquirente cuando el demandado no se opone, ni propone excepciones previas, en este caso como se dicta sentencia ordenando la entrega, no tiene sentido hacer la audiencia, ya que en últimas, el fin perseguido por ésta en lo referente a la conciliación está logrado por la conducta de la parte demandada (inciso 4o. del artículo 417 del Código de Procedimiento Civil).

c) En el proceso de rendición provocada de cuentas, por la dificultad que tendría el Juez, sobre todo en la etapa de conciliación para proponer fórmulas, y de haberla consagrado aquel tendría que para la audiencia nombrar peritos lo que resultaba inconveniente (numeral 6o. del Artículo 417 del Código de Procedimiento Civil).

d) En el proceso de rendición espontánea de cuentas, por las razones explicadas en la letra anterior (inciso 4o. del Artículo 419 del Código de Procedimiento Civil).

e) En el proceso de pago por consignación si el demandado no se opone y en general con relación a lo reglado en el numeral 2o. del Artículo 420 del Código de Procedimiento. Si el demandado no se opone al pago, el objetivo perseguido con la audiencia (en la etapa de conciliación) está logrado. No tiene sentido en las anteriores condiciones que se haga la mencionada audiencia.

f) En el proceso de declaración de bienes vacantes y mostrencos, por la razón indicada para la pertenencia ya que el auto admisorio de la demanda, se ordena emplazar a las personas que pueden alegar derechos sobre el bien (el inciso 6o. del Artículo 422 del Código de Procedimiento Civil).

g) En el proceso de patronatos y capellanías por las razones indicadas en la letra anterior (inciso 3o. del Artículo 423 del Código de Procedimiento Civil).

h) En el proceso de restitución del inmueble arrendado, porque teniendo en cuenta la experiencia que existía sobre la utilización de los más variados recursos, para demorar los procesos de "lanzamiento", se llegó a la conclusión que esta etapa seguramente iría a ser utilizada con el mismo criterio, sin ningún deseo de conciliar. (Parágrafo 6o. del artículo 428 del Código de Procedimiento Civil).

i) Otros procesos de restitución de tenencia"

Aunque el artículo 101 del C.P.C. solo se refiere a procesos ordinarios y abreviados es importante tener en cuenta que los artículos 432 y 439 del C.P.C. hacen referencia casi que integral a la audiencia prevista en la citada norma, por lo que deben incluirse en el listado de procesos donde procede la misma, a los verbales

de mayor y menor cuantía y a los verbales sumarios, salvo las excepciones que se adviertan en las disposiciones especiales de estos asuntos.

3. Duración

La audiencia tendrá una duración de tres horas, salvo que antes se agote el objeto. Si han transcurrido las tres horas, y no se ha surtido toda la tramitación, podrá suspenderse la audiencia, por una sola vez, para continuarla el quinto día hábil siguiente.

Naturalmente, debe entenderse que cuando se dispuso que la duración sea de tres horas, fue con el criterio de fijar el tiempo mínimo pero no el máximo. Es decir, si un juez considera que a pesar de llevar tres horas en la audiencia se justifica extenderla otro tanto, creemos que nada se opone a ello, y que por el contrario, puede resultar beneficioso.

4. Presencia y retiro de las partes y sus apoderados. Sanciones

Cuando haya precluido el término para contestar la demanda o la de reconvencción, si la hubiere, deberá señalarse el décimo día hábil siguiente al vecimiento del término de traslado, para que tenga lugar la mencionada audiencia, que se realizará aún cuando no asista ninguna de las partes o sus apoderados. A la parte que no asista, sin motivo justificado, además de imponérsele una sanción económica de cinco a diez salarios mínimos mensuales, tal hecho se apreciará por el juez en la sentencia como indicio en contra de las pretensiones o excepciones.

A pesar de las graves consecuencias procesales y las fuertes sanciones económicas que se generan con la ausencia injustificada de las partes y sus apoderados puede darse el evento de que no concurran. Si ello llegare a suceder en todo caso, se adelantará la audiencia, para resolver únicamente las excepciones previas y adoptar las medidas de saneamiento, prescindiendo de la conciliación y la fijación del litigio.

Si ninguna de las partes y sus apoderados asisten, sin excusarse oportuna y justificadamente, se presenta una situación especial, en la que a pesar de que, según la norma, tal conducta deberá ser considerada como indicio en contra de las pretensiones y excepciones alegadas, tal sanción no puede operar en esta hipótesis. Ciertamente, para que opere la sanción del indicio en contra se requiere que concurra una de las partes, pues ella será la beneficiada con la misma, en virtud de afectarse la posición procesal de su contraparte. Si las partes y sus apoderados no concurren, ni se excusan, el juez no podrá tener en cuenta ese hecho al momento de fallar, por absoluta imposibilidad jurídica de asumir al mismo tiempo, un indicio que afecta las pretensiones y las excepciones. La única sanción posible,

cuando las partes y sus apoderados no concurren sin justificar su conducta, será la pecuniaria, dado que ésta si es susceptible de ser impuesta separadamente.

Si antes de la iniciación alguna de las partes presenta prueba sumaria que acredite motivo justo de su no comparecencia, deberá señalarse el quinto día hábil siguiente para su realización, sin que pueda haber otro aplazamiento, mediante auto que no es susceptible de recurso alguno.

Ahora bien, si en la segunda oportunidad, alguna de las partes no concurre, y presenta prueba de existir un motivo de fuerza mayor, o de encontrarse domiciliada en el extranjero, la audiencia se celebrará con el apoderado, quien podrá conciliar, admitir hechos y desistir. Es decir, si una de las partes no puede concurrir por ese solo hecho, la ley quiso que su apoderado quedara investido de las facultades para conciliar admitir hechos y desistir, así no le hubiesen sido conferidas en forma expresa. Lo anterior implica que aun cuando el demandado hubiese prohibido a su apoderado el ejercicio de algunas de las facultades mencionadas, por el hecho de no comparecer con justa causa a la audiencia, queda sin vigencia la restricción y por tanto en posibilidad de conciliar, admitir hechos y desistir.

Naturalmente, si la parte en la primera oportunidad, se excusó pero no así en la segunda el apoderado ya no contará con facultad para conciliar, admitir hechos o desistir, por cuanto en estas condiciones, su ausencia se mirará como indicio en contra de las pretensiones o excepciones alegadas.

Resulta exótico, por decir lo menos, la sanción impuesta a la parte que no concurre a la audiencia, consistente en tener ese hecho como indicio en contra de las pretensiones o excepciones alegadas, que, además, eventualmente, podría devenir contradictoria con la inicial postura asumida por demandante y demandado. En efecto, si el demandado contestó oportunamente la demanda, cumplió su deber procesal, pero si no se hace presente en la audiencia se hará acreedor a una sanción de la que se había escapado. Pensamos que la no comparecencia de una parte a la audiencia, en la que principalmente se le está convocando a una conciliación para que termine el litigio, lo que permite deducir no es una conducta procesal que comprometa la suerte de sus pretensiones o excepciones, sino sencillamente, que no está interesado en conciliar, y ello no es motivo de ilicitud, tanto más cuanto que se ha acudido al órgano jurisdiccional para que componga y solucione el conflicto.

La redacción del inciso segundo del parágrafo 2 del artículo 101 del C. de P.C., ofrece una confusión que vale la pena dilucidar. En efecto, la citada disposición reguló la hipótesis **del demandado que ha contestado oportunamente la demanda y constituido apoderado judicial pero que no concurre a la audiencia en la segunda oportunidad alegando motivo justo**, en cuyo caso, por ministerio de

la ley queda investido de las facultades pertinentes el procurador judicial, para que puedan actuar. Empero, la norma en cita no previó **la hipótesis, bien probable de si debe realizarse la audiencia cuando el demandado no contesta la demanda y declina justificadamente su ausencia en la segunda oportunidad, pero no ha constituido apoderado judicial.** Ciertamente, como esta redactado la norma, podría arribarse a la conclusión de que si el demandado se excusó en la segunda oportunidad sin haber constituido apoderado judicial, no podría realizarse la audiencia, dado que no hay sujeto procesal capaz de comprometer a la parte en las decisiones que se adopten en este trámite. En nuestro concepto, si el demandado no ha constituido apoderado y no concurre en la segunda oportunidad por motivo acreditado la fuerza mayor o de hallarse en el extranjero, ello no impedirá la realización de la audiencia. En efecto, si para la segunda oportunidad en que deba ella realizarse, fracasare por no haber constituido el demandado apoderado judicial, la suerte del proceso quedaría en manos de la parte negligente, lo que resulta inaceptable. En nuestro sentir, debe realizarse la audiencia, sin imponer sanción económica al ausente, pero prescindiéndose de la conciliación y de la fijación del litigio, sin que sea necesario insistir en el tema del indicio en contra, dado que para ese instante procesal ya ha operado, por no haberse dado respuesta a la demanda, conforme lo dispuesto por el artículo 95 del C.P.C.

Si la parte no concurre y no se excusa además de tener ese hecho como indicio en su contra, respecto a las pretensiones o excepciones alegadas, como antes se precisó se le impondrá una multa por valor de cinco a diez salarios mínimos mensuales. Con la misma razón que en su momento, y ahora, criticamos la sanción, del indicio en contra, derivada de la no concurrencia a la audiencia, cuestionamos esta multa. En efecto si es lícito no querer conciliar una controversia sometida a decisión jurisdiccional, y por el contrario esperar el fallo correspondiente, tampoco encontramos razón plausible para imponer esta sanción pecuniaria de multa.

Además de la presencia de las partes, con las salvedades indicadas la ley exige que concurren los apoderados judiciales, si los hubiere so pena de ser también sancionados pecuniariamente, lo cual encontramos desacertado. El papel de los apoderados en esta audiencia es mínimo, y sin embargo se les constreñirse o concurrir. Si lo que se pretendió, como evidentemente se consiguió, fue restringir la actuación de los apoderados en esta audiencia, ha debido a crearse un mecanismo que los invitara a no concurrir, en vez de obligarlos a hacerse presentes, y por ello, no vacilamos en calificar de inconsecuente la disposición.

Pero no sólo deben las partes y sus apoderados concurrir, sino que además tampoco les es dable retirarse de la audiencia, antes de su finalización, so pena de verse sancionados pecuniariamente. No dijo nada la norma sobre si el retiro puede realizarse por causa justificada, sin imponer sanción alguna, pero pensa-

mos que si se puede lo más, excusarse de asistir, se podrá lo menos, que será el retiro. Nos parece desproporcionado que se imponga la misma sanción a la parte que no asiste y a la que concurre pero se retira antes de su finalización, pues ambas conductas son diferentes.

La única razón que encontramos para haber consagrado la norma que impide al apoderado retirarse de la audiencia, es la de evitar que a un mismo tiempo los abogados pudieran estar presentes en diferentes juzgados, como inexplicablemente sucede en la jurisdicción laboral. Si ese era el propósito, insistimos en que ha debido hacerse menos atractivo a los abogados concurrir, que obligarlos a asistir bajo el imperio de una cuantiosa sanción económica.

5. Función del representante legal y del curador ad-litem

Si alguna de las partes fuere incapaz, deberá asistir a la audiencia su representante legal, quien en el mismo auto que apruebe la conciliación, se considerará autorizado para concluirla, sin necesidad de acudir a otro trámite o proceso separado. En verdad, la disposición es sana, porque consulta la economía procesal, pues se ahorra la jurisdicción que sería necesario agotar, para en proceso separado obtener la autorización. Caso semejante se prevé en el proceso divisorio, artículo 469 del C.P.C.

Si el demandado está representado por curador ad litem, éste deberá concurrir, pero en tal caso no le será permitido admitir hechos adversos a la parte que representa y el trámite se concretará a resolver las excepciones previas y proferir las medidas de saneamiento. Al curador que no asista, sin causa justa se le impondrá la sanción pecuniaria, a que antes se hizo referencia.

6. Fases de la audiencia

a. Conciliación

Si concurren los demandantes y demandados o algunos de aquellos y estos, siempre que no exista entre ellos litisconsorcio necesario, la primera labor del juez es invitarlos a que concilien sus diferencias, a menos que la controversia no sea susceptible de transacción como sería el caso de la pretensión de filiación extramatrimonial. Si se da el caso de litisconsorcio necesario no podrá adelantarse esta fase de la audiencia, pues claro será que si no están todos los que lo integran, no podrá concluirse conciliación.

En esta primera etapa, **"...sólo se permitirá diálogo entre el juez y las partes y entre éstas y sus apoderados con el fin de asesorarlas para proponer fórmulas de conciliación..."** lo que evidencia nuestra crítica sobre el escaso pa-

pel que se reservó a los abogados, a quienes sin embargo se les impondrá una importante sanción pecuniaria, caso de no asistir.

Si a pesar de la invitación del juez, no se produce la conciliación, aquél "...deberá proponer la fórmula que estime justa..." Es decir, en primer término el juez invita a las partes a conciliar, según la fórmula que ellas mismas concreten, y si no se produce un resultado positivo, le corresponde proponer las soluciones, que a su leal saber y entender, resulten "justas".

Cuando a los miembros de la comisión revisora de la parte especial del Código, se les dio a conocer la inicial versión de este artículo, que preparó la comisión encargada de la parte general, se advirtió el peligro de que si el juez proponía fórmulas justas de conciliación, estaba prematuramente adelantando el juzgamiento del asunto. En efecto, se criticó la disposición, indicando que si el juez debía elaborar una fórmula justa, se estaba adentrando peligrosamente en el pronunciamiento del debate, haciéndose vulnerable a una eventual recusación.

Para "extirpar" la crítica que fuera formulada a la redacción de entonces, los comisionados de la parte general, decidieron agregarle al articulado, que la proposición de fórmulas de conciliación por el juez, no implica prejuzgamiento. No deja de parecernos audaz la solución adoptada, pero sinceramente seguimos pensando que el problema será neurálgico.

En efecto, en el acta de la audiencia, deberán consignarse las fórmulas sugeridas por el juez, no sólo para que se compruebe el cumplimiento de su deber, sino como memoria futura de lo que inicialmente concibió como justa solución al debate.

Creemos que las fórmulas "justas" sugeridas por los jueces, serán el semillero inagotable de conflictos, tanto más cuanto que, fue reformada la causal de recusación derivada del hecho de haber emitido el fallador, concepto u opinión sobre la materia del proceso, seguramente pensando en impedir su formulación.

Obsérvese cómo no es desacertada nuestra conclusión, sobre el por qué de la modificación de la causal de impedimento y recusación en mención. El anterior artículo 142 No. 12, consagraba como causal, "haber dado el juez consejo o concepto en las cuestiones materia del proceso", redacción que fue sustituida por la del nuevo artículo 150 No. 12 que dispuso "haber dado el juez consejo o concepto FUERA DE LA ACTUACION JUDICIAL sobre las cuestiones materia del proceso".

Independientemente de los malabares jurídicos, con los cuales se pretendió quitarle el alcance de prejuzgamiento a la proposición de fórmulas justas, por el

juez, y a la imposibilidad de declararse separado del conocimiento, estimamos que no es saludable la disposición.

En nuestro concepto, si el propósito era imponer la audiencia de conciliación, había podido pensarse en disponer su evacuación en forma preliminar a la formulación de la demanda, como sucede en Uruguay, o en el peor de los casos, haber ordenado el cambio del juez, que hubiere expresado la justicia de una eventual conciliación fallida, para que el proceso fuese decidido por persona diferente.

Si las partes concilian la totalidad de sus diferencias, el juez le impartirá la aprobación correspondiente, mediante auto, en el que además declarará terminado el proceso el cual tendrá los efectos de cosa juzgada.

Si la conciliación fuere parcial, el proceso continuará por el objeto del litigio no involucrado para lo cual se excluirán las pretensiones y excepciones pertinentes agotando, en este evento así la fase de fijación del litigio.

b. Interrogatorio del juez a las partes

Si no produce conciliación, o la adoptada es de carácter parcial, el proceso deberá continuar. Con tal fin, se le otorgó al juez la facultad discrecional de interrogar a las partes sobre los hechos materia de excepciones previas o del litigio mismo.

También criticamos esta regulación, por cuanto lo ideal, hubiera sido permitir a las partes, la mutua formulación de los interrogatorios, aprovechando la no muy frecuente ocasión de tenerlas en la sede del juzgado. Seguramente, si en vez de permitirle al juez formular interrogantes a las partes, que estamos ciertos no le permitirá conocer detalles trascendentalmente distintos de los que ya advirtió en la lectura de la demanda y su contestación, se hubiera acogido propuesta similar a la que esbozamos se habría contribuido positivamente a la economía procesal.

c. Resolución de excepciones previas

Fracasada la conciliación, o si ésta fuere parcial, y recibidos los interrogatorios, el juez deberá resolver las excepciones previas, que estén pendientes de decisión. Recuérdese que si en él se formulan excepciones previas, que requieran la práctica de pruebas diferentes a la documental, ellas serán decididas en audiencia, una vez fracasada la conciliación. Empero, cuando para decidir la excepción propuesta no sea necesaria prueba alguna, o solamente la documental, se resolverá en primer término sobre ella, y si el proceso no concluye como consecuencia de la eventual prosperidad del medio exceptivo, posteriormente se señalará fecha y hora para que tenga lugar la audiencia.

La providencia que desate las excepciones en audiencia, en ningún caso estará sujeta a recurso de apelación por cuanto el parágrafo 4 del artículo 101 del mismo estatuto, con toda claridad dispuso que ese auto “.. **solo tendrá recurso de reposición**”

A pesar de que nos parece razonable haber suprimido en estos casos, la apelación contra la providencia que decida las excepciones previas, ello no justificaba consagrar la audiencia, pues bien hubiera podido adoptarse esa prohibición como norma general para todo tipo de proceso.

d. Medidas de saneamiento

Agotada la fase de la conciliación y la de excepciones previas, si las hubiere, es deber del juez adoptar las medidas pertinentes para evitar nulidades procesales, o para que el proceso concluya con sentencia inhibitoria.

En realidad de verdad, más que una obligación lo que se pretendió fue recordarle al juez, el deber consagrado en el artículo 37 No. 4 del C.P.C., que debe tener presente no solo en esta etapa de la audiencia, sino durante el trámite de todo proceso.

e. Fijación de hechos, pretensiones y excepciones de mérito

Precluida la fase de saneamiento, el juez requerirá a las partes y a sus apoderados, si los hubiere, para que determinen los hechos en que están de acuerdo, siempre que sean susceptibles de ser probados mediante confesión.

De igual manera, podrá el juez, si lo considera necesario, formular requerimiento a las partes para que aclaren y precisen las pretensiones y excepciones de mérito.

Si como consecuencia de este requerimiento, resulta acuerdo sobre algunos de los hechos, el juez los declarará probados, mediante auto en el que, además de sechará las pruebas que se hubiesen solicitado para acreditarlos en el proceso.

Conviene precisar, que en el caso del requerimiento para la aclaración y precisión de las pretensiones y las excepciones de mérito, ello no puede constituirse en un mecanismo para reformar la demanda, ni para formular nuevos medios de defensa. Se trata simplemente de una precisión que el juez demandará, cuando quiera que lo estime conveniente, ante la oscuridad de las pretensiones y excepciones de mérito.

La labor del juez en esta fase de la audiencia, está limitada, simplemente, a requerir a las partes, para que manifiesten su acuerdo sobre unos hechos, o acla-

ren y precisen las pretensiones de la demanda y las excepciones de mérito, pero si éstas no coinciden en determinar cuales hechos admiten, o no aclaran o precisan sus pedimentos o defensas, no podrá el funcionario decidir por ellas. En efecto, si el juez advierte confusión en una pretensión o en una excepción de mérito, y al requerir a las partes para que la aclaren o precisen, éstas manifiestan que no existen puntos por dilucidar, no podrá el funcionario proceder a sustituir la voluntad de los intervinientes.

La razón de esta restricción radica en el hecho de que los hechos, pretensiones y excepciones de mérito, estructuran las particulares declaraciones de voluntades de la demanda y su contestación y mal haría el juez, si las modificara unilateralmente, y aún en contra de las partes, pues en esas condiciones, perderían la naturaleza jurídica de actos procesales emanados de las partes.

f. Terminación de la audiencia

Agotadas las fases de la audiencia, en providencia separada, el juez deberá abrir a pruebas el proceso, decretando las que de oficio considere convenientes, o las que hayan sido solicitadas las partes, exceptuando las que ya no sean necesarias en virtud de conciliación parcial, o acuerdo de las partes sobre algunos hechos.

III. LA NUEVA LEGISLACION SOBRE CONCILIACION EN MATERIA CIVIL, COMERCIAL Y DE FAMILIA

Generalidades

En nuevo sistema sobre la conciliación en materia civil, comercial, agrario y de familia, que entrará a refir una vez se sancione la ley sin duda alguna, al establecer que el funcionario que intervenga en la misma, sea diferente de aquel que vaya a juzgar la controversia, consulta la aspiración de quienes hemos enjuiciado el sistema del artículo 101 del C.P.C., en el que como lo demostramos antes, se obliga a prejulgar al juez al tener que proponer en la audiencia, fórmulas de avenimiento que considere justas.

Sano para el proceso y para la justicia resulta el hecho de que el funcionario que conocerá del proceso, si fracasa la conciliación, sea una persona diferente, dado que no tendrá prejuicio o concepto alguno sobre el problema que deberá dirimir en la sentencia. Se nos ocurre pensar que aquel conciliador que no fallará el proceso, si fracasa la conciliación, perderá el temor a comprometer su concepto, y estará en capacidad de proponer y sugerir a las partes fórmulas audaces de avenimiento.

No obstante el acierto anterior, creemos que la ley sobre conciliación presentará numerosas dificultades, principalmente en su acomodamiento con la otra audiencia del artículo 101 del C.P.C., dado que no hizo claridad sobre muchos aspectos, tales como si cuando se solicite por una de las partes este nuevo mecanismo de conciliación, puede iniciarse el proceso ante los jueces, o si deberá esperarse a que se agote la audiencia para agotar el derecho de acción, como también que consecuencia tendrá esa solicitud frente a la caducidad y a la prescripción, para no mencionar sino dos de los varios puntos que se nos ocurren neurálgicos.

El sistema que entrará a regir, en estricto sentido, consiste en la verdadera audiencia de conciliación preliminar al proceso, que es precisamente el carácter que no ha tenido la del artículo 101 del C.P.C., pues como quedó consagrada, consiste en una etapa que se agota antes del debate probatorio pero con posterioridad a la notificación al demandado del auto admisorio de la demanda.

Naturalmente, que el sistema está apenas consagrado en la ley, y faltan dos aspectos complementarios de trascendental importancia, que al momento de escribir estas líneas no conocemos: el primero, el decreto reglamentario que el gobierno deberá expedir para definir muchos aspectos de la mecánica funcional de los centros y de la actividad del conciliador; el segundo, los resultados prácticos que arroje la institución que esperamos no sólo sean favorables sino a mediano plazo.

IV. DE LA CONCILIACION A TRAVES DE CENTROS DE CONCILIACION O CONSULTORIOS JURIDICOS

En el capítulo sexto de la ley por sancionar, se reguló lo relativo a los centros de conciliación, involucrando en el mismo a los consultorios jurídicos, y de tal normatividad, podemos destacar los siguientes aspectos, así:

1. Centros de conciliación

No obstante que aún no se conoce el decreto reglamentario que deberá expedir el gobierno, conforme a la facultad que quedó prevista en el artículo 66, los Centros de Conciliación se establecerán, previa autorización del Ministerio de Justicia, por las asociaciones, fundaciones, agremiaciones, corporaciones, y las Cámaras de comercio, siempre que tengan más de cien miembros. Igualmente, los Consultorios Jurídicos, deberán organizar su propio centro conforme a las exigencias legales, salvo la relativa al número de sus miembros.

La exigencia del número de miembros que deba tener la entidad que pretenda establecer un centro de conciliación, en la práctica va a conducir a que solo las Cámaras de Comercio, estén en capacidad de hacerlo. Todo para indicar, además, que el espíritu de quienes inspiraron el proyecto, fue el de incentivar a las Cáma-

ras de Comercio, a mantener los centros de conciliación que venían funcionando antes de la vigencia de la ley, como se deduce del parágrafo del artículo 66.

En nuestro concepto es laudable incentivar a las Cámaras de Comercio, no solo para que mantengan sino para que creen otros Centros de Conciliación por cuanto han demostrado seriedad, experiencia, y seguridad en su manejo, al igual que en los destinados al arbitraje. Empero, encontramos odioso, por decir lo menos, una regulación que dificultará a otras entidades, igualmente representativas, y tan serias como la Academia Colombiana de Jurisprudencia, Colegios de Abogados, el Centro Colombiano de Derecho de Autor, entre otras, crear sus propios centros.

No estamos afirmando que sea conveniente que los centros proliferen, pues coincidimos en que una desordenada creación de los mismos, no solo sería peligrosa, sino que despertaría desconfianza en la ciudadanía. Lo que estamos sosteniendo es que el proyecto de ley, creó innecesariamente un requisito de número de miembros para que los centros puedan operar, que evidencia cómo solo se pensó en las Cámaras de Comercio y no en otras entidades. Decimos que el requisito es innecesario, por cuanto hubiera podido el gobierno nacional si de establecer controles se trataba, demandar otras exigencias que en verdad apunten a garantizar la idoneidad y seriedad de los mismos.

Además de los requisitos legales de creación, es obvio que se hayan diseñado otros de funcionamiento, de manera que si no se advierten, el Ministerio de Justicia podrá suspender temporal o definitivamente la facultad de conciliar. Tales requisitos apuntan a crear una infraestructura administrativa y técnica que requiere la conciliación, a mantener un archivo a crear un reglamento que permita definir la manera de designar a los conciliadores, el director y el secretario del Centro, sus calidades, remuneración, etc.

2. Designación y aceptación

El conciliador será designado de la lista del respectivo centro, y deberá aceptar so pena de ser excluido de la lista. Naturalmente, debe entenderse que esta sanción operará, siempre que la no aceptación sea injustificada, pues bien puede darse el evento de que concurra un impedimento o inhabilidad en la persona elegida.

3. Requisitos

La persona que pretenda figurar como conciliador en las listas de un "Centro de Conciliación", debe cumplir dos clases de requisitos: unos de carácter general, definidos en la ley, exigibles a toda persona que pretenda cumplir esta función, y los específicos, que cada centro imponga.

Entre los requisitos generales que la ley exige a este conciliador están:

- Ser abogado titulado, salvo cuando se trate de consultorios jurídicos
- Reconocida honorabilidad e imparcialidad
- Capacitarse previamente en la Escuela Judicial, o en el propio Centro, aprobando los cursos respectivos.

Los requisitos especiales serán señalados por el propio reglamento del Centro, y se nos ocurre que principalmente apuntarán a la idoneidad y especialidad del profesional, de manera que satisfaga las particulares necesidades de la asociación, fundación, agremiación, corporación o cámara de comercio, según el caso.

4. Naturaleza jurídica y remuneración

Si bien el conciliador no se hace funcionario público, sí ejerce de manera transitoria una función pública, definida en la ley, consistente en el interés de legislador de evitar en lo posible las controversias, o de reducirlas. A título de remuneración devengará los honorarios que al efecto estén definidos en el reglamento y en las tarifas aprobadas por el Ministerio de Justicia, los cuales deberán ser sufragados por las partes involucradas en la controversia.

Como consecuencia de ejercer función pública transitoria, el conciliador está sujeto a responsabilidad patrimonial, disciplinaria y penal, al igual que un juez ordinario.

5. Regimen de Inhabilidades

Toda persona que actúe como conciliador quedará inhabilitado para desempeñarse como árbitro, asesor o apoderado de cualquiera de las partes, **"...en cualquier proceso judicial o arbitral relacionado con la desavenencia objeto de la conciliación..."** (Cfr. artículo 74), salvo que las partes expresamente concluyan un pacto en virtud del cual pierda eficacia la inhabilitación, de manera que esa persona pueda desempeñarse como árbitro, asesor, o apoderado, según el caso. Es tal vez, un aislado caso en el que la ley ha reservado a la decisión de las partes, dejar sin efecto un motivo de inhabilitación.

6. Formulación voluntaria de la solicitud, conjunta o separadamente

Es importante tener claridad sobre el hecho de que en asuntos civiles, comerciales, el trámite de la conciliación no es obligatorio, como paso preliminar para la iniciación de un proceso.

En primer lugar, si el deseo del legislador hubiese sido el tornar obligatoria la conciliación en los centros, como paso prejudicial, así lo habría dicho, como sí lo

hizo para los asuntos laborales (Cfr. artículo 22). En segundo término, el propio artículo 77 utilizó la expresión “...podrán...”, lo que está significando el carácter voluntario con el que se revistió la conciliación en estos asuntos.

Vale la pena precisar el alcance de la expresión del artículo 77, cuando se refiere a la posibilidad de solicitar la conciliación, “...separadamente...”. No puede entenderse esta expresión como el poder de una parte para obligar a la otra a concurrir a la tramitación de la conciliación, pues ello sólo es posible en los procesos donde se acordó esa etapa, pero no en estos eventos, en los que sólo se procederá atendiendo el mutuo interés de las personas. En nuestro sentir, la anterior, expresión debe entenderse en el sentido de que la solicitud al centro, la pueden formular ambas partes, o solo una de ellas, pero en este último caso, habrá tramitación siempre que la parte no solicitante manifieste su voluntad de concurrir.

7. Prevalencia de la autonomía de la voluntad

De acuerdo a lo anterior, es claro, entonces, que no siendo legalmente obligatoria la realización de la conciliación, a ella se llegará siempre que las partes lo decidan de común acuerdo, o bien anticipadamente en el contrato, incluyendo una cláusula al respecto, o si no lo hicieron, o se trata de controversias suscitadas por causas no contractuales, manifestando por escrito su deseo de intentar una conciliación a través de un centro.

Es importante señalar que aun cuando las partes hayan pactado en el contrato, la obligación de someterse a la conciliación a través de un centro, ningún obstáculo habrá para que llegado el momento de la controversia, de común acuerdo decidiesen prescindir de tal intención, o de acudir a un centro diferente del que habían previsto. En efecto, en esta materia, la autonomía conjunta de las partes, es soberana, y así como en el contrato pudieron pactar esa obligación, de la misma manera podrán derogarla o modificarla.

8. Procedencia

Las controversias susceptibles de someterse a conciliación, serán aquellas que permitan la “...la transacción, desistimiento o conciliación...” (Cfr. artículo 75), lo que dice mucho del número de situaciones conflictivas que se pretenden solucionar.

Como se advierte, de la anterior redacción no se deduce que la conciliación haya sido reservada para algunas controversias, y excluida de otras, como sí en el artículo 101 del C.P.C., en el que el trámite se agotará solamente cuando se trate de pretensiones sujetas al proceso declarativo, salvo las mismas excepciones ya precisadas.

La razón por la cual, en el estatuto procesal civil la conciliación se excluyó de las controversias sujetas a proceso ejecutivo, radica en que en ellas, el derecho siendo cierto e indiscutible y restando solo su satisfacción, la única gestión de avenimiento que le sería dable acometer al conciliador, sería la de suplicar al deudor cancelar la prestación debida. Es decir, en casos como estos no se ve de qué manera podría un conciliador proponer fórmulas de avenimiento, como no fuera conculcando el derecho del acreedor. Además, si el deudor tuviese la oportunidad de acudir a una conciliación previa antes de ser convocado al proceso ejecutivo, gozaría de un odioso privilegio en desmedro de los derechos del acreedor, que inclusive le permitiría insolventarse.

Así las cosas, como la ley por sancionar no dijo nada al respecto, surge la inquietud de si es o no viable someter al mecanismo de la conciliación a través de un centro, todo tipo de controversia, incluidas aquellas que en el código procesal civil se tramitan mediante procesos en los que está excluida la audiencia del artículo 101 del C.P.C.

En nuestro concepto, cuando se trate de controversias que deban originar procesos ejecutivos, no es procedente acudir a los centros de conciliación, por las razones antes anotadas. Cuando la controversia sea de aquellas que de tramitarse judicialmente, den origen a procesos declarativos en nuestro concepto, cualquiera que ella sea, podrá someterse a la conciliación a través de un centro, salvo las de declaración de pertenencia, de bienes vacantes y mostrencos, y la de patronatos y capellanías laicas. En efecto, si en estos procesos el estatuto procesal civil excluyó la audiencia, para no conculcar los derechos de los terceros eventualmente interesados, idéntica situación deberá predicarse si se pretende acudir a los Centros en busca de una conciliación.

Resumiendo, entonces, digamos que en nuestra opinión, cualquier controversia puede ser ventilada en los centros para provocar una conciliación, salvo las que de someterse a proceso judicial, deban ser tramitadas por procesos ejecutivos, declaración de pertenencia y de bienes vacantes y mostrencos, y la de patronatos y capellanías laicas. Naturalmente, en los procesos de jurisdicción voluntaria por no existir controversia que dirimir, no es dable acudir a la conciliación.

9. Efectos de la conciliación previa durante el proceso

Una de las normas que precisamente no se destaca por su claridad es la del artículo 75, en el que se regularon en forma incompleta las hipótesis que se pueden suscitar al solicitar la conciliación antes de iniciar un proceso, o cuando esté en curso. Para mayor claridad transcribamos el artículo en mención.

En efecto, el artículo 75, dice:

"ARTICULO 75. En los centros se podrán conciliar todas las materias que sean susceptibles de transacción, desistimiento o conciliación.

La conciliación prevista en materia laboral, de familia, civil, comercial y agraria, podrá surtirse válidamente ante un centro de conciliación a los que se refiere la presente ley sustituyendo a aquellas para todos los efectos legales. En estos casos la audiencia de conciliación podrá realizarse antes de la presentación de la demanda, o en cualquier estado del proceso antes de la sentencia de primera instancia.

La diligencia de conciliación surtida ante un centro debidamente autorizado, suple la establecida en el artículo 101 del Código de Procedimiento Civil, pero no las demás diligencias previas previstas en la misma, para cuya evacuación deberá citar el juez".

Si se solicita la conciliación a través de un centro, ello puede hacerse antes de la formulación de la demanda con la que se promueva el proceso, y si ello ya ocurrió, y se trata de proceso donde deba agotarse la audiencia del artículo 101 del C.P.C., la petición podrá presentarse antes de que en ese proceso se haya realizado la misma, o si es en un proceso de aquellos donde no es obligatoria la audiencia, el pedimento deberá formularse antes de que se haya dictado sentencia de primera instancia.

Si la petición de conciliación la formulan las partes conjunta o separadamente, antes de haber presentado la demanda, nada dijo el proyecto de ley, sobre si a pesar de ello, puede promoverse la demanda, y ello revestirá importancia si el actor se encuentra ante la inminencia de consumarse un término de caducidad o prescripción. El proyecto de ley por sancionar, no aclaró si la solicitud de conciliación en los asuntos civiles, comerciales y agrarios, suspende la caducidad o interrumpe la prescripción, como sí lo hizo para los asuntos de familia, en el artículo 55.

En nuestro concepto, la circunstancia de solicitar la conciliación, que es un trámite voluntario, no impedirá formular la demanda ante el órgano jurisdiccional, tanto más si se teme que fracasando ese trámite inicial, en el entretanto caduque la acción o prescriba el derecho sustancial. Si se presenta la anterior situación, el juez que conozca del proceso, llegado el momento de agotar el trámite del artículo 101 del C.P.C., si hay lugar a ello en el mismo, prescindirá de lo relativo a la conciliación, y se ocupará de los demás aspectos, es decir, resolución de excepciones previas, saneamiento y fijación del litigio. Empero, si el proceso iniciado es de los que no obliga al trámite del artículo 101 del C.P.C., lo único que deberá advertirse es

que la audiencia solicitada ante un centro, tendrá que realizarse antes de que se profiera fallo de primera instancia.

Si ya se ha formulado la demanda cuando las partes solicitan la conciliación a través del centro, lo cual será procedente antes de la sentencia de primer grado, es preciso distinguir si en ese asunto debe realizar la audiencia del artículo 101 del C.P.C., y en caso positivo si tal etapa ya se agotó o no. En efecto, si la solicitud de conciliación ante un centro, se formula en proceso donde no es aplicable el artículo 101 del C.P.C., tal circunstancia no alterará en nada el curso del mismo. Si se trata de proceso donde debe citarse para la audiencia del artículo 101 del C.P.C., y ello no ha ocurrido aún el juez fijará fecha y hora, pero en la audiencia prescindirá de lo relativo a la conciliación y se ocupará de los otros temas; empero, si la solicitud de conciliación se presentó en un proceso donde es obligatoria la citación para la audiencia, y ella ya se ha agotado, ninguna incidencia debe tener ese hecho en el proceso. Naturalmente, si en cualquiera de las tres anteriores hipótesis, las partes concilian total o parcialmente las diferencias, el proceso deberá terminar, o sustraerse del debate las pretensiones que fueron materia de acuerdo, para que continúe por las que no se involucraron en la conciliación.

10. Trámite

El punto que más dudas suscita la ley por sancionar, es el del trámite que debe advertirse a partir del momento en el que se presenta la solicitud de conciliación ante un centro, lo que segura y necesariamente deberá ser materia de un decreto reglamentario.

No olvidemos que la solicitud de conciliación puede venir presentada conjunta o separadamente, como antes lo explicamos, lo cual amerita explicaciones separadas.

Si la petición es conjunta, el director del centro dentro de los dos días siguientes deberá nombrar el conciliador, y además citar a las partes para que concurran a la audiencia. Si la petición vino presentada por una sola de las partes, en nuestra opinión, el director del centro deberá obtener el consenso de la otra, para proceder a designar el conciliador. Es decir, si no se obtiene el acuerdo de la parte no solicitante para que se inicie el trámite, no será posible adelantarlos, por las razones que antes hemos expuesto.

En la audiencia, a la que no es obligatoria la concurrencia con apoderado, el conciliador podrá interrogar a las partes, sobre los hechos y pretensiones del litigio, pero únicamente con el fin de obtener claridad y de poder presentar fórmulas de avenimiento, y no con el de provocar confesión. Es más, al conciliador no le es dable decretar ni practicar pruebas de ninguna especie, aunque nada se opone a

que si las partes voluntariamente así lo desean, le hagan conocer las pruebas que lleven consigo el día de la audiencia, tales como documentos, pruebas anticipadas, etc.

Si en el curso de la audiencia las partes concilian total o parcialmente, se firmará el acta respectiva, que tendrá los alcances de la cosa juzgada y prestará mérito ejecutivo. Desde luego, si la conciliación fue total, no puede promoverse proceso alguno, o deberá terminarse el que esté en curso. Si el acuerdo fue parcial, lo que se discutirá en un futuro proceso serán las controversias no conciliadas.

Naturalmente, si no hay conciliación deberá dejarse sentada la constancia en el acta respectiva, la que además podrá presentarse en un futuro proceso, a efectos de que si en el mismo es obligatorio convocar a la audiencia del artículo 101 del C.P.C., se prescinda de la misma, como lo manda el artículo 75 inciso 2.

El proyecto de ley por sancionar, dejó muchos vacíos en cuanto al trámite, que si señalamos no es con el propósito de criticar, sino con el de llamar la atención de quienes tengan el encargo de proyectar el decreto reglamentario, para que en la medida de lo posible los estudien, así:

- a. Debe definirse la forma como el director de cada centro procederá a escoger al conciliador.
- b. Debe precisarse el criterio para fijar la remuneración del conciliador en cada caso, como también, si ello es función de éste o del propio centro.
- c. Debe establecerse el momento en el que las partes depositen los honorarios y costos, y el de la remuneración al conciliador.
- d. Debe limitarse el tiempo de duración de la audiencia, y preverse el mecanismo de suspensión, al igual que los efectos que genere la no concurrencia a la audiencia, de ambas partes o una de ellas.
- e. Debe indicarse el mecanismo que se utilizará para las citaciones a las partes

V. DE LA CONCILIACION EN EQUIDAD

1. Generalidades

Esta es una institución novedosa, que por primera vez se ensayará en el país, y semeja un poco la idea tantas veces ventilada de los denominados "jueces de paz". Consiste fundamentalmente en asignarle a personas de reconocida honorabilidad y credibilidad dentro de un determinado conglomerado social, una labor con marcado sabor cívico, en virtud de la cual colaboren con su comunidad, liderando y auspiciando la idea de evitar que las diferencias de sus conciudadanos, se solucionen mediante el sistema de la conciliación evitando así el trámite ante la justicia ordinaria.

La actitud del conciliador en equidad será la de procurar un arreglo amigable de un litigio, acudiendo no a los criterios estrictamente jurídicos, sino a las particulares reglas de lo que se considere como equitativo. Naturalmente, el concepto de equidad no es definido y pueden suscitarse interpretaciones diferentes acerca de cual sería la mejor solución en un determinado asunto. En lo personal el concepto aristotélico de la equidad, de dar a cada cual lo que le corresponde, sin duda alguna constituirá la mejor guía para quienes asuman el liderazgo de esta delicada misión.

Las bondades o desgracias de este nuevo sistema no se conocen, pero se espera no solo que sirva para descongestionar los juzgados, sino también a la comunidad misma, que con este instrumento tendrá la posibilidad de contribuir a su propia tranquilidad y estabilidad. Sería irresponsable criticar o alabar el sistema sin conocer sus resultados, y por ello preferimos adoptar la prudente actitud de recibirlo sin prejuicio de ninguna clase, y por ende con ánimo desprevenido, para que en el futuro sus resultados inclinen la balanza de su conveniencia o inutilidad.

Los aspectos trascendentales de la conciliación en equidad, en nuestro concepto son los siguientes:

2. Designación y naturaleza jurídica

Los conciliadores en equidad no pertenecen ni dan origen a un cuerpo o ente administrativo o jurisdiccional de ninguna clase, y menos autónomo, y tampoco su actividad está concebida para desarrollarse a través o desde un Centro de Conciliación, u organismo similar.

La conciliación en equidad solamente podrá adelantarse por quien haya sido elegido para ello, con el concurso de la Escuela Judicial "**Rodrigo Lara Bonilla**", por los Tribunales Superiores de Distrito Judicial de **Jurisdicción ordinaria**, de las ciudades sedes de estos y los jueces primeros del mayor nivel jerárquico en los demás municipios del país, de las listas que sean presentadas por las organizaciones cívicas de los barrios, corregimientos y veredas respectivas. Lo anterior significa que en cualquier municipio de Colombia, puede darse la conciliación en equidad.

No obstante lo anterior el conciliador en equidad si bien no ejerce jurisdicción, sí asume una función pública, definida en la ley, con todas las demás consecuencias que ello implica. Naturalmente, esta función pública siendo transitoria y no remunerada, no convierte al conciliador en funcionario público, pero no lo releva de las responsabilidades a que haya lugar en el ejercicio de su actividad.

3. Requisitos

En conciliador en equidad no necesariamente debe ser abogado titulado, entre otras cosas, porque lo que principalmente sustenta su intervención, es el hecho de que conducirá el trámite conciliatorio, acudiendo a las reglas de la equidad, y no a las disposiciones legales. Fundamentalmente, el sentido de la legislación es el de que sea una persona de reconocida aceptación colectiva dentro del medio social al cual pertenecen las personas en conflicto, de manera que su indiscutible autoridad, sirva de catalizador ecuaníime del conflicto. En últimas, el perfil del conciliador en equidad, coincide más con el de un dirigente cívico, que no político, del barrio, corregimiento o vereda, que con el de un administrador de justicia y ello de alguna manera explica el porqué su actividad no será remunerada.

Desde esos parámetros los requisitos para ser designado conciliador en equidad, son los siguientes:

- Ser incluido en las listas elaboradas por las organizaciones cívicas.
- Ser escogido por los Tribunales Superiores de Distrito Judicial de la jurisdicción ordinaria, en las ciudades sedes de estos, o por los jueces de mayor jerarquía en aquellos lugares donde no tenga asiento el Tribunal.
- Gozar de reconocida honorabilidad y de irreprochable conducta.

Aunque la propia ley ha señalado que la escogencia de los candidatos se hará con la colaboración de la Escuela Judicial “**Rodrigo Lara Bonilla**”, es de suponer que el gobierno nacional, una vez sancionada la ley, expida el decreto reglamentario del caso, en el que necesariamente deberá establecerse lo relativo a la manera de confección de las listas, qué debe entenderse por organización cívica, cuándo se considerará ineficiente el servicio, etc.

4. Remuneración

El conciliador en equidad prestará gratuitamente su servicio pues como lo dice el artículo 83 de la ley por sancionar, tal designación se ha hecho “**...teniendo en cuenta que el nombramiento constituye especial reconocimiento al ciudadano de connotadas calidades...**”

5. Procedencia

La conciliación en equidad podrá intentarse en “**...todas las materias que sean susceptibles de transacción, desistimiento o conciliación...**” (Cfr. artículo 85). Lo anterior supone que en aquellos asuntos en los que la ley tenga designados procesos dentro de los cuales se haya previsto la citación de terceros que se crean con derecho a intervenir, no será viable adelantar el trámite de la conciliación en equidad.

6. Trámite

El artículo 86 señala que quien tenga un conflicto podrá acudir al conciliador, en equidad, para que éste haga comparecer a la otra parte a una audiencia, que se celebrará en un despacho oficial, un centro comunal o educativo, y hasta en la propia residencia del conciliador.

Si bien el artículo 86 sugiere que quien quiera ventilar su conflicto en el sistema de conciliación en equidad, deberá acudir directamente al conciliador, nos parece que sin cercenar esta posibilidad, debe pensarse también en la posibilidad de que el interesado pueda acudir a la sede de las organizaciones cívicas de los barrios, corregimientos o veredas, y demandar de éstas la designación del conciliador.

Una vez designado el conciliador, éste citará a la otra parte, a menos que ambas hubiesen formulado la solicitud, para que tenga lugar la audiencia. Si a la audiencia no concurre ninguna de las partes o no hay conciliación, de ello se dejará constancia en un acta, debiendo en todo caso, si hay un futuro proceso ante la justicia ordinaria, agotar la audiencia del artículo 101 del C.P.C., si fuere el caso. Como se aprecia, si el conciliador en equidad no logra la concurrencia de las partes o fracasa la conciliación, ello no sustituye el trámite de la misma en aquellos procesos donde sea obligatoria.

Si las partes concurren a la audiencia, el conciliador las requerirá para que **“...planteen los hechos materia del conflicto y presenten las pruebas que soporten los mismos...”** (Cfr. artículo 87). El conciliador se limitará a advertir las pruebas que le suministren en la audiencia, pero en ningún caso podrá decretar la práctica de pruebas. La razón de esta restricción radica en que, como el conciliador no ejerce jurisdicción, entendiéndolo por tal la función pública de administrar justicia, y por tanto no le corresponde declarar derecho alguno, a él, simplemente le compete aproximar a las partes enfrentadas, para averarlos y evitar un proceso.

Si se obtiene un acuerdo, total o parcial, de ello se levantará un acta que tendrá los alcances de cosa juzgada y prestará mérito ejecutivo. Si el acuerdo es parcial, deberá precisarse la materia del conflicto que fue solucionada, de manera que pueda establecerse sobre qué aspectos habrá de tramitarse el proceso. Es importante aclarar que en el proceso iniciado para dirimir el conflicto, que haya quedado pendiente, necesariamente deberá volverse a realizar la audiencia de conciliación, si el específico proceso así lo exige, dado que la adelantada ante el conciliador en equidad no la sustituye.

Como el conciliador en equidad no pertenece a ningún organismo, sólo él llevará el archivo de las actas, sistema que nos parece inconveniente e inseguro, y

por ello sugerimos que en el decreto reglamentario por expedirse, al menos se le obligue a remitir copias a la autoridad que lo haya designado, y a la organización cívica que lo hubiese candidatizado.

VI. DE LA CONCILIACION EN ASUNTOS DE FAMILIA

1. Generalidades

La conciliación en los procesos de familia no es nueva, y diferentes disposiciones legales la han venido consagrando. Podríamos decir que el país judicial está acostumbrado a que los jueces convocan a una audiencia de conciliación, que ha contribuido más a la dilación de los trámites judiciales que a evitarlos.

La experiencia de la conciliación en manos de los jueces civiles de menores, como antes se les denominaba y de los jueces civiles del circuito, no fue óptima, entre otras muchas razones, porque no tenía el carácter preliminar, y además porque el volumen de asuntos encomendados a estos funcionarios les impedía dedicar el tiempo que la misma requiere.

El nuevo diseño de la conciliación contenido en el proyecto de ley pendiente de sanción, parte de supuestos diferentes a los de la legislación recientemente sustituida, tales como, encomendarle al defensor de familia y no a un juez, la evacuación de la misma, y reducirla a algunos asuntos muy particulares. Es muy probable que con tales modificaciones, el nuevo sistema ofrezca los resultados que se esperan, como así lo deseamos.

Advirtiendo la reglamentación del capítulo cuarto, destinado al tema que ahora nos ocupa, encontramos que no sólo se diseñó un nuevo sistema de conciliación, sino que además se le asignó la importancia que realmente tiene, al aspecto de las medidas cautelares, mientras se promueve el trámite conciliatorio.

Como aspectos trascendentales de la conciliación en la legislación de familia, previstos en la ley por sancionar, podemos destacar los siguientes:

2. Carácter voluntario y funcionario competente

La audiencia no es obligatoria y se tramitará solo si alguna, o ambas partes lo solicitan, antes de la iniciación del proceso, o durante el trámite de éste.

La solicitud deber ser dirigida al defensor de familia, funcionario encargado de adelantar el trámite correspondiente, para lo cual se tendrá en cuenta la asignación de funciones del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

3. Procedencia

Como la audiencia prevista en la nueva legislación no está prevista para todos los asuntos de familia, en estos, el trámite de la conciliación seguirá rigiéndose por las normas autónomas del código de procedimiento civil o del código del menor.

Los asuntos en los que podrá solicitarle previamente o durante el proceso, la convocatoria a la audiencia, son sólo los siguientes:

- a. La separación de cuerpos y de bienes, contenciosa o de mutuo acuerdo, y la liquidación de sociedades conyugales por causa diferente a la muerte de los cónyuges.
- b. La custodia, cuidado personal, régimen de visitas y en general los que versen sobre la protección legal del menor.
- c. La fijación de la cuota alimentaria.
- d. Los procesos contenciosos sobre los derechos sucesorales.

El artículo 47, incurrió en dos repeticiones al hacer el listado de los asuntos en los que procederá esta audiencia. En el ordinal a.) refirió **“la suspensión de la vida en común de los cónyuges”**, y en el d) se ocupó de **“la separación de cuerpos del matrimonio civil o canónico”**, que son situaciones idénticas; de otra parte en el ordinal e.) incluyó **“la separación de bienes y la liquidación de sociedades conyugales por causa distinta de la muerte de los cónyuges”**, y en el ordinal f.) relacionó **“los procesos contenciosos sobre el régimen económico del matrimonio”**, que en nuestra opinión tienen una misma temática.

Como el proyecto de ley pendiente de sanción no derogó expresamente norma alguna, nos parece razonable afirmar que el nuevo sistema de conciliación previsto para la fijación de la cuota alimentaria, deberá tener en cuenta algunas de las disposiciones del código del menor (arts. 136 y s. s. del Decreto 2737 de 1989), para cuando el beneficiado sea un menor, que en nuestro concepto siguen vigentes, pues no ríen con la nueva normatividad. En efecto, creemos que no quedaron derogadas las normas del código del menor que autorizan la conciliación, de oficio o a petición de parte, no solo ante el defensor de familia, sino también ante **“...los jueces competentes, el comisario de familia o el inspector de los corregimientos de la residencia del menor”**, como tampoco la tramitación misma, que establece, como se sabe, que si la persona obligada a prestar los alimentos no concurre en dos oportunidades a la audiencia, el funcionario fijará la cuota; y si no hay acuerdo, el funcionario tomará una decisión **“...atendiendo los términos de la oferta y los informes y pruebas presentadas por el oferente para sustentar su**

propuesta...". Pensamos que a las disposiciones anteriores del código del menor, que no serán derogadas por las normas de la ley que entrará a regir, por el contrario se le deben aplicar algunas del nuevo estatuto, como por ejemplo, las que gobiernan el tema de las medidas cautelares.

Dicho de otra forma, creemos que contribuirá de manera más positiva a los intereses de los menores, aplicar ambos estatutos, pues uno y otro tienen importantes beneficios. Desde luego, no se nos escapa que esta fusión normativa en manos de los encargados de administrar justicia, puede convertirse en un factor de confusión, y por ello resulta lamentable que el proyecto de ley por sancionar, no hubiera definido el punto.

Es muy importante recordar que en algunos de los asuntos para los que se autorizó la conciliación, la ley tiene prevista la posibilidad de que se solucionen mediante un trámite notarial, el cual no sufrirá alteración alguna si se solicita el trámite que venimos comentando, como lo pregona el parágrafo 2 del artículo 47. Es decir, la actuación notarial no tiene porque estar sujeta a que previamente se agote la conciliación, cuya tramitación, como se dijo, es potestativa.

4. Efectos de la solicitud de conciliación

La redacción de la ley por sancionar, en relación con los efectos y consecuencia de solicitar en forma previa al proceso, fue mucho más afortunada que en las otras hipótesis, lo que permite extraer conclusiones más seguras.

En efecto, en el artículo 53, expresamente se indicó que la solicitud de conciliación suspende la caducidad e interrumpe la prescripción, siempre que quien haya formulado la petición, concurre a la audiencia, y en el evento de fracasar el intento conciliatorio, promueva el proceso respectivo dentro de los tres meses siguientes. Y agregamos nosotros, que tal suspensión de la caducidad e interrupción de la prescripción se producirá, siempre que cuando se formule la solicitud ante el defensor de familia, no haya operado aquella o se hubiere consumado ésta.

Esta determinación, que infortunadamente no se tuvo en cuenta al reglamentar las conciliaciones en materias civiles, comerciales, agrarias ni laborales, no sólo impide que se generen dudas, sino que permite afirmar, sin temor a equivocarnos que si se solicita la audiencia de conciliación ante el defensor de familia, en los asuntos en los que es procedente, tal hecho impedirá iniciar el proceso, hasta cuando se haya agotado la misma.

5. Decreto y práctica de medidas cautelares

Como aspecto realmente valioso, debe registrarse que la circunstancia de solicitar la convocatoria de la audiencia, no impedirá el decreto y práctica de las me-

didias cautelares, de orden personal y real, autorizadas para los procesos de divorcio, separación de cuerpos, alimentos, etc., siempre que ello sea urgente. Para mayor claridad, mencionemos separadamente los eventos pertinentes, así:

a. Si las medidas son de carácter personal pueden ser decretadas y ejecutadas por el propio defensor de familia.

b. Si las medidas son de carácter real, es decir embargo y secuestro de bienes, el defensor antes de convocar a la audiencia, solicitará al juez que proceda a su decreto, ejecución y trámite de las oposiciones de los terceros.

Si llega a fracasar la conciliación, la ley ha previsto que durante los tres meses siguientes, se promueva el proceso respectivo, en cuyo caso no solo no se levantarán las medidas cautelares, sino que se mantendrán vigentes en el mismo, sin perjuicio de que el juez las modifique.

Ahora bien, cuando concluya la conciliación y en virtud de ella se haya regulado el cumplimiento de la obligación alimentaria en favor de menores, podrán adoptarse estas medidas cautelares, que tiene por objeto asegurar el pago de la mesada acordada así:

a. El defensor de familia podrá decretar el embargo del salario y prestaciones, y si ello no es posible acudirá al juez para que decrete la cautela sobre los bienes inmuebles y muebles de propiedad de la persona obligada a pagar los alimentos.

b. Podrá también el defensor de familia dar aviso a las autoridades de emigración para que le impidan la salida del país al obligado a prestar los alimentos, hasta tanto no constituya garantía suficiente de cumplir esa obligación.

Mientras que el proyecto de ley por sancionar, se ocupó de regular lo relativo a lo que sucederá con las medidas cautelares decretadas cuando fracasada la conciliación se promueve o no el proceso subsiguiente, nada dijo sobre la vigencia de las cautelas decretadas después de concluida positivamente la conciliación, cuando ella versó sobre cuota alimentaria para los menores. Es decir, esas medidas cautelares decretadas al término de la conciliación para garantizar el pago de alimentos a un menor, ¿quedan sujetas para su vigencia a la iniciación o no de un proceso? Nos parece que no habiendo dicho nada la ley sobre este último aspecto, mientras no haya garantía del pago de la prestación alimentaria, así no se haya iniciado el proceso respectivo y hayan transcurrido más de tres meses, las medidas cautelares deben permanecer vigentes, pues de lo contrario sería prohiñar la desprotección del menor.

6. Trámite

Presentada la solicitud de convocatoria a la audiencia, el defensor de familia citará a las partes, haciéndoles saber el objeto de la misma. Creemos que cuando se trate de fijación de cuota alimentaria para menores, deberán aplicarse las normas del código del menor a que antes hicimos alusión, a tales como, la reactiva a que sí la persona obligada a prestar los alimentos no concurre en dos oportunidades, el funcionario fijará el monto, y si hay desacuerdo en todo caso procederá a adoptar una decisión, teniendo en cuenta los informes que haya conocido durante la audiencia.

Si hay conciliación, de ello se levantará un acta que prestará mérito ejecutivo, y si no hay acuerdo, igualmente se dejará sentada tal circunstancia, por cuanto en ese evento, cuando se inicie el proceso respectivo, y se cite para la audiencia del artículo 101 del C.P.C., se prescindirá de la fase de conciliación, y únicamente se evacuarán los otros aspectos.

Insistimos en recordar que si hubo acuerdo, y versa sobre cuota alimentaria en favor de menores, el defensor de familia podrá adoptar las medidas cautelares que antes señalamos. Si la fijación de la cuota es en favor de un mayor de edad, no le es dable al defensor acudir al decreto de estas cautelas, dado que el cumplimiento forzado de la prestación deberá provocarse mediante un proceso ejecutivo de mínima cuantía.

VII. CONCLUSIONES

Como lo dijimos al inicio de este ensayo, con estas observaciones simplemente hemos esbozado algunos de los aspectos que en nuestro concepto son los más trascendentales de la conciliación, según la versión del estatuto procesal civil, como también la de la ley que debe entrar a regir muy pronto, para los asuntos civiles y comerciales, en equidad y de familia.

Las críticas que hemos formulado tienen el sabor y el propósito de contribuir no solo a la enmienda de algunos yerros e inconsistencias, sino también para que como advertencias sirvan a quienes tendrán el encargo de redactar el decreto reglamentario de la ley.

Digamos finalmente, que dos aspectos fundamentales deben ser tenidos en cuenta, si se pretende que uno de los más viejos sistemas de heterocomposición, como lo es la conciliación, surta los efectos esperanzadores de evitar procesos inútiles y procurar la tan anhelada paz en nuestro país.

a. La precisión normativa de la institución y la organización de la infraestructura necesaria para que ella funcione, constituyen el paso preliminar inobjetable.

b. La preparación de jueces, abogados, estudiantes de derecho, y en general de toda la población, acerca de la necesidad de explorar sistemas diversos a los litigiosos para solucionar los conflictos, sin duda alguna, es el pilar fundamental de todo el sistema. Si no se construye una opinión colectiva sobre ello, cualquier esfuerzo resultará insuficiente, y parodiando a Brecht, seguramente, cuando lo advertamos ya sea demasiado tarde.

Bogotá, enero de 1991

Por MAURO RODRIGO CHACÓN CORADO
Catedrático de Derecho Procesal Civil
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad de San Carlos de Guatemala,
Miembro del Instituto Iberoamericano
de Derecho Procesal.

SUMARIO

1. Introducción
2. Antecedentes
3. La supremacía de la Constitución
4. El Control de constitucionalidad en la Ley Fundamental de 1965
 - 4.1. Jerarquía Constitucional
 - 4.2. Procedimiento para el control de constitucionalidad en caso concreto
 - 4.3. Procedimiento para la inconstitucionalidad directa y concentrada
 - 4.3.1. Acción popular
 - 4.4. Los sistemas de control de constitucionalidad de las leyes: difuso (americano) y concentrado (europeo)
5. La Corte de Constitucionalidad
 - 5.1. Funciones
 - 5.2. Integración
6. Conclusión

1. INTRODUCCIÓN

El principio de la separación de poderes era considerado como un dogma entre los escritores franceses de fines del siglo XVIII, según la clasificación histórica ideada por Montesquieu, era necesario distinguir entre el poder ejecutivo, el