

Asistencia a Audiencias de Conciliación Extrajudicial en Derecho*

Attendance at hearings in law out of court settlement

José David Arenas Correa**

“En este lugar tropezamos con una cualidad desagradable de la jurisprudencia, con su ‘manía de grandeza’. En ninguna ciencia teórica o práctica existe la creencia de que un día pudiera ser capaz, y mucho menos, que ya lo fuese, de resolver cualquier problema imaginable. El biólogo, el filólogo, el historiador, el esteta, el astrónomo, no niegan en ningún momento que sólo sabrían contestar a un número de cuestiones insignificantes en comparación con la totalidad de los interrogantes... Sólo la jurisprudencia se atreve a causa de su supuesta plenitud hermética a poder resolver cualquier problema real o imaginable y exige esa capacidad inclusive del último de sus novatos.”

Herman Kantorowicz, *Der Kampf un die Rechtswissenschaft* (Alchourrón & Bulygin, 2003, p. vii)

** Abogado Universidad de Medellín. Especialista en Derecho de los Negocios Universidad Externado de Colombia. Magister en Derecho Universidad de Antioquia. Doctorando en Derecho Privado de la Universidad de Medellín. Conjuez Tribunal Superior de Antioquia. Conciliador. Árbitro. Docente Universitario: Universidad de Antioquia, Universidad Ces, Universidad del Rosario.

Recepción
29 de octubre de 2015

Revisión
18 de noviembre de 2015

Aprobación
20 de noviembre de 2015

Resumen

El presente artículo explorará la solución de vacíos a ciertas situaciones que ocurren en diferentes casos de inasistencia a audiencias de conciliación extrajudicial en derecho, celebradas al amparo de la ley 640 de 2001 en asuntos de Derecho Privado. Para la solución de los casos concretos, se recurrirá al método integrativo del derecho, con la idea de que de las mismas fuentes del derecho directas, fuertes, auxiliares o suaves, surgen soluciones sobre circunstancias disímiles que pueden acaecer en los eventos reales o aparentes de inasistencia. De igual manera, como aporte del documento se introduce también la respuesta a quién es el encargado de calificar la inasistencia como injustificada en el marco de la audiencia de conciliación extrajudicial en Derecho. Todas las respuestas otorgadas a la temática en el presente texto, corresponden al sentido integrativo interpretativo del autor.

Palabras claves: Audiencia de conciliación extrajudicial, Inasistencia, Ley Colombiana 640 de 2001, Centro de Conciliación, Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos (MASC)

Abstract

This paper will explore the solution to legal-empties for the resolution of certain situations that occur in the case of failure to attend out-court legal conciliation hearings under the act 640 of 2001 in relation of matter of Private Law. For the solution of concrete cases shall be referred to the law's integrative method, under the idea that the same sources of direct, hard, auxiliary or soft law solutions on disparate circumstances arise that may happen in the actual events or apparent absence of the parts. Similarly, as a contribution of the response document, is the answer to the question who is responsible for classifying the absence as unjustified as part of the audience of extra court conciliation in law?. All answers given to the subject in this text, obey the integrative interpretative sense of the author.

Keywords: Extra court conciliation hearing, Absence, Colombian Act 640 of 2001, Conciliation Center, Alternative Dispute Resolution mechanisms (ADR)

Artículo de investigación

*Artículo producto parcial de investigación: “Modelando la negociación en el centro de conciliación del consultorio jurídico de la facultad de derecho de la Universidad Ces: las primeras 100 audiencias de conciliación”, adscrito al Grupo de Investigación Estudios Jurídicos de la Facultad de Derecho de la Universidad Ces; línea de investigación: Derecho Privado.

Sea lo primero señalar que, de conformidad con el art. 1 par. 2 de la ley 640 de 2001,¹ es obligatoria la asistencia a la audiencia de conciliación extrajudicial en derecho, llevando a su vez, de conformidad con el art. 22 de la misma ley, como consecuencia de la inasistencia no justificada dentro de los tres (3) días siguientes a la audiencia la sanción de la existencia de un indicio grave para posterior proceso.

A lo anterior, con la reforma de la ley 1395 de 2010, se le sumó la sanción económica del texto del parágrafo 1 del art. 35 de la misma ley, de hasta dos (2) salarios mínimos legales mensuales.

Estas consecuencias normativas aparejan especiales inquietudes y una importancia trascendental de la asistencia a las audiencias de conciliación, así como la necesidad de resolver ciertas situaciones y aparentes vacíos que pueden presentarse en el desarrollo de las mismas.

El propósito del presente texto será recorrer las zonas de vacío normativo y resolver, a partir de la idea de la plenitud hermética del Derecho, las situaciones posibles a través de soluciones con aproximación por medio de argumentos jurídicos que recurrirán a diversas fuentes del Derecho.

Para el desarrollo de estas ideas abordaremos los casos principales que ofrecen dudas de asistencia dudosa, posible asistencia y las acciones que se deben desplegar frente a esto, planteando las posiciones jurídicas en torno a este tipo de problemas.

¹Reformado por la Ley 1564 de 2012, cuya redacción quedó así: "Las partes deberán asistir personalmente a la audiencia de conciliación y podrán hacerlo junto con su apoderado. Con todo, en aquellos eventos en los que el domicilio de alguna de las partes no esté en el municipio del lugar donde se vaya a celebrar la audiencia o alguna de ellas se encuentre por fuera del territorio nacional, la audiencia de conciliación podrá celebrarse con la comparecencia de su apoderado debidamente facultado para conciliar, aun sin la asistencia de su representado." (Congreso de la República de Colombia, 2012).

Principales casos de inasistencia dudosa

Son varios los convocados, algunos asisten, otros no

Cuando se ha convocado a varias personas a la audiencia de conciliación, surge como cuestionamiento si es viable o no proseguir con la audiencia de conciliación. Lo que depende del contenido de la potencial Litis planteada, pues si es imposible llevar a cabo disposición de los asuntos litigiosos sin la parte inasistente, habría que expedir acta parcial de inasistencia y no acuerdo. Así por, ejemplo, no es posible llegar a acuerdos en eventos donde la capacidad para transigir está en manos de un tercero, o como señala el art. 2470 del C.C. "No puede transigir sino la persona capaz de disponer de los objetos comprendidos en la transacción" (Ortega, Código Civil, 1978).

Por otro lado, también es significativa la situación en la que es posible desprenderse de la acción contra uno de los legitimados por pasiva, asistente, sin que, por ello, vaya a darse lugar al levantamiento de la persecución judicial, no sin antes advertirse que este procedimiento conciliatorio tiene efectos liberatorios y de subrogación contra codeudores no asistentes, como cuando ante la citaciones a varios obligados solidarios, asisten algunos, pero no asisten otros.

En todo caso, habría aquí que remitirse al derecho sustancial clásico y determinar si la condición de los obligados tiene naturaleza conjunta o solidaria, lo que apareja las consecuencias del régimen general de obligaciones para las que tienen un tratamiento disímil. Así por ejemplo:

- Puede extenderse acta de conciliación, y si ésta conlleva o apareja una condonación tendrá por efecto la condonación sólo en cuanto al interés del asistente a la audiencia, si se trata de una obligación de tipo solidaria. En las obligaciones conjuntas, el coobligado

asistente sólo dispondría sobre lo que le corresponde (art. 1573 y 1575 del CC.)

- Puede extenderse acta de conciliación y suspenderse la prescripción con la adecuada citación de uno sólo de los obligados solidarios, pese a que después quede probado que la audiencia de conciliación fue indebidamente notificada a otro de los citados, en atención a lo dispuesto en el art. 2540 del Código Civil. Lo que no tendría lugar en el caso de obligaciones conjuntas.
- Puede haber lugar a disposiciones que noven las obligaciones para un obligado solidario, rompiendo la solidaridad con todos los demás y exonerándolos de las cargas obligacionales (art. 1576 del CC.).
- Pueden surgir subrogación de derechos si el asistente concilia y paga frente a los no asistentes (art. 1579 del CC.).

En todo caso, dependiendo de la naturaleza de los vínculos obligacionales, estos se disolverían o transformarían según el acuerdo al que se llegue, aunque no huelga señalar que en la práctica, pese a la viabilidad de la audiencia sin todos los convocados y con constancia de inasistencia parcial por los no presentes, posiblemente según la estructuración del contradictorio será imposible construir el indicio grave a causa de inasistencias aún injustificadas en ciertas situaciones, como cuando se demanda el incumplimiento de un contrato contra los herederos de un causante del cual, sólo algunos de sus herederos no asistieron, igualmente cuando ocurre la inasistencia del propietario de un vehículo que iba a ser demandado con su conductor en un evento de responsabilidad civil.

Se cita a una persona jurídica, el representante legal no está habilitado para actuar en el marco de una conciliación o tiene restringidas expresamente las facultades para conciliar.

De conformidad con la ley, aún sin existir facultades expresas para conciliar, los representantes legales gozan de las mismas.

Esto, se infiere de la siguiente norma:

Decreto 2511 de 1998. Artículo 16. De la representación y el mandato. Las personas de derecho público y las de derecho privado, podrán actuar en la conciliación directamente o a través de sus representantes legales o por medio de apoderado con facultad expresa para conciliar.

Norma consistente con lo establecido para la audiencia de conciliación de orden procesal en el Decreto 2303 de 1989, con vigencia postergada hasta el 1 de enero de 2016 (art. 626 lit. c. de la Ley 1564 de 2012), de conformidad con el cual:

“Artículo 42. Representación de incapaces. Si el demandante, el demandado o alguno de quienes hayan de figurar como tales en el proceso fuere incapaz, tendrá facultad para celebrar la conciliación su representante legal.

El auto que aprueba la conciliación implicará la autorización a dicho representante para conciliar, cuando sea necesaria de conformidad con la ley.”(Presidencia de la República de Colombia, 1989).

Última norma, que con todo y pese a su derogatoria, no tendría problema en mantenerse en su sentido debido al vacío del reemplazo del Código General del Proceso (pues al reformarse el art. 1 de la Ley 640 no se establece con claridad solución sobre este problema), en tanto no ha sido derogado el art. 16 del Decreto 2511 de 1998, que seguiría viable como sustento analógico, pese a la casi total derogatoria del mismo por parte del Decreto 1716 de 2009.

Tomando en cuenta lo anterior, no hay lugar a teoría ultra vires y por tanto, es inviable proceder a la restricción a representantes legales de las facultades para conciliar cuando de una persona jurídica colectiva o ficticia se trata.

Sumando a lo anterior, lo dispuesto frente a la analogía en el art. 8 de la Ley 153 de 1887:

Quando no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulan casos o materias semejantes, y en su defecto, la doctrina constitucional y las reglas generales de derecho.²

En vista de la falencia de normas expresas en materias de audiencias de conciliación en asuntos de derecho privado y familia, habría lugar al uso del precepto del Decreto 2511 en aplicación de analogía sobre norma permisiva, lo que no tiene lugar en el caso de los apoderados (por tratarse de normas limitativas que conducen a sanciones).

Por otro lado, en el caso de representantes legales a los que expresamente se les restringen las facultades para conciliar, habría que interpretar en ánimo de que la conciliación no se convierta en una burla y medie el mínimo interés o tentativa en acordar, conforme a una subregla identificada en un salvamento al voto de un fallo de la Corte Constitucional que discutiremos más adelante (M.P. Cepeda Espinosa, José & M.P. Monroy Cabra, 2001), que mínimamente están obligados a asistir a la audiencia y suspender buscando la autorización del órgano respectivo en cualquier caso de arreglo, pese a lo cual, no se configura inasistencia cuando no se presenta la autorización previa a la audiencia, pues no se exige al representante legal esta facultad expresa para llegar a un acuerdo. Esta solución sería similar a la que ocurre cuando expresamente los estatutos limitan la facultad de llevar a cabo negocios jurídicos al representante legal sin autorización hasta cierta cuantía, en todos estos casos, el representante debe pedir suspensión de la audiencia para un

² Debemos advertir que no quedó incluido en el art. final (3.1.1.) del Decreto 1069 de 2015 una derogatoria expresa integral a este Decreto, pues su materia fue, tal y como lo expresa el art. 1 (del Decreto 2511 de 1998): "ARTICULO 1o. CAMPO DE APLICACION. Las normas del presente decreto se aplicarán a la conciliación extrajudicial contencioso administrativa y en materia laboral, reguladas por la Parte III, Título I, Capítulos 1, 2 y 3, Secciones 1, 2 y 3 de la Ley 446 de 1998, y por los artículos 19, 21 y 22 del Código Procesal del Trabajo." Todo esto en concordancia con los arts. 5 del CPC y 12 del CGP.

eventual acuerdo, y obtener la autorización del órgano respectivo. De igual manera en cuanto a las facultades o poderes que extiende al apoderado especial o general, que no pueden ser más de los que él mismo posee.

Se cita a una persona jurídica, ésta asiste a través de apoderado especial, ¿asiste o no asiste la persona jurídica?

Aquí lo primero es recordar la naturaleza de las personas jurídicas colectivas o ficticias es artificial, es una invención del derecho, que conlleva a la existencia de un ente jurídico que per se es incapaz de ejercicio y que requiere por tanto la existencia de una persona natural plenamente capaz, que complete esa capacidad.

A este respecto algunas normas señalan:

"Art. 639: Las corporaciones son representadas por las personas autorizadas por las leyes o las ordenanzas respectivas, y a falta de una y otras, por un acuerdo de la corporación que confiera este carácter."(Ortega, 1978)

De forma similar hace señalamiento la norma mercantil en materia de representación de sociedades, lo que no es óbice para que se lleve a análisis el contenido de las exigencias del art. 1 de la Ley 640 de 2001 en su pár. 1 modificado por del artículo 620 de la Ley 1564 de 2012, conforme al cual, "las partes deberán asistir personalmente a la audiencia de conciliación y podrán hacerlo junto con su apoderado." (Congreso de la República de Colombia, 2001).

Habría que analizar entonces a qué o quién se refiere el párrafo cuando hace alusión a las palabras "partes" y "personalmente", en efecto, es imposible que una persona jurídica colectiva, moral o ficticia se presente materialmente a una audiencia. Esto sólo lo podría realizar a través de personas naturales o físicas. Pero esta realización, no implica que únicamente son los representantes legales quienes pueden acudir por este tipo de entelequias jurídicas. En efecto, la norma citada de la legislación civil, se refiere

a que las corporaciones son representadas por las personas autorizadas por la ley, las ordenanzas o el acuerdo de la corporación. Pero, esto no implica que no esté en este marco de permisibilidad derivada precisamente de la existencia de contratos de mandato, de poderes y de facultades a los representantes legales directamente autorizados, para que estos autoricen a terceros a que lleven a cabo la asistencia al tipo de diligencia que nos ocupa.

Varias redacciones refuerzan la idea, especialmente en materia mercantil, así por ejemplo, la alusión que hace el par. 1 del art. 1 de la ley 640 a representantes, ampliamente extendida en su carácter flexible por el entendimiento que del concepto representación voluntaria tiene nuestro Código de Comercio:

Artículo 832. —Habrà representación voluntaria cuando una persona faculte a otra para celebrar en su nombre uno o varios negocios jurídicos. El acto por medio del cual se otorga dicha facultad se llama apoderar y puede ir acompañado de otros negocios jurídicos.”(República de Colombia & Legis, 2015)

Si se observa detenidamente la anterior norma en concordancia con el art. 196 y 198 del C.Co., tendríamos que concluir que asiste la sociedad comercial, siempre que asiste un apoderado con facultades expresas para conciliar. Esto porque ninguno de dichos artículos hace mención directa a la división artificial que se ha creado entre la representación legal y la representación voluntaria, sin tomar en cuenta que la primera de todos modos por la necesaria voluntad del representante al aceptarla y de la entidad al deferírsela, acaba siendo un subcaso de la segunda.

Otro asunto es que, por ejemplo, el poder conferido a quien acude en nombre de una sociedad, haya sido otorgado desviándose la compañía de su objeto social principal o de las facultades conferibles para delegar, por ejemplo, por mediar una expresa prohibición de orden estatutario. Igualmente, que el poder no

contenga las facultades expresas para conciliar, que impedirían la asistencia debidamente a la audiencia de conciliación por tratarse de una situación en la que se carecería de las facultades específicas para intervenir en un mecanismo alternativo de solución de conflictos.

Marginándonos entonces de las tesis contractualistas y organicistas³ sobre la naturaleza de la representación legal (M.P. Escobar Gil, Rodrigo, 2003), la Ley 640 enmarca el deber de asistencia en el de la persona, persona que como tal no puede, ni tiene mecanismos para acudir físicamente a la audiencia, pues se trata de una entelequia. Cabría recordar que, el propósito del legislador al introducir el deber de comparecencia personal fue evitar que se utilizara la fábula de no estar revestido de facultades para negociar, como instrumento mediante el cual se eludiera el propósito de llevar a cabo un arreglo serio sobre las diferencias en la audiencia de conciliación y simplemente postergar la prescripción o caducidad. Esta conclusión se desprende de una confrontación entre el contenido de la introducción al Proyecto de Ley 304 de 2000 Cámara, con los comentarios explicativos sobre la inserción del parágrafo 2 al art. 1 de la ley 640 de 2001.

Por otro lado, la marcada diferencia con el núm. 4 del Pár. 2 del art. 101 del CPC., permitiría también inferir que es procedente la asistencia por apoderado a la audiencia de conciliación extrajudicial. En efecto, mientras el parágrafo 2 del art. 1 de la ley 640 obliga a las partes a asistir, la norma primero mencionada preceptúa:

4. Si alguno de los demandantes o demandados fuere incapaz, concurrirá su representante legal. El auto que aprueba la

³ En este aspecto, en el obiter dicta de la sentencia T 974 de 2003: “Pero lejos de ser la representación de una sociedad un asunto específicamente **contractual** (teoría contractualista), tal y como parece disponer el artículo 110 del Código de Comercio; su naturaleza deviene igualmente en **legal** (teoría organicista), cuando el ordenamiento jurídico sule, (i) el límite y el alcance de las funciones de representación y, a su vez, (ii) reconoce su titularidad en determinadas personas, verbi gracia, cuando en las sociedades de responsabilidad limitada delega su representación en todos los socios, a menos que decidan transferirla en un tercero (art. 358 num. 5”). (M.P. Escobar Gil, Rodrigo, 2003).

conciliación implicará la autorización a éste para celebrarla, cuando sea necesaria de conformidad con la ley. Cuando una de las partes está representada por curador ad litem, éste concurrirá para efectos distintos de la conciliación y de la admisión de hechos perjudiciales a aquélla; si no asiste se le impondrá la multa establecida en el numeral 3. anterior. (Presidencia de la República de Colombia, 1971).

Lo que marca una clara diferencia en tanto que en la audiencia judicial debe presentarse el “representante del incapaz”, en la audiencia de conciliación extrajudicial es necesaria la “presentación de la parte” y por su puesto la intervención de curador o del representante legal para efectos de otorgar el consentimiento. La exigencia se debe tomar entonces a la necesidad de un representante voluntario cuando se trata de una persona jurídica, y debe ser interpretada como un caso asistencia “de parte” cuando se actúa por un representante legal del incapaz que no sea persona jurídica.

En conclusión, en vista de que no atenta contra los propósitos de la ley en la materia, es perfectamente posible que se comparezca a la audiencia de conciliación por un ente jurídico a través de un apoderado general o especial, siempre que tenga expresas facultades para conciliar.

Se cita a una persona, esta no asiste y se presenta a quien esta considera legitimado por pasiva para resolver el asunto objeto de la conciliación (“denuncia” de la conciliación, “intervención ad excludendum de la conciliación”).

En este punto es preciso tomar en cuenta el art. 8 de la Ley 640 de 2001.

La norma establece dentro de las facultades del conciliador la obligación expresa de “*hacer concurrir a quienes, en su criterio, deben asistir a la audiencia.*”.

Lo anterior, no sólo acaba teniendo el sentido de deber para el conciliador, sino también de

poder extraordinario en el orden de la audiencia de conciliación, al existir esto, podría llegarse a acuerdos o resoluciones anticipadas de conflictos que realicen la descongestión y resuelvan los objetivos de las audiencias de conciliación, permitiendo la presencia de interesado en el arreglo.

En efecto, podría darse que la persona solicitada no asistiese, pero aun así se presentare quien, teniendo interés, se encontrare inclusive en situación de comprometerse y buscar un arreglo conciliatorio. Para este tipo de situaciones es relevante la flexibilidad del conciliador y que acoja su deber-poder, para admitir la presencia del tercero y buscar la conclusión de un arreglo con mérito ejecutivo y carácter de cosa juzgada entre las partes.

Nos encontramos en este punto de acuerdo con un señalamiento de la doctrina:

Otra cosa muy diferente sería la intervención de terceros en audiencia de conciliación, realizadas en procesos judiciales o administrativos en las que deben observarse las normas legales procesales vigentes en relación con la vinculación de terceros al respectivo proceso.(Lezcano, 2011, p. 124).

No se debe huir a la posibilidad de construir un acuerdo en el marco del respeto a la legalidad, cuando el interés de ambos polos de la reunión radica en llevarlo a cabo.

Asiste una persona no abogado en condición de apoderado especial del solicitado

Pese a que mucho se ha discutido sobre la imposibilidad de intervención sin derecho de postulación en este tipo de mecanismos, lo cierto es que pareciera que no es posible la designación de un apoderado no abogado para la asistencia a audiencia de conciliación. Esto, porque actualmente persiste la norma restrictiva que lo indica (en el Decreto 1069 de 2015). En efecto, previamente, el art. 5 del Decreto 1716 de 2009 (por el cual se reglamenta el artículo 13 de la Ley 1285 de 2009, el artículo 75 de la

Ley 446 de 1998 y del Capítulo V de la Ley 640 de 2001), rituaba:

Derecho de postulación. Los interesados, trátese de personas de derecho público, de particulares o de personas jurídicas de derecho privado, actuarán en la conciliación extrajudicial por medio de apoderado, quien deberá ser abogado inscrito y tener facultad expresa para conciliar. (Presidencia de la República de Colombia, 2009).

Tal norma fue derogada expresamente por el Decreto 1069 de 2015 y sustituida en este mismo Decreto por el art. 2.2.4.3.1.1.5 que básicamente contiene la misma redacción.

No obstante, debe tenerse en cuenta el art. 2.2.4.3.1.1.1. del mismo decreto, de conformidad con el cual las normas de dicho capítulo se aplicarán a la conciliación extrajudicial en asuntos de lo contencioso administrativo. Por ello, y ante el vacío de prohibición para la conciliación de orden civil, mercantil o de familia, no habría problema alguno. Esta, en esencia, era la misma argumentación que se aplicaba en vigencia del art. 1 del Decreto 1716 de 2009: no es viable la analogía por tratarse de una norma restrictiva que conduce en su infracción a una sanción.

¿Es necesario acreditar la “falta temporal” que faculta al representante legal suplente para asumir su rol?

En nuestro concepto, no. Las faltas temporales serían la resulta de la simple situación de no encontrarse presente el representante principal, por lo cual no habría la necesidad de acreditar la falta para la presencia de la persona jurídica representada en el suplente que aduciría como falta temporal la simple ausencia del principal.

Se lamenta que las exigencias impuestas por algunos jueces para asistencia a audiencias de conciliación judicial estén generando impedimentos y sobrecostos a los cobros legítimos de obligaciones. Pese a lo anterior,

este impedimento no ha ni debe tomar carrera en las audiencias de tipo extrajudicial.

De cualquier manera, aún en conciliaciones de índole judicial, la asistencia por medio de suplente del representante legal a la audiencia de conciliación es posible. Esta ha sido la posición de la Superintendencia de Sociedades:

“De todas formas no se puede desconocer que en el contrato social es dable pactar restricciones a los suplentes par a ciertas diligencias, por lo que habría que irse al mismo a efecto de determinar si existe alguna limitante al respecto, caso en el cual el suplente estaría inhabilitado para los casos que allí se determinen; pero si por el contrario, no se estipuló condición alguna, el suplente estaría habilitado para cualquier actuación, entre ellas, concurrir a la audiencia de conciliación con plenas facultades de representación sin necesidad de comprobar la ausencia del principal, bastando únicamente acreditar su calidad de suplente mediante el certificado expedido por la Cámara de Comercio en el cual conste su inscripción como tal en el registro mercantil, en el cual los terceros podrán comprobar que no está restringido contractualmente para tal fin.”(Superintendencia de Sociedades, 2015).

Lo anterior se ve ratificado por las nuevas disposiciones del Código General del Proceso en materia de la práctica del interrogatorio de parte, donde implícitamente se válida la participación de suplentes como un caso de asistencia para este tipo de diligencias en las que la inasistencia conduce, como efecto jurídico, a la sanción de la confesión ficta, obsérvese.

“Artículo 194 CGP (art. 198 CPC). Confesión por representante. El representante legal, el gerente, administrador o cualquiera otro mandatario de una persona, podrá confesar mientras esté en el ejercicio de sus funciones. La confesión por representante podrá extenderse a hechos o actos anteriores a su representación.

[...] Artículo 198 CGP. [...] Cuando una persona jurídica tenga varios representantes o mandatarios generales cualquiera de ellos deberá concurrir a absolver el interrogatorio, sin que pueda invocar limitaciones de tiempo, cuantía o materia o manifestar que no le constan los hechos, que no esté facultado para obrar separadamente o que no está dentro de sus competencias, funciones o atribuciones. Para estos efectos es responsabilidad del representante informarse suficientemente.” (Congreso de la República de Colombia, 2012)⁴.

Si cualquier representante puede concurrir, no se ve por qué puedan fabricarse impedimentos, desde que estos no existan estatutariamente, al reemplazo simple por la falta temporal obvia de presencia del principal.

En este sentido debe procederse y celebrarse audiencia en estos casos.

La inasistencia del solicitante

La sanción directa para quienes no asisten a la audiencia de conciliación se justifica por razones de equidad y simetría, pero también tiene asidero en los antecedentes del proyecto de ley que motivó la regulación de la audiencia de conciliación extrajudicial en derecho, al menos en la versión original de la ley 640 de 2001. En efecto, conforme a los ponentes del proyecto:

Con el fin de garantizar la presencia de las partes citadas a una audiencia de conciliación y en la misma medida evitar que se acuda al mecanismo de la conciliación como alternativa para suspender la caducidad o prescripción pronta a vencerse, práctica común entre los abogados, se establece que cuando una de las partes no asiste a la audiencia de conciliación y no lo justifica, su conducta podrá considerarse como indicio grave en contra de sus pretensiones o de

sus excepciones de mérito en un eventual proceso judicial que verse sobre los mismos hechos. Esta medida se compagina con la multa que se establece por los mismos hechos en el pliego. (Navas & Andrade, 2000)

Con esto sumado a que el par. 2 del art. 1 surge precisamente después del primer debate en Senado, se encuentra que tuvo por propósito inicial proteger a los demandantes que tenía que demandar por el foro de competencia territorial tradicional (domicilio del demandado-convocado) por fuera del circuito judicial donde residían (no se pensó que se pudiera instrumentalizar el vacío de la ley de conciliación en cuanto a lugar para presentar la solicitud por parte del solicitante a su favor), dando así la posibilidad de acudir por medio de apoderado, como mecanismo válido, dado que la presencia a través de apoderado no significaría necesariamente un mecanismo dilatorio ni de burla a la posibilidad de una negociación.

La conciliación una vez solicitada no le pertenece a la parte solicitante, le impone a ésta responsabilidad, así como le ha impuesto carga al solicitado.

Se retira intempestivamente de la audiencia uno de los asistentes

Esto ocurre en negociaciones difíciles en las que con frecuencia entran en juego factores extra-audiencia a ser determinantes para que los intereses o pasiones lleven a los asistentes a su retiro intempestivo.

Indudablemente en estos casos, no es viable, ni procedente imponer la sanción propia para la inasistencia a la audiencia, pues se ha cumplido el fin de la norma al hacer presencia la parte convocante o convocada.

La actitud que debe tomar entonces el conciliador es proceder a expedir una constancia de no acuerdo, asentando de igual manera el hecho del retiro de la diligencia, no desatendiendo que las partes que asisten

⁴Subrayas fuera del texto original.

no están obligadas por el mecanismo alternativo a llegar a un acuerdo, incluso, la ley no necesariamente impone un esfuerzo determinado conducente al mismo, respetando la posición de la parte y sus convicciones jurídicas relativas al problema de la audiencia sin la necesidad de honrar deberes de arreglo pues su ánimo de construir un acuerdo es libre y autodeterminado.

Por otro lado es pertinente recordar parte de lo dicho en sentencia C 1195 de 2001 de la Corte Constitucional:

La exigencia de la audiencia de conciliación como requisito de procedibilidad es un límite principalmente temporal para el acceso a la justicia del Estado, el cual sólo impone a las partes esperar que llegue la fecha fijada para la audiencia de conciliación, pero no las obliga a adoptar ninguna decisión dentro de esa audiencia. Las partes mantienen el control del proceso y de los resultados de la audiencia, pueden fijar la duración de esa audiencia, pueden decidir si concilian o no, pueden decidir autónomamente el grado de intervención del conciliador, cuyo papel se puede limitar a certificar los resultados de esa audiencia, o llegar a tener un rol más activo, facilitando la búsqueda de soluciones o proveyendo información experta necesaria para aclarar los puntos de discusión o formulando propuestas. Este límite temporal puede ser superado por voluntad de las partes, quienes durante los primeros minutos de la audiencia de conciliación, por ejemplo, pueden manifestar su decisión de no conciliar y acudir directamente a la jurisdicción.

De igual forma es contundente para esta conclusión la distinción sobre la ratio decidendi que hace el magistrado Uprimny más adelante: la subregla oculta dice que no es obligatorio conciliar, es obligatorio llevar a cabo la tentativa de conciliar. Siendo tomado esto de esta manera, es imperioso concluir que el retiro antes de la terminación, sólo es señal de no acuerdo.

¿Qué ocurre en la audiencia en que se convoca pero se asiste únicamente a la primera sesión y no se concurre a la prórroga por suspensión que se había fijado durante el trámite de la primera reunión?

Los razonamientos a aplicar en el caso de la inasistencia injustificada a prórroga después de haber asistido a una primera sesión, corresponderían en un principio a los mismos establecidos para la situación anterior, esto porque no puede forzarse a la parte a arreglar y su no presencia constituye, cuando no es justificada, una clara señal de la intención de no acordar. Pese a lo anterior, en una situación concreta especial no pueden tener el mismo tratamiento. Tal situación es aquella en que la audiencia se encuentre siendo prorrogada por voluntad de las partes por un término superior a tres (3) meses, pues pese a que dicho tipo de prórroga es posible a la luz de la redacción del colon final del inc. 1 del art. 20 de la ley 640 de 2001, no es viable dar parte de asistencia y no acuerdo a quien no se presenta, cuando se trata de la celebración de una audiencia que lleve más de tres (3) meses siendo postergada, pues, en este caso se estaría incentivando a la conducta preprocesal, que en el mismo escrito de ponencia de la legislación se trató evitar.

El art. 21 señala como máximo término de suspensión de la prescripción de la acción el contemplado en el art. 21 de la ley 640, que es precisamente el término de tres (3) meses. En vista de lo anterior, pasado ese término debe generarse la sanción por inasistencia en lugar del acta de no acuerdo cuando la parte no se presenta a la audiencia, como incentivo para evitar que se instrumentalice la prórroga como medio para dilatar la prescripción y la caducidad, sin interés real en la búsqueda de un arreglo. Esta interpretación, por supuesto, es abiertamente consecuencialista y soportada en el espíritu de la norma.

Por el contrario, la inasistencia no justificada a una prórroga fijada dentro del término de tres (3) meses, en nada perjudica los intereses de una de la otra parte, que puede proceder a

hacer ejercicio de la acción una vez se extienda el acta de no acuerdo, interpretando la conducta de la parte que no se presentare, como falta de voluntad en un acuerdo, para que se proceda a hacer ejercicio de las acciones que sean del caso.

Naturalmente, debe ser el juez quien determine en este caso si se presentó o no la inasistencia por lo delicado del asunto, ante lo cual, sea que se extienda como acta de inasistencia o de no acuerdo el conciliador debe reflejar fielmente los hechos ocurridos durante la prórroga.

¿Es posible la asistencia por telepresencia?

El mundo jurídico se inclina cada vez más en materia procesal -que guarda mayor rigor formal-, a la asistencia por medios electrónicos. El desarrollo de las tecnologías en información y comunicaciones ha facilitado no sólo a un nivel apropiado la celebración de reuniones, sino también la validación o ratificación de las partes presentes, siendo posible por tanto gestionar de manera apropiada, realizando los fines de la audiencia de conciliación extrajudicial en derecho a través de la conferencia virtual o lo que denominaremos telepresencia.

Así las cosas, telepresencia es la posibilidad de que, a viva voz, el interviniente en la audiencia, que no puede estar físicamente por encontrarse a una distancia considerable, asista por medios electrónicos preestablecidos en la audiencia.

No existe prohibición expresa a este mecanismo, y por el contrario, aparece en el sistema jurídico colombiano una serie de regulaciones o situaciones que facilitan la realización de diligencias incluso de carácter judicial por estos medios, encontramos que no está limitado para las audiencias de conciliación y que es perfectamente realizable.

Algunas normas que viabilizan en la aplicación de la analogía comprender este marco de flexibilización son las siguientes:

- El art. 224 del CGP., que facilita la práctica de pruebas testimoniales en los procesos por medios electrónicos.
- El art. 171 incs. 1 y 2 del CGP., que da lugar a la práctica de pruebas directas en otros espacios de competencia distintos al de la ubicación de los despachos judiciales, cuando los medios técnicos lo facilitan.
- El art. 199 del CGP, que permite en circunstancias específicas el interrogatorio de parte por medios técnicos.

Adicionalmente, varias decisiones de las altas Cortes han permitido entender la posibilidad de actos procesales por medios técnicos desde que exista la posibilidad de validación, individualización y fijación por medios seguros de los actos procesales realizados. Llama la atención especialmente un caso de impugnación por vía de tutela contra un arbitraje porque se utilizó la videoconferencia para la presencia virtual de uno de los árbitros, caso en el que se ha señalado por la Corte Suprema de Justicia en sede de impugnación:

Desde esa perspectiva, el quehacer del Tribunal tutelado no se halla en palmaria disonancia con lo que se ha querido, desde la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, al consagrar la posibilidad que tienen los despachos de acudir a modernas tecnologías en miras de obtener una “pronta, cumplida y eficaz” solución de conflictos –art. 4 Ley 270 de 1996-, con la única condición de garantizar el debido proceso de quienes en él intervengan.

De suerte, que al no evidenciarse en el obrar denunciado claro desconocimiento al principio de inmediación, pues como se dejó descrito el árbitro ha concurrido, de la forma señalada, a las audiencias programadas, ni vulneración de los derechos fundamentales al debido proceso y defensa, ya que en el trámite del juicio historiado la gestora, en salvaguarda precisamente de esos preceptos, ha sido escuchada y los mecanismos que ha utilizado con ese fin han sido oportunamente resueltos, sin que las reclamaciones que

se plantean ahora, generadas en una divergencia de criterios en cuanto a la validez de la presencia virtual de uno de los jueces, logre involucrar, se reitera, un garantía de rango superior, circunstancia que le cierra el paso a esta especial y restringida justicia constitucional. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Impugnación Tutela, No. 08001221300020090051801, 2009).

Por otro lado, es pertinente advertir que la firma del acta de conciliación cuando se presenta un acuerdo, tan comúnmente entendida como requisito, es un entendimiento que no emana de ninguna exigencia legal para la audiencia de conciliación extrajudicial en derecho de que trata la ley 640, pero que por lo controvertido, se expondrá como un problema a resolver cuando se trata de una audiencia por medios técnicos (en lo personal considero que la fe que otorga un conciliador sería suficiente con su validación)⁵.

Algunos de los que han sostenido la necesidad de la firma como requerimiento, se fijan en la firma como el requisito de validez y existencia del acta (Lezcano Miranda, 2011, p. 198), esta posición también se acerca a la de quienes han sostenido que no cumpliría con el requisito de la ejecutividad que el acta carezca de las firmas de los deudores preceptuado en los art. 488 del CPC y 422 del CGP, pese a lo anterior, estos puntos en mi concepto se ven superados por la norma especial contenida en el art. 66 de la Ley 446 de 1998, de acuerdo con la cual *“el acuerdo conciliatorio hace tránsito a cosa juzgada y el acta de conciliación presta mérito ejecutivo”*

Pensando en términos de efecto útil de la legislación, no tendría sentido darle equivalencia de mérito ejecutivo, si de todos modos se le exigieran los requisitos del art. 488 del CPC ya

⁵ Este asunto lleva a otro problema especialmente sensible, como que, en los eventos de retiro antes de la firma de una de las partes, si no se interpreta la firma, señal de consentimiento como tal, sino la aprobación ante el conciliador, podría el conciliador certificar un acuerdo, por lo que “vió”, que se dio, en la medida de lo anterior, acudimos al criterio de la seguridad, para ofrecer soluciones prácticas a este tipo de eventos.

vigentes cuanto entró a regir el artículo antes citado. Sea lo que fuere, debido a que no es una interpretación mayoritaria, en este sentido, lo que habría que garantizar para la realización de audiencias por el medio técnico con telepresencia, sería más bien que se cumplan los requisitos del acta de conciliación y de la señal de consentimiento que blinden un acta de cualquier controversia sobre la existencia del acuerdo o la validez del mismo. Para lograr este propósito sugerimos los siguientes procedimientos:

- Primera opción. Concertar con la parte que desea asistir vía telepresencia, el nombramiento de un apoderado con expresas facultades para conciliar, para que este suscriba el acta en el evento de llegarse a un acuerdo. Esta firma, sumada al consentimiento manifestado por el apoderado y a la constancia de la telepresencia con fijación de los mecanismos digitales utilizados para la audiencia, sería suficiente señal de acuerdo con el respectivo mérito ejecutivo.
- Segunda opción. La realización de la audiencia por telepresencia y la fijación del consentimiento a través de algún documento magnético o digital en el que conste que la parte asistente por esta vía consintió expresamente en el acuerdo, documento que acabaría haciendo parte del expediente de la conciliación, de donde emanaría un título ejecutivo consistente en el acta en la que hace referencia al acuerdo que quedaría fijado en tal medio. Para efectos de la ejecución, podría construirse el título complejo, de hacerlo necesario algún juez formalista con el contenido del acta y con el medio técnico de fijación de la manifestación de consentimiento.
- Tercera opción, se lleva a cabo el acuerdo, se instrumentaliza el acta y se confía su remisión completa para la firma inicial de la parte que está asistiendo a través de telepresencia y la posterior firma del conciliador y el asistente directo. Esta forma de llevar a cabo la diligencia ofrece el peligro del arrepentimiento en torno al acuerdo y la posibilidad de problemas en cuanto a la fijación o devolución del acta.

- Finalmente, en el caso afortunado de que existiese firmas digitales registradas, podría validarse el registro digital del acta.

En situaciones de no acuerdo, no habría problema alguno, pues en este aspecto, claramente ha sido aceptado que sólo se requiere la firma del conciliador, quien daría fe de la asistencia vía telepresencia y llevaría con el director del centro a depósito en el respectivo libro de constancias.

En cuanto al aspecto relacionado con la supuesta obligatoriedad de llevar a cabo las audiencias en las sedes de los Centros de Conciliación, es preciso aclarar que esa es una norma técnica, no jurídica, que han venido imponiendo desde el Ministerio, que se contradice con su propia línea institucional pasada (sobre la que se ha mantenido, elevando de cualquier modo el grado de desconfianza a una práctica flexible), con la cual no habría problema desde que la audiencia se efectúe al menos por parte del conciliador y por el presente físicamente en las instalaciones y con los medios técnicos disponibles en el Centro de Conciliación (Ministerio de Justicia, 2012 - 2015).

Se cita a una nueva audiencia por el mismo tema y se toma la decisión de no asistir

En este punto es preciso tomar en cuenta que dado que las mismas normas que regulan la audiencia extrajudicial en conciliación limitan la audiencia en sus efectos suspensivos de la prescripción y la caducidad en la primera celebración, además de lo establecido en el proyecto que llevó a la ley 640, la finalidad de limitar la audiencia no es otra que evitar el abuso de la postergación indeterminada con miras a hacer mella a los fines de estas instituciones.

En igual sentido se encuentra la redacción de la exposición de los ponentes del proyecto (ver más adelante), así como el colón final del art. 21 de la Ley 640 de 2001, que reza: *“Esta suspensión operará por una sola vez y será improrrogable.”*

Lleva a la anterior conclusión, pero también es determinante evitar que se instrumentalice la búsqueda de la inasistencia como prueba indiciaria cuando por ejemplo, la parte asistente que ahora no asiste ya ha profesado su aversión y su falta de ánimo conciliatorio.

Dado que es un mismo conflicto y que éste se encuentra descrito en la constancia inicial de no acuerdo, el mecanismo de defensa ante la eventual búsqueda de la sanción por inasistencia, sería entonces la presentación de la constancia de la primera ocasión en que basados en la misma situación de conflicto no se alcanzó el buscado acuerdo, precisamente el inciso final del art. 2 de la pluricitada ley, lleva a concluir esto, pues se busca almacenar de forma apropiada la información respecto a las audiencias incluso en el archivo del mismo centro de conciliación, lo que lleva a un soporte concreto que permite proteger apropiadamente la idea del esfuerzo, no sólo como prerrequisito de la actuación judicial, sino también como resultado de una actividad a la que no necesariamente se puede obligar a exponer a la parte que toma la decisión de no asistir a la misma.

Art. 2 En todo caso, junto con la constancia se devolverán los documentos aportados por los interesados. Los funcionarios públicos facultados para conciliar conservarán las copias de las constancias que expidan y los conciliadores de los centros de conciliación deberán remitirlas al centro de conciliación para su archivo.

Finalmente, si se quiere controvertir el argumento de quienes pretendan requerir dicha doble asistencia (en todo caso la segunda convocatoria a la que se inasistió debería ser evaluada por el juez en el proceso), una forma de arribar a estas misma conclusión es aplicar el test de razonabilidad que se implementó sobre la carga de obligatoriedad de asistencia a la audiencia de conciliación extrajudicial en derecho en el caso de la sentencia de inexequibilidad condicionada C 1195 de 2001 de la Corte Constitucional (M.P. Cepeda Espinosa,

José & M.P. Monroy Cabra, 2001). En dicho caso, la Corte encontró condicionalmente exequibles los artículos 35, 36 y 40 de la Ley 640 de 2001, llevando a cabo un test de razonabilidad en el que verificó la carga que generaba en conexión al derecho fundamental al acceso a la justicia, el obligar a las víctimas de violencia intrafamiliar a presentarse personalmente en escenarios de conciliación extrajudicial en derecho.

Posiciones más extremas, como la del magistrado Araujo Rentería (en el mismo fallo), lo llevaron al salvamento al voto en el que consideró la imposibilidad de obligar en cualquier caso a la conciliación, pueden ser moderadas a través de la visión de que no es procedente vulnerar el derecho constitucional al libre desarrollo de la personalidad cuando ya se ha hecho el esfuerzo preprocesal establecido. De cualquier manera nos permitimos citar el aspecto central de dicho salvamento:

La ley no puede obligar a los particulares a utilizar este mecanismo en ningún caso, pues la conciliación no puede establecerse por ésta de manera permanente y como un deber de cumplimiento previo para acudir ante los jueces, bajo el criterio de que de esa manera se beneficia a las partes, aún contra su voluntad. Tales razones de orden jurídico, no sólo son aplicables cuando se trate de procesos laborales, sino también respecto de los que conocen las jurisdicciones civil, contencioso administrativa y de familia o cualquier otra que se establezca en el futuro. (M.P. Cepeda Espinosa, Manuel José & M.P. Monroy Cabra, 2001).

Finalmente, la posición esclarecedora de la mencionada sentencia que da respaldo a la línea argumental de este documento, se encuentra en la posición intermedia del Magistrado Rodrigo Uprimny, quien en un punto medio entre la obligatoriedad de la audiencia de conciliación y la no obligatoriedad de la misma fija, como ya se había señalado en el texto, que hubo una subregla oculta en el fallo que

debió ser esclarecida en la *ratio decidendi*⁶: que no es lo mismo estar obligado a buscar una conciliación que estar obligado a conciliar, de esta aclaración surge de forma precisa la idea de que es posible no encontrarse obligado a una audiencia de conciliación adicional, pues la tentativa infructuosa de la conciliación representa ya cumplimiento a esto, lo que permitiría la aplicación relativa del mencionado test de razonabilidad, conforme al cual el interés disminuido de la parte ya asistente en la búsqueda de un acuerdo sería señal de la búsqueda de la misma de un arreglo por la vía judicial, en donde no tiene ya porqué el legislador intervenir, aparentemente forzando a la búsqueda de un arreglo efectivo (pues en muchas ocasiones en las que se plurifica la audiencia de conciliación se hace en situaciones donde quien desea acudir a la jurisdicción tiene baja probabilidad de éxito procesal).

Valga también señalar que no faltaría quien señala que bajo esa subregla oculta, estaría obligado a una nueva tentativa de conciliación el solicitado convocado, y por tanto habría lugar a la sanción por la inasistencia⁷. En este punto objetaría lo inicialmente señalado: ¿entonces cuál es la utilidad de la constancia de no acuerdo que se entrega a ambas partes? Recuérdese que dicha acta no sólo se entrega al solicitante, de lo contrario la redacción del artículo 2 no iniciaría por hacer mención al “interesado” sino al “solicitante”, en el siguiente aparte que iteramos (subrayas fuera del texto original):

⁶ De acuerdo a Uprimny: “Es obvio que la ley no puede establecer que la conciliación sea un requisito de procedibilidad, pues no puede el Estado obligar a que los ciudadanos concilien a toda costa sus diferencias y lleguen a un acuerdo para poder acudir a la justicia. Una tal regulación sería incluso absurda, pues si las personas fueron forzadas a llegar a un acuerdo, es obvio que ya no tiene sentido que acudan a la administración de justicia pues el litigio estaría “resuelto”. Por ello es claro que la obligación de conciliar como requisito de procedibilidad es inconstitucional, pues no sólo desnaturaliza el sentido de este mecanismo de solución de los conflictos sino que obstaculiza el acceso a la justicia por las personas. [...] Otra cosa muy diferente es que la ley obligue a que las partes intenten conciliar su conflicto antes de poder acudir a la justicia. Esta exigencia no desnaturaliza la conciliación, que conserva su carácter consensual, pues las personas pueden negarse a llegar a un acuerdo si éste no les parece satisfactorio. Y una regulación de ese tipo tampoco obstaculiza el acceso a la justicia pues, fracasado el intento de conciliación, las partes tienen derecho a acudir al aparato judicial para resolver su litigio.”

⁷ Considero improbable la inasistencia del solicitante por segunda vez por el perjuicio económico que esto le puede significar sin sentido al tener la carga de cubrir los costos de la conciliación, al menos en un escenario pagado.

“ARTICULO 2o. CONSTANCIAS. El conciliador expedirá constancia al interesado en la que se indicará la fecha de presentación de la solicitud y la fecha en que se celebró la audiencia o debió celebrarse, y se expresará sucintamente el asunto objeto de conciliación...” (Congreso de la República de Colombia, 2001, p. 640).

¿Quién califica la inasistencia como justificada?

Otro problema común es determinar quién es el encargado de calificar la inasistencia como justificada, esto, porque es la asistencia injustificada la que conlleva la sanción de que trata el art. 35 de la Ley 640.

De conformidad con la norma, es el inasistente quien debe proporcionar la razón justificante dentro de los tres días siguientes a la fecha programada para la audiencia. Dada la poco completa redacción de la norma en este aspecto y que la consecuencia jurídica apareja una sanción importante en los aspectos probatorios, así como una de orden pecuniario, la pregunta a formularse sería si es posible que el conciliador la halle justificada y por tanto renueve esfuerzos citando nuevamente a audiencia de conciliación o si al aparecer la justificación, ya se encuentra agotado el procedimiento extrajudicial previo de la conciliación y por tanto debe dirigirse a la jurisdicción el solicitante a promover su demanda y el juez a calificar dentro de su criterio si la justificación de la inasistencia es pertinente o no.

En este aspecto nos inclinamos más a pensar a favor de la segunda solución, en atención a diversos aspectos contextuales de la conciliación que deben ser tenidos en cuenta para la procedencia de la excusa.

En efecto, si bien la propia norma no faculta al conciliador para imponer la sanción de los dos salarios mínimos legales mensuales vigentes por la ausencia a la conciliación, y que su rol

es mediar para la realización de un acuerdo, llevando a cabo el desarrollo del mecanismo alternativo de solución de conflictos, también es cierto que no guarda silencio sobre cuál es el procedimiento a seguir cuando se presenta dentro del tiempo la excusa por la inasistencia. Observemos:

“ARTICULO 2o. CONSTANCIAS. El conciliador expedirá constancia al interesado en la que se indicará la fecha de presentación de la solicitud y la fecha en que se celebró la audiencia o debió celebrarse, y se expresará sucintamente el asunto objeto de conciliación, en cualquiera de los siguientes eventos:

1. Cuando se efectúe la audiencia de conciliación sin que se logre acuerdo.

2. Cuando las partes o una de ellas no comparezca a la audiencia. En este evento deberán indicarse expresamente las excusas presentadas por la inasistencia si las hubiere. [...]” (Congreso de la República de Colombia, 2001).

Lo subrayado implica que es deber del conciliador remitir con encargo al juez de la potencial litis la excusa presentada por la parte que fundamenta su inasistencia una vez que esta se presenta, quedando hasta ese punto el procedimiento de la conciliación.

Pese a lo anterior, y con miras a comprender de la mano de la misión del conciliador, servir al fin de la *paz social* (Leal, 2014, p. 101), que tiene con la actividad que despliega en las audiencias, cabe como pregunta: si el interés de la parte convocante radica en realizar la audiencia, excusando la inasistencia de la parte convocada, ¿puede el conciliador adelantar la audiencia fijando una fecha posterior para su realización, en lugar de proceder a acatar ciegamente el art. 2 de la ley 640 de 2001?

Consideramos que sí, esto porque la conciliación no es una norma procesal en este aspecto en lo que se refiere a la construcción de un acuerdo de conciliación, es una norma

que regula la construcción del consentimiento en un negocio jurídico que surge mediado y que tiene mérito ejecutivo y cosa juzgada. Al tratarse sobre la construcción de un potencial acuerdo, en este tipo de procedimiento, es plenamente posible implementar la prórroga adicional cuando media la voluntad del convocante y permitir al convocado que acuda a una segunda sesión, especialmente porque esto, desde la perspectiva de la conciliación ofrece fuertes posibilidades de un arreglo, que en últimas es la dimensión de descongestión y de resolución alternativa que pretende el legislador⁸.

Para quienes vean la conciliación con un criterio más procesal que contractual, señalamos que, así como los jueces vulneran derechos al aplicar exceso de ritual manifiesto, también lo harían los conciliadores si desatienden el mutuo interés de las partes en acudir al mecanismo. Por otro lado, no actuar de esta manera desatendería el propósito del legislador al formular la legislación en materia de conciliación extrajudicial en derecho como un asunto de descongestión:

El tema de los mecanismos de solución de conflictos, los tradicionales y los alternos, los autocompositivos y los heterocompositivos, los directos y los indirectos, ha tenido gran auge en los últimos tiempos en nuestro entorno político, económico y social.

⁸ Esto no encaja con algunas posiciones que se acercan a una idea disímil, como la del Consejo de Estado (la conciliación como mecanismo y por tanto forma sui generis de crear derechos y obligaciones): "Jurisprudencialmente la sala ha reiterado su posición en el sentido de que el acuerdo conciliatorio no constituye, como sí ocurre con la transacción, un contrato. Es sólo una forma anticipada de controversias creada por el legislador con el fin de descongestionar despachos judiciales." (C.E., sent. mar. 16/98. Exp. 11911, M.P. Juan de Dios Montes Hernández.). Lo que por el contrario, si se acerca a la posición de la Corte Constitucional: "Como caracteres esenciales que informan la conciliación se destacan los siguientes: a) Es un instrumento de autocomposición de un conflicto, por la voluntad concertada o el consenso de las partes. b) La conciliación constituye una actividad preventiva, en la medida en que busca la solución del conflicto antes de acudir a la vía procesal o durante el trámite del proceso, en cuyo caso no se llega al resultado final normal de aquél, que es la sentencia. En este último evento, se constituye en una causal de terminación anormal del proceso. c) La conciliación no tiene en estricto sentido el carácter de actividad judicial ni da lugar a un proceso jurisdiccional, porque el conciliador, autoridad administrativa o judicial, o particular, no interviene para imponer a las partes la solución del conflicto en virtud de una decisión autónoma e innovadora." (M.P. Barrera Carbonell, Antonio, 1999).

Entre aquellos, la conciliación es uno de los mecanismos que ha recibido mayor desarrollo legal y que aparece dentro de los más eficientes. No obstante, pese a los beneficios que conlleva, acudir a la conciliación no se ha convertido en la solución masiva de conflictos que se quisiera; por ello, este proyecto pretende exigir que las personas intenten una solución consensuada y logren acuerdos sobre sus conflictos en común antes de judicializarlos; así, el juez guardará sus energías para aquellas causas en las que el compromiso del orden público impide la transacción y para aquellas en las que, pudiendo tener lugar, ha fracasado una vez intentada. (Navas Talero & Andrade Serrano, 2000).

Además de la solución de la interpretación, por el espíritu de la ley que es la descongestión, la preocupación en torno al anterior caso, en un evento de no asistencia "perdonada" por el convocante, que lleve a una segunda sesión infructuosa; se resuelve dejando manifiesto el punto de que la excusa fue debidamente otorgada dentro del término establecido en la ley para la falta a la primera sesión, señalándose las razones argumentadas entonces, dejando ya para criterio del juez la definición sobre la validez o no de la excusa para proceder a calificar si pueden ser o no aplicadas las sanciones que establece el legislador, todo lo que debe emanar de un examen sobre la aptitud de la razón de la inasistencia.

Es preciso para comprender esta solución, tomar en cuenta que la conciliación a más de un mecanismo de resolución de conflictos conforme a su definición legal (art. 64 de la ley 448 de 1998), tiene una naturaleza que orbita entre procedimiento extrajudicial y acto jurídico (Leal, 2014, p. 108).

Esta discusión conlleva a repensar que el mecanismo como momento de construcción del consentimiento de dos partes que a través del acta celebrarán un acto jurídico, puede tener aspectos de flexibilidad, máxime cuando estos convienen a la realización de los objetivos

fundamentales por los cuales se ha revestido de forma transitoria de facultades jurisdiccionales a los conciliadores. En este sentido se torna útil confrontar normas como el art. 65 de la ley 446 de 1998 y el art. 2469 del C.C., que permiten acercar a la fórmula de contrato lo ocurrido en la conciliación y pregonar la posibilidad de invocar aspectos de existencia y validez de actos jurídicos. Para el efecto algunas posiciones relevantes de nuestra Corte Constitucional:

La conciliación no tiene en estricto sentido el carácter de actividad judicial ni da lugar a un proceso jurisdiccional, porque el conciliador, autoridad administrativa o judicial, o particular, no interviene para imponer a las partes la solución del conflicto en virtud de una decisión autónoma e innovadora. El conciliador simplemente se limita a presentar fórmulas para que las partes se avengan a lograr la solución del conflicto, y a presenciar y a registrar el acuerdo a que han llegado éstas; el conciliador, por consiguiente, no es parte interesada en el conflicto y asume una posición neutral.” (Corte Constitucional, Sentencia C 160 de 1999)

De donde se colige que no se trata de un proceso judicial, y por otro lado:

Los efectos de cosa juzgada de la conciliación pueden verse enervados cuando el acuerdo de voluntades está afectado por un vicio del consentimiento que lo invalide, por lo que excepcionalmente se puede poner en tela de juicio la cosa juzgada por infracción a los supuestos del artículo 1502 del Código Civil, sin que ello desvirtúe el carácter serio y responsable con el que las partes deben intervenir en este caso. (Corte Constitucional, Sentencia T 446 de 2001)

Todo lo que sumado a la función de la audiencia de conciliación facilita la construcción del consentimiento a partir de pasos flexibles, conforme a lo cual, aún de presentarse la

falta a la primera sesión, de haber sido esta oportunamente excusada y existir la voluntad de la parte asistente, puede re-agendarse la audiencia con miras a obtener un acuerdo, que no tendría problema alguno de validez en el marco de la idea de un consentimiento otorgado por la propia parte que se podría valer de la potencial nulidad en la omisión de formalidades del acto producido.

Esto se suma a la idea, de conformidad con el pensamiento de la Corte Constitucional en torno a que

... los mecanismos alternativos de solución de conflictos a que se hace mención [se menciona la conciliación] no deben ser interpretados solamente como una manera de descongestionar el aparato de justicia sino también, y principalmente, como una forma de participación de la sociedad civil en los asuntos que los afectan (Preámbulo y arts. 1 y 2 de la C.P. (Corte Constitucional, Sentencia C 893 de 2001)

Conclusiones

La inasistencia a las audiencias de conciliación, pese a que tiene aparejadas graves consecuencias procesales tienen serios vacíos de regulación directa ante casos comunes o usuales que acaban siendo resueltos con esfuerzos integrativos de derecho, que siempre pueden dar lugar a conclusiones diferentes, con también, consabidas consecuencias disímiles.

Un grupo significativo de casos se encuentra en zona de penumbra y requiere hacer uso de herramientas como los recursos interpretativos, la analogía, la verificación de subreglas en la jurisprudencia y en últimas el criterio jurídico, sentido hermenéutico y lógica constitucional del conciliador. No en vano, de todos modos se habla de un rol jurisdiccional en cabeza del mismo.

Referencias

- Alchourrón, C. E., & Bulygin, E. (2003). *Sistemas Normativos (Segunda)*. Medellín: Universidad De Medellín. Recuperado a partir de http://www.researchgate.net/profile/Andres_Botero2/publication/251876048_Prlogo_de_Sistemas_normativos_Introduccion_a_la_metodologia_de_las_ciencias_juridicas/links/00b7d51f1d8987bb1d000000.pdf.
- Añamuro, J. A. T. (2012). No siempre conviene firmar la paz, sino el conflicto: Frente a los modelos alternativos de solución de controversias. *Setting for a pea a is not always best; conflict is better: Against alternative dispute resolution mechanisms.*, 129-155.
- Arboleda, A. P. (2014). La conciliación: una mirada desde la bioética y la virtud de la prudencia. *Conciliation: a look from bioethics and the virtue of prudence.*, 11(1), 192-202.
- Arley, A. M. (2014). Reto de la Reforma Judicial y las escuelas de Derecho «soluciones pacíficas»; romper un paradigma. *Alegatos - Revista Jurídica de la Universidad Autónoma Metropolitana*, (87), 441-482.
- De Jesús Hiera Santos, M., Iragorri, A. G., & Torrado, M. L. R. (2012). Justicia de paz y conciliación en equidad: ¿Formas alternativas de resolución de conflictos comunitarios en Barranquilla (Colombia)? *Peace justice and equity mediation: Alternative means for community conflict resolution in Barranquilla, Colombia.*, 307-329.
- Díaz, D., & García Ávila, A. F. (2014). La conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad y sus «verdaderos» efectos en la congestión judicial: El caso de la jurisdicción contencioso-administrativa. *Settlement as a requisite before trial and its «true» effects on case backlogs the case of contentious-administrative jurisdiction.* (41), 143-176.
- Leal, L. G. (2014). Mediación o conciliación: una decisión de política judicial. *Frónesis*, 20(1). Recuperado a partir de <http://www.produccioncientificaluz.org/index.php/fronesis/article/view/3362>.
- Ledesma, M. (2007). Efectos Probatorios De Las Declaraciones Emitidas En La Audiencia De Conciliación Judicial. *Revista de Derecho* (16081714), 8, 13-29.
- Lezcano, M. E. (2011). *La justicia de todos: mecanismos alternativos de solución de conflictos (Segunda)*. Medellín, Colombia: Díké.
- Montoya Sánchez, M. Á., Salinas Arango, N. A., Osorio Sálazar, B. F., & Martínez Monsalve, S. M. (2011). *Teoría y práctica de la conciliación* (Primera Edición). Medellín: Universidad de Antioquia.
- Navas Talero, G., & Andrade Serrano, H. (2000). Ponencia para primer debate al proyecto de ley 148 de 1999 Senado, 304 de 2000 Cámara. *Gaceta del Congreso Nro. 451 de 2000*. Bogotá, Colombia. Recuperado a partir de <http://www.imprenta.gov.co/gacetap/gaceta.nivel>.
- Quiñones, C. E. (2007). *La Audiencia de conciliación en el proceso arbitral*. En: *Revista de Derecho*. Barranquilla: Universidad del Norte, Volumen 28, pp. 367-386. Recuperado a partir de: <http://rcientificas.uninorte.edu.co/index.php/derecho/article/viewFile/2678/2182>.
- República de Colombia, & Legis, E. (2015). *Código de comercio*. Bogotá, Colombia: Legis.
- República de Colombia. Congreso de la República. *Código General del Proceso* (2012).

- República de Colombia. Congreso de la República. Ley 446 de 1998 (1998). Recuperado a partir de: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=3992>.
- República de Colombia. Congreso de la República. Ley 640 de 2001 (2001). Recuperado a partir de <http://www.secretariasenado.gov.co/index.php/vigencia-expresa-y-sentencias-de-constitucionalidad>
- República de Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C 1191 de 2001. M.P. Cepeda Espinosa, José, M. J., & M.P. Monroy Cabra, M. G. Recuperado a partir de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/c-1195-01.htm>
- República de Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C 160 de 1999. M.P. Barrera Carbonell, Antonio. Recuperado a partir de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1999/C-160-99.htm>.
- República de Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C 893 de 2001. M.P. Vargas, Clara Inés. Recuperado a partir de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/C-893-01.htm>
- República de Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T 446 de 2001. M.P. Tafur Galvis, Álvaro. Recuperado a partir de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/T-446-01.htm>
- República de Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. M.P. Arrubla Paucar, J. A. Impugnación Tutela, No. 08001221300020090051801. Recuperado a partir de <http://procesal.uexternado.edu.co/pR0c3-3xT3rNaD0-U3C/wp-content/uploads/2014/02/B26C3.pdf>
- República de Colombia. Ministerio de Justicia. (2012). Línea institucional de la conciliación. Recuperado a partir de www.conciliacion.gov.co
- República de Colombia. Ministerio de Justicia. (2015). Línea institucional de la conciliación. Recuperado a partir de www.conciliacion.gov.co (consultado en octubre 015).
- República de Colombia. Presidencia de la República. Código de Procedimiento Civil - Decretos 1400 y 2019 de 1970 (1971). Recuperado a partir de: http://www.procuraduria.gov.co/guiamp/media/file/Macroproceso%20Disciplinario/Codigo_de_Procedimiento_Civil.htm
- República de Colombia. Presidencia de la República. Decreto 1069 de 2015 (2015). Recuperado a partir de http://www.minjusticia.gov.co/Portals/0/Ministerio/decreto%20unico/0.%20Decreto_%20C3%20BANICO_MJD_integrado_26jun15.pdf
- República de Colombia. Presidencia de la República. Decreto 1716 de 2009 (2009). Recuperado a partir de <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=36199>
- República de Colombia. Presidencia de la República. Decreto 2302 de 1989 (1989). Recuperado a partir de http://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/decreto_2303_1989.htm.
- República de Colombia. Presidencia de la República. Decreto 2511 de 1998 (1998). Recuperado a partir de <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=6539>



República de Colombia. Sentencia T 794 de 2003.
M.P. Escobar Gil, Rodrigo. Recuperado a
partir de [http://corteconstitucional.gov.co/
relatoria/2003/T-974-03.htm](http://corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/T-974-03.htm)

República de Colombia. Superintendencia de
Sociedades. (2015). Concepto 220-18867.
Recuperado 28 de octubre de 2015, a partir
de [http://www.supersociedades.gov.co/
superintendencia/normatividad/conceptos/
conceptos-juridicos/Normatividad%20
Conceptos%20Juridicos/2857.pdf](http://www.supersociedades.gov.co/superintendencia/normatividad/conceptos/conceptos-juridicos/Normatividad%20Conceptos%20Juridicos/2857.pdf)
(consultado en octubre de 2015).

Forma de citar: Arenas, J. (2015). Asistencia a Audiencias de Conciliación Extrajudicial en Derecho.
Rev. CES Derecho, 6 (2), 3-21.

