

# ***Inconstitucionalidad de algunas normas sobre materia conciliable por violar el derecho de acceso a la Administración de Justicia y la autonomía privada\****

Alfonso Hernández Tous\*\*

Recibido: noviembre 15 de 2013

Aprobado: marzo 4 de 2014

## ***Resumen***

El artículo plantea aspectos generales sobre el derecho de acceso a la Administración de Justicia y la relación existente entre dicho derecho y la conciliación extrajudicial en derecho como un mecanismo más de acceso a la misma. En este esfuerzo de conexión, planteamos cómo se efectiviza o vuelve realidad, para el ciudadano, el derecho de acceso, mediante el instrumento de la conciliación, en contraste con algunas normas de conciliación que cierran la oportunidad de que las partes cumplan con la filosofía que orienta tanto la figura conciliatoria como el efectivo acceso a la Administración de Justicia y la autonomía privada, para finalmente concluir que dichas normas son inexecutable, por cuanto violan varias normas de la Constitución Política de Colombia de 1991.

***Palabras clave:*** Conciliación extrajudicial en derecho, materia conciliable, derecho de acceso a la Administración de Justicia, autonomía privada.

---

\* Este artículo representa un aporte al desarrollo de la línea de mecanismos alternativos de prevención, administración y solución de conflictos del Grupo Teoría de la Responsabilidad Civil con énfasis en mecanismos de prevención, administración y solución de conflictos de la Universidad de Cartagena registrado en COLCIENCIAS.

\*\* Abogado egresado de la Universidad de Cartagena. Especialista en Derecho Comercial, Derecho Procesal Civil de la Universidad Externado de Colombia en convenio con la Universidad de Cartagena. Especialista en Conciliación, Arbitraje y Resolución de Conflictos de la Universidad de Cartagena. Magister en Derecho de la Universidad del Norte. Estudiante de Doctorado en Derecho de la Universidad de Medellín. Docente en derecho privado y mecanismos alternativos de solución de conflictos de las universidades de Cartagena y Libre-sede Cartagena. Director y docente Investigador del Grupo Teoría de la Responsabilidad Civil con énfasis en mecanismos de prevención, administración y solución de conflictos de la Universidad de Cartagena registrado en COLCIENCIAS. Abogado en ejercicio en el campo del derecho privado. alherto@yahoo.es

## ***Unconstitutionality of some Norms on Conciliating Matter due to Violation of Access to both Justice Administration and Public Autonomy***

### ***Abstract***

This article poses general aspects on the right of Access to justice administration and the relation existing between such a right and the extra-judicial conciliation in law as another mechanism to Access to the same. In this connection effort, we pose how it can be real or effective for the citizen, the right to access through the conciliation instrument, in contrast with some conciliation norms which close the opportunity that parties comply with the philosophy which orients both the conciliating figure and the effective access to justice administration and private autonomy, to finally conclude that such norms are illegal, because they violate several norms of 1991 Colombian Political Constitution.

***Key words:*** Extra judicial conciliation in law. Conciliating facts, right to Access to justice administration, private autonomy.

## Introducción

Este artículo es un resultado parcial enriquecido y ampliado de la investigación *Efectos de la aplicación de la teoría general del negocio jurídico en la estructuración de criterios identificadores de la calidad de la prestación del servicio de conciliación extrajudicial en derecho privado*, tesis de Maestría en Derecho, cursada durante los años 2007, 2008 y 2009 en la Universidad del Norte de Barranquilla, Colombia.

Dentro de las formas de aplicación de la teoría general del negocio jurídico a la figura conciliatoria, es preciso dedicar una parte especial al análisis de la materia conciliable y, más concretamente, al momento en que es posible determinarla, por parte del conciliador y las partes.

Este artículo no desarrolla propiamente la materia conciliable, sino que trata de responder al interrogante de si las normas que definen el momento para determinarla se ajustan o no la Constitución Política de Colombia de 1991.

Para responder a esta pregunta, en primer lugar, hemos revisado de manera detallada el texto de las normas que regulan el asunto, además de la doctrina y la jurisprudencia que se han encargado de analizarlas, todo lo cual nos ha llevado a concluir que la materia conciliable debe examinarse y determinarse desde el inicio del proceso conciliatorio, lo que permitiría al conciliador negar a las partes en conflicto, la posibilidad de que se encuentren, dialoguen y aborden la solución de sus diferencias, pues simplemente el conciliador deberá expedir una constancia a las partes, sin celebrar audiencia alguna en ese sentido.

Luego de examinar el tema, desde la perspectiva de la teoría general del negocio jurídico y de las obligaciones, teniendo en cuenta que el acuerdo es el punto de contacto entre la conciliación

extrajudicial en derecho y dicha teoría, hemos concluido que la materia conciliable solo puede determinarse conociendo el acuerdo al que han llegado las partes, luego de su encuentro y diálogo, no antes, lo cual hemos ilustrado con claros ejemplos.

Ello nos ha permitido considerar que tales normas son inconstitucionales, por cuanto violan el derecho de acceso a la Administración de Justicia y el postulado de la autonomía privada, los cuales tienen soporte y fundamento constitucional. Lo primero, porque dichas normas no permiten a las partes utilizar adecuadamente la figura conciliatoria, que es un mecanismo de acceso a la Administración de Justicia, al impedir el encuentro y diálogo de las partes que es uno de sus principales fines. Por ello hemos concluido que las medidas adoptadas por el legislador en esas normas para determinar la materia conciliable sacrifican claramente el derecho de acceso a la justicia de las partes, por cuanto desconoce los principios constitucionales de razonabilidad y proporcionalidad. Lo segundo, porque evita que las partes en conflicto desplieguen su capacidad de negociación al impedir su encuentro y diálogo, que es esencial al postulado de la autonomía privada.

### 1. Momento para determinar los asuntos conciliables en la conciliación extrajudicial en derecho, según la ley, la doctrina y la jurisprudencia

Las normas que regulan en Colombia la conciliación extrajudicial en derecho, de manera inequívoca, han partido del presupuesto de que la materia conciliable la debe determinar el conciliador apriorísticamente, es decir, de manera previa a la celebración de la audiencia que permite el encuentro de las partes en conflicto, hasta el punto de que, según el legislador, apenas el conciliador conozca la solicitud de conciliación puede determinar si el asunto es

conciliable y, en caso de no serlo, estaría imposibilitado para citar a las partes a audiencia de encuentro.

Los siguientes artículos, entre otros, reflejan esta afirmación:

Artículo 2 de la Ley 640 de 2001:

"El conciliador expedirá constancia al interesado (...), en cualquiera de los siguientes eventos: ...

3) Cuando se presente una solicitud para la celebración de una audiencia de conciliación y el asunto de que se trate no sea conciliable de conformidad con la ley. En este evento la constancia deberá expedirse dentro de los 10 días calendario siguiente a la presentación de la solicitud.

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".

Artículo 20 de la Ley 640 de 2001:

Si de conformidad con la ley el asunto es conciliable, la audiencia de conciliación extrajudicial en derecho deberá intentarse en el menor tiempo posible, y, en todo caso, tendrá que surtirse dentro de los tres (3) meses siguientes a la presentación de la solicitud. Las partes por mutuo acuerdo podrán prolongar este término.

Artículo 38 de la Ley 640 de 2001, modificado por el artículo 40 de la Ley 1395 de 2010 y el artículo 621 de la Ley 1564 de 2012 o Código General del Proceso<sup>1</sup>.

Si la materia de que se trate es conciliable, la conciliación extrajudicial en derecho como requisito de procedibilidad deberá intentarse antes de acudir a la especialidad jurisdiccional civil en los procesos declarativos, con excepción de los divisorios, los de expropiación y aquellos en donde se demande o sea obligatoria la citación de indeterminados.

Parágrafo. Lo anterior sin perjuicio de lo establecido en el parágrafo primero del artículo 590 del Código General del Proceso.

Del contenido de estas normas podemos concluir, en primer lugar, que conforme el artículo 2 de la Ley 640 de 2001 (República de Colombia, 2001) no es necesario celebrar, ni siquiera convocar, la audiencia de conciliación cuando el asunto no es conciliable; ello quiere decir que la determinación de si lo es debe hacerse antes de la audiencia, dando la posibilidad al conciliador de expedir constancia a las partes de que el asunto no es conciliable, dentro de los diez días siguientes a la solicitud; en segundo término, los artículos 20 y 38 de la Ley 640 de 2001 condicionan la realización de la audiencia a la existencia de la materia conciliable, lo que implica realizar esa valoración antes, de tal forma que si el conciliador concluye que no lo es, el proceso conciliatorio finaliza allí y, por tanto, sería innecesario convocar a las partes a audiencia.

Algún sector de la doctrina nacional, al referirse al momento para determinar la materia conciliable, se ha limitado a describir el contenido de las normas en mención. Gil (2003, pp. 153-154) sostiene que la materia conciliable se determina antes de la audiencia de conciliación, y si el conciliador llegare a la conclusión de que el asunto sometido a su consideración no lo es deberá abstenerse de citar a las partes a audiencia, y expedir la constancia pertinente. Castaño (2004, p. 180) señala que el conciliador al hacer el examen preliminar determina si el asunto es conciliable o no y, en este último caso, deberá

<sup>1</sup> En vigencia a partir de su promulgación, conforme lo expresa el artículo 627 numeral 1 del Código General del Proceso (República de Colombia, ley 1564, 2012).

expedir la constancia y devolver los documentos al interesado. Planteamiento similar encontramos en Junco (2002, p. 320), quien estima que la determinación de la materia conciliable es un asunto previo a la admisión de una petición de conciliación, y que esa valoración le corresponde al conciliador como abogado que es, para dar viabilidad al trámite.

En el mismo sentido, el profesor García (2009, pp. 97-98) menciona la existencia de conciliaciones imposibles porque no admiten negociación, caso en el cual al conciliador no le queda otra alternativa que expedir las constancias, en el sentido de abstenerse de citar a audiencia, por cuanto el asunto no es conciliable.

Estos planteamientos han sido compartidos por nosotros en anteriores trabajos académicos, justificando la conducta del conciliador en cuanto representa ahorro de tiempo, pues evita citar a audiencia a sabiendas de que el tema no es conciliable (Hernández, 2005, p. 43).

La jurisprudencia, y particularmente la Corte Constitucional de Colombia por vía de análisis de constitucionalidad son del mismo criterio, al considerar que:

La conciliación es un mecanismo excepcional, porque dependiendo de la naturaleza jurídica del interés afectado, solo algunos de los asuntos que podrían ser sometidos a una decisión jurisdiccional, pueden llevarse ante una audiencia de conciliación. En general, son susceptibles de conciliación los conflictos jurídicos que surgen en relación con derechos disponibles y por parte de sujetos capaces de disponer (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-893 de 2001, 2001A).

En síntesis, existe claridad de la ley en cuanto a la regulación del momento en que se determina

la materia conciliable; la doctrina nacional que hemos revisado sobre el tema, el estudio de la jurisprudencia constitucional, no discute en modo alguno el momento en que debe hacerse la valoración del asunto a conciliar, hasta el extremo que se circunscribe a describir los supuestos fácticos de las normas en comento, sin ningún tipo de reflexión crítica.

## **2. La determinación legal de la materia conciliable antes de la audiencia de encuentro de partes, es violatoria de la Constitución**

### **2.1 La materia conciliable debe determinarse por el conciliador al momento de conocer los términos del acuerdo conciliatorio y no antes**

Para arribar a esta conclusión es necesario hacer una lectura del tema desde la perspectiva de la teoría general del negocio jurídico y de las obligaciones, teniendo en cuenta que existe un punto de contacto entre la conciliación extrajudicial y dicha teoría, que es concretamente el acuerdo conciliatorio.

Nuestro supuesto teórico consiste en que la materia conciliable debe determinarse en el momento en que el conciliador evalúa el contenido del acuerdo al que llegaron las partes, pues solo conociéndolo es como puede determinarse si el asunto es conciliable, y no antes, es decir, al inicio del trámite conciliatorio, como lo sugieren la ley, la doctrina y la jurisprudencia.

El acuerdo conciliatorio, como fruto del esfuerzo de las partes y el conciliador, es un clásico negocio jurídico, en cuanto implica manifestación de voluntad de las partes en conflicto, directa y reflexivamente encaminada a la producción de efectos jurídicos que pueden consistir en la creación, modificación o extinción de relaciones jurídicas, tengan o no un carácter patrimonial (Ospina & Ospina, 2000, p. 17).

La regulación sobre los asuntos conciliables tiene como finalidad que las personas en conflicto al llegar a acuerdos no violen el orden público o las buenas costumbres, límites al postulado de la autonomía privada; por tanto, esa violación solo se palpa al conocerse el contenido del acuerdo y no antes.

Son muchos los ejemplos que podríamos citar para sustentar esta hipótesis. Veamos algunos, con su respectiva explicación.

### 2.1.1 *Asuntos sobre alimentos*

Frente a la pregunta ¿será conciliable un asunto relacionado con una reclamación de alimentos? la respuesta casi mecánica será afirmativa, entre otras razones, porque en Colombia la Ley 640 de 2001 ha exigido el agotamiento del trámite conciliatorio como requisito de procedibilidad para este evento. Pero lo anterior no quiere decir que dentro de una conciliación extrajudicial en derecho que verse sobre una reclamación de alimentos, no haya límites en materia de acuerdos o pactos para resolver el conflicto.

Así, puede lograrse un acuerdo sobre el valor de la cuota alimentaria y su forma de pago, que impliquen la satisfacción de las necesidades del que pide los alimentos, pero jamás podrán convenirse por las partes aspectos que sean violatorias de normas de orden público, como ocurre por ejemplo con un pacto que conlleve la compensación de alimentos futuros por concepto con una deuda que el reclamante de alimentos tenía en ese momento con el obligado a suministrarlos, pues dicho tipo de pactos está prohibido expresamente por la ley<sup>2</sup>.

En dichos casos los conciliadores no podrán avalar dicho acuerdo por violar normas de orden público, no modificables por la voluntad de las partes, pero tal valoración solo la pueden hacer al conocer dicho pacto y no antes.

<sup>2</sup> Artículo 2474 en concordancia con el 425 del Código Civil de Colombia.

### 2.1.2 *Asuntos relacionados con arrendamiento de locales comerciales*

En los conflictos suscitados entre dos personas vinculadas por un contrato de arrendamiento de local comercial, se pueden llevar a un trámite conciliatorio variados asuntos propios de este tipo de contratos, como reajustes de cánones de arrendamiento, renovación de los términos del contrato, mejoras sobre el bien, interpretación de cláusulas contractuales etc., y sobre tales aspectos las partes pueden perfectamente lograr acuerdos conciliatorios válidos; pero no todos los aspectos relacionados con arrendamiento de locales comerciales pueden ser objeto de acuerdos, pues existen asuntos que, por su naturaleza e importancia, implican la protección de los intereses de una de las partes en el contrato. Así, por ejemplo, el arrendatario no puede pactar con el arrendador su renuncia al derecho a la renovación del contrato, luego de haber ocupado el local por más de dos años con un mismo establecimiento de comercio. En este caso, encontramos que no será posible para los conciliadores avalar dicho acuerdo, por cuanto el derecho a la renovación del contrato, bajo estos supuestos, es irrenunciable por expresa disposición legal imperativa<sup>3</sup>.

### 2.1.3 *Asuntos relacionados con contratos de arrendamiento de inmuebles destinados a vivienda*

En la práctica se presentan muchos conflictos derivados de este tipo de contratos y, desde luego, varios de ellos se podrán arreglar mediante acuerdo, como otorgar plazos para pagar cánones en mora, renovación de los términos contractuales, etc., pero seguramente habrá otros pactos que no podrán ser avalados por el conciliador, por cuanto violan normas de orden público que no permiten negociación en contrario, como salirse de los esquemas de precios y reajustes, plazos contractuales y sus prórrogas<sup>4</sup>,

<sup>3</sup> Artículos 518 y 524 del Código de Comercio de Colombia.

<sup>4</sup> Tal como lo señala la ley 56 de 1985 (República de Colombia, 1985).

pues se trata de una regulación protectora de los arrendatarios.

Los ejemplos mencionados nos llevan a concluir que el legislador lo que no quiere es que las partes, en ejercicio de la autonomía privada, arriben a un acuerdo violatorio de la Constitución, la ley, y en general, del orden público o las buenas costumbres, intencionalidad que solo se advierte en la declaración de voluntad expresada en el acuerdo, es decir, al conocerse el contenido de las prestaciones que lo configuran y no antes.

Si la materia conciliable se encuentra atada al contenido del acuerdo y es este un clásico negocio jurídico, habrá que concluir entonces que dicho tema tiene relación directa con el objeto de los negocios jurídicos y sus características, por cuanto es claro que dicho objeto puede contener patologías o vicios que surgen al momento de perfeccionarse el acuerdo conciliatorio y que generan consecuencias como nulidades absolutas o ineficacia de pleno derecho.

## **2.2 *Las normas que determinan la materia conciliable antes del acuerdo son inexecutable***

Los artículos 2, 20 y 38 de la Ley 640 de 2001 de Colombia y sus respectivas reformas están en contravía de las normas constitucionales que consagran el derecho de acceso a la Administración de Justicia y la autonomía de la voluntad privada, tal como lo mostraremos seguidamente.

### **2.2.1 *Violan la norma constitucional sobre derecho de acceso a la Administración de Justicia***

#### **2.2.1.1 Alcance del derecho de acceso a la Administración de Justicia**

Este derecho tiene consagración en la Constitución Política de Colombia de 1991 en el artículo 229 que textualmente dice "Se garantiza el derecho de toda persona para acceder a la

Administración de Justicia. La ley indicará en qué casos podrá hacerlo sin representación de abogado". Se trata de un derecho calificado como fundamental y que hace parte del núcleo esencial del debido proceso, por cuanto su garantía supone necesariamente la vigencia de aquel, ya que no es posible asegurar el cumplimiento de las garantías sustanciales y de las formas procesales señaladas por el legislador, sin que se garantice adecuadamente este acceso (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-1195 de 2001, 2001B)<sup>5</sup>.

A este derecho se le han atribuido varios significados o alcances: disponer de procedimientos idóneos y efectivos para la determinación legal de derechos y obligaciones; obtener la resolución de controversias sin dilaciones injustificadas y con la aplicación del debido proceso; tener a disposición del ciudadano un conjunto amplio de mecanismos para reclamar los derechos como la acción de tutela, acción de cumplimiento, de grupo y demás consagradas por la Constitución y la ley; disponer de autoridades administrativas de manera excepcional como administradores de justicia, y finalmente disponer del concurso de los particulares para administrar justicia de manera transitoria, tal como con claridad lo ha señalado el inciso cuarto del artículo 116 de la Constitución Política de Colombia de 1991 (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-1195 de 2001, 2001B)<sup>6</sup>.

El derecho a acceder a la Administración de Justicia no cumple su finalidad con la sola consagración formal de recursos y procedimientos, sino que, además, requiere que estos sean

<sup>5</sup> Ver entre otras las sentencias de la Corte Constitucional de Colombia C-059 de 1993 (1993A), C-544 de 1993 (1993B); T-538 de 1994 (1994A); C-037 de 1996 (1996A); T-268 de 1996 (1996B); C-215 de 1999 (1999A); C-163 de 1999 (1999B); SU-091 de 2000 (2000A) y C-330 de 2000 (2000B).

<sup>6</sup> Artículo 116 Constitución Política de Colombia de 1991: "Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley" (República de Colombia, 1991A).

idóneos y eficaces, tal como lo ha sostenido la Corte Interamericana de Derechos Humanos al interpretar el artículo 25.1 de la Convención Americana de Derechos Civiles y Políticos (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-1195 de 2001, 2001B) en los siguientes términos:

[...] no pueden considerarse efectivos aquellos recursos que, por las condiciones generales del país o incluso por las circunstancias particulares de un caso dado, resulten ilusorios. Ello puede ocurrir, por ejemplo, cuando su inutilidad haya quedado demostrada por la práctica, porque el Poder Judicial carezca de la independencia necesaria para decidir con imparcialidad o porque falten los medios para ejecutar sus decisiones; por cualquier otra situación que configure un cuadro de denegación de justicia, como sucede cuando se incurre en retardo injustificado en la decisión; o, por cualquier causa, no se permita al presunto lesionado el acceso al recurso judicial<sup>7</sup>.

La Corte Constitucional en la sentencia mencionada reconoce claramente que la "justicia estatal formal" no siempre es efectiva, especialmente cuando no se han previsto recursos judiciales idóneos y suficientes que faciliten la solución pacífica de los conflictos. Por ello el derecho de acceso a la Administración de Justicia, comporta no solo la posibilidad de que las personas soliciten la protección de sus derechos ante los jueces, sino que también puedan resolver sus diferencias a través de los mecanismos alternativos de solución de conflictos.

<sup>7</sup> Al respecto ver la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Garantías judiciales en estados de emergencia (Arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987, Serie A No. 9, párr. 24.). Esta opinión ha sido reiterada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en los Casos Velásquez Rodríguez, Fairén Garbí y Solís Corrales y Godínez Cruz.

### 2.2.1.2 La conciliación extrajudicial en derecho como mecanismo de acceso a la Administración de Justicia

En la sentencia en cuestión, la Corte Constitucional destacó el interés del Estado por brindar a la comunidad el acceso a la justicia y en ese sentido señaló:

La preocupación por garantizar el acceso a la justicia a todas las personas no ha estado ausente de los procesos de reforma judicial. Dentro del conjunto de medidas dirigidas a corregir las condiciones de tiempo, modo o lugar que han limitado el acceso a la justicia, la lentitud de los procesos, el excesivo formalismo, o su carácter excesivamente adversarial, se encuentran los mecanismos en la negociación, la conciliación, la mediación y el arbitraje como instrumentos complementarios de la justicia formal para la resolución de conflictos... (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-1195 de 2001, 2001B)

Dentro de tales medidas resalta la implementación de mecanismos complementarios al proceso judicial, la negociación, la mediación, la conciliación y el arbitraje, los cuales han sido adoptados en diversos países en un proceso sucesivo de reformas, calificado por los doctrinantes, entre ellos, el procesalista Italiano, Mauro Cappelletti como "olas de acceso a la justicia" (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-1195 de 2001, 2001B).

Encontramos básicamente tres olas sucesivas para mejorar las condiciones de acceso a la justicia: la primera referida a la provisión de servicios jurídicos para pobres, como asesoría legal, defensores de oficio y amparo de pobreza; la segunda consiste en la creación de figuras tales como acciones populares y de grupo, para la protección de intereses colectivos y difusos; la tercera, orientada a garantizar dicho derecho a través de

la justicia formal eficiente y de los mecanismos alternativos de resolución de conflictos.

La implantación de estos mecanismos en nuestro sistema jurídico coincide con el logro de cuatro objetivos básicos comunes: facilitar al acceso a la justicia; proveer una forma más efectiva de solución a los conflictos; mejorar la capacidad de la comunidad para participar en la resolución de ellos, y finalmente, aliviar la congestión, lentitud y costos de la justicia estatal formal. Por esa razón nuestra Corte Constitucional destacó como uno de los fines de la conciliación extrajudicial garantizar el derecho de acceso a la justicia, junto con otros, no menos importantes, como promover la participación ciudadana en la resolución de los conflictos, estimular la convivencia pacífica, facilitar la resolución de controversias sin dilaciones, y descongestionar los despachos judiciales.

En efecto, la conciliación extrajudicial en derecho es un mecanismo de acceso a la Administración de Justicia, no solo por lo que expresamos al hablar de las "olas de reformas sobre acceso a la justicia", sino porque así lo expresa claramente el artículo 116 inciso cuatro de la Constitución Política de Colombia de 1991. En este sentido, la conciliación constituye una oportunidad para resolver de manera rápida un conflicto, a menores costos que la justicia formal, lo cual se obtiene si resultare un acuerdo; pero aun en el caso de no lograrse, permite reducir los asuntos objeto de controversia a los que resulten relevantes y no a los secundarios, caso en el cual el proceso judicial será menos oneroso en tiempo y recursos.

La conciliación extrajudicial promueve la participación de las personas en la solución de sus controversias; resulta compatible con lo señalado en el artículo 2 de la Constitución Política de Colombia de 1991 que fija como uno de los fines esenciales del Estado facilitar la participación de todos en las decisiones que los

afectan; por tanto, este mecanismo constituye una trascendental vía para propiciar la búsqueda de soluciones consensuales, y para promover la participación de las personas en el manejo de sus propios problemas.

De igual manera, contribuye a la consecución de la convivencia pacífica, uno de los fines esenciales del Estado, conforme lo señala el artículo 2 de la Constitución Política de Colombia de 1991, por cuanto son las partes, con el apoyo del conciliador, las que buscan fórmulas de acuerdo para la resolución de sus problemas, estimulando el diálogo, reduciendo la cultura adversarial, y eliminando la agudización del conflicto. Igualmente, favorece la realización del debido proceso, a que se refiere la misma Constitución el artículo 29, en la medida que reduce el riesgo de dilaciones injustificadas en la resolución de los conflictos, por cuanto recibe una pronta y cumplida justicia desarrollando el mandato constitucional.

Por último, resaltamos como fin, la efectividad de la prestación del servicio público de Administración de Justicia, contribuyendo a la descongestión de los despachos judiciales, dado que la audiencia conciliatoria ofrece un espacio de diálogo que puede transformar la relación entre las partes y su propia visión del conflicto, lo que conduce a reducir la cultura litigiosa aún en el evento de que no logren acuerdos.

Luego de estas consideraciones, concluye la Corte Constitucional de Colombia diciendo que la conciliación extrajudicial en derecho cumple fines imperiosos y legítimos desde el punto de vista constitucional, algunos de los cuales son fines esenciales del Estado expresamente consagrados en la Carta.

La doctrina nacional también se ha referido al tema de los fines de la conciliación. Así tenemos que Arias señala, entre las metas de la conciliación:

[...] implementar una cultura de paz y de sana convivencia, impedir que el conflicto destruya la familia y mine la sociedad, reconstruir el tejido social con relaciones de respeto, mediante el desarrollo de habilidades creativas que encuentren soluciones pacíficas a las controversias (Arias, 2003, p. 56-57).

Entre los objetivos generales de la figura, la autora Arias señala la generación de procesos que modifiquen los elementos culturales, en donde subyacen las conductas belicosas y violentas, por otros que arraiguen el diálogo, la concertación y la tolerancia, creando así nuevos espacios, en donde las relaciones interpersonales sean claras, directas y pacíficas. Finalmente plantea como objetivos de la conciliación extrajudicial la prevención de los de conflictos en el desarrollo de las actividades propias del diario quehacer, además del desarrollo de habilidades conciliatorias, creativas, comunicativas, para que las personas solucionen sus propias desavenencias de manera ordenada, serena y sistemática, dispuestas a reconstruir los lazos que los unían, descongestionando así los despachos judiciales, para revivir la eficacia de la Administración de Justicia, y la confianza en el Estado.

Romero (2006, p. 10), a su turno, señala que la conciliación extrajudicial, antes que disminuir el número de procesos judiciales, ha de buscar la educación de los asociados dirigida al cambio de la mentalidad litigiosa por la del diálogo, el acercamiento y el acuerdo. Junco (2002, p. 62) expresa que la conciliación no debe mirarse simplemente como un mecanismo más de descongestión judicial, sino como un mecanismo alternativo de solución de conflictos, que adopta un buen Estado social de derecho, donde la voluntad de las partes juega un papel protagónico, como muestra de civilidad y armonía social en cada caso particular, de tal forma que la conciliación sea una opción más que tiene el ciudadano para la solución de su conflicto.

Creemos que la razón por la cual se implantó, como hoy se concibe la conciliación extrajudicial en derecho, fue básicamente por el apremio de descongestión de la administración de justicia, pero con las diferentes reformas que se han generado a partir de la Ley 23 de 1991 (República de Colombia, 1991B), hoy no existe duda de que responde a motivaciones más amplias como las que han expresado anteriormente nuestra Corte Constitucional y los doctrinantes citados, motivaciones que compartimos totalmente.

### **2.2.1.3 Efectividad del derecho de acceso a la Administración de Justicia a través de la conciliación extrajudicial en derecho**

Hasta el momento, hemos analizado de una manera puntual, en primer lugar, el derecho de acceso a la Administración de Justicia, en general, y en segundo término, hemos concluido que la conciliación extrajudicial en derecho es uno de los mecanismos de acceso a la misma. Ahora nos proponemos determinar las condiciones bajo las cuales se puede considerar que el ciudadano, utilizando la figura conciliatoria extrajudicial en derecho, goza efectivamente del derecho de acceso a la Administración de Justicia, para lo cual haremos unas anotaciones precisas sobre el concepto de conciliación extrajudicial y su trámite.

La conciliación ha sido definida en la Ley 446 de 1998 como "Mecanismo de resolución de conflictos a través del cual, dos o más personas gestionan la solución de sus diferencias, con la ayuda de un tercero neutral y calificado, denominado conciliador" (República de Colombia, Artículo 64, ley 446 de 1998, 1998). Durante el trámite conciliatorio, tal como lo indica esta definición, las partes gestionan la solución de sus diferencias y el conciliador "ayuda" a la solución de las mismas. Dentro de las probabilidades de resultados de esa gestión está que ellas logren o no un acuerdo. En caso de lograrse, es más probable que el conflicto finalice, por cuanto

se trata de una solución compartida, avalada por el conciliador y no impuesta por un tercero. De dicha definición puede colegirse que la gestión que hacen las partes de sus diferencias implica un encuentro, un diálogo ordenado y constructivo, que solo puede lograrse a partir de las denominadas audiencias.

La filosofía misma de la figura conciliatoria, tal como lo ha puesto de presente el examen juicioso que ha hecho la Corte Constitucional, implica que el mecanismo sea un escenario de encuentro y de diálogo encaminado a que las partes en conflicto resuelvan sus diferencias; solo de esta manera se cumple el cometido de la figura.

Sobre la conveniencia y las ventajas que se suscitan del encuentro de las partes, resulta importante transcribir el siguiente texto de la Corte Constitucional:

[...] La conciliación prejudicial obligatoria resulta ser un medio adecuado y efectivamente conducente para promover la convivencia pacífica. La audiencia de conciliación constituye un espacio para el diálogo, que permite limar asperezas, ampliar la concepción que las partes tienen respecto del conflicto, entender el origen del conflicto, reconocer al otro como interlocutor válido e identificar posibles alternativas de solución. Este espacio posibilita la superación gradual de la cultura del litigio y crea oportunidades para establecer relaciones duraderas entre las partes después de acordada una solución al conflicto (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-1195 de 2001, 2001B).

Por ello, no es aceptable cualquier regla que vaya en contravía de ese postulado básico propio y esencial de la figura, que constituye la filosofía misma de ella, consistente en que

la conciliación es un escenario de encuentro y diálogo respetuoso entre las partes en conflicto. Lo anterior puede llevar a la conclusión de que las personas en conflicto gozan efectivamente del derecho fundamental de acceso a la justicia, utilizando la vía conciliatoria extrajudicial, solo cuando logran ser atendidos desarrollando todo el proceso, que va desde la solicitud de conciliación hasta las audiencias de encuentro y diálogo entre ellas. Si ello no se cumple, ese derecho queda en la teoría y no es efectivo o real.

#### 2.2.1.4 El problema de los límites legales al derecho de acceso a la Administración de Justicia

La Corte Constitucional, al estudiar la exequibilidad de normas que ponen límites al derecho de acceso a la Administración de Justicia, ha expresado que éste no es un derecho absoluto y que el Congreso de la República, en ejercicio de su potestad legislativa, puede limitar su ejercicio. Así, en la sentencia C-652 de 1997, con ponencia del magistrado Vladimiro Naranjo Mesa, expresó:

[...] El derecho de acceso a la administración de justicia resultaría seriamente afectado en su núcleo esencial si, como lo anotó la Corte, "este pudiera concebirse como una posibilidad ilimitada, abierta a los ciudadanos sin condicionamientos de ninguna especie"<sup>8</sup>. Tal interpretación, evidentemente llevaría a la parálisis total del aparato encargado de administrar justicia, e implicaría per se la inobservancia de ciertos derechos de los gobernados, en particular aquel que tienen las personas de obtener pronta y cumplida justicia. (...) en virtud de la cláusula general de competencia (art. 150-2), el legislador está ampliamente facultado para fijar los procedimientos judiciales y, en particular, los términos que conducen a su realización, siempre y cuando los mismos sean razonables y estén dirigidos a garantizar el derecho

<sup>8</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C- 351 de 94 (1994B).

sustancial (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-652 de 1997, 1997)<sup>9</sup>.

De allí que sea posible, sin atentar contra el texto constitucional, que el legislador señale requisitos para ejercitar acciones judiciales, como exigir el agotamiento previo de la vía gubernativa, condicionar dicho acceso a la intervención mediante abogado, y la observancia de determinados requisitos de técnica jurídica, como en el caso de la demanda, entre otros.

Luego de este análisis, la pregunta que surge es: *¿Hasta qué punto el legislador puede señalar límites al ejercicio del derecho fundamental de acceso a la Administración de Justicia sin violar la Constitución Nacional?*

En principio, la Corte Constitucional de Colombia ha dicho que un razonable diseño normativo que promueva la intervención de los particulares en la resolución pacífica y negociada de los conflictos jurídicos no puede desplazar de manera definitiva a la justicia estatal formal, ni puede constituirse en un obstáculo que impida el acceso a ella, para lo cual pregona la armonización de los principios constitucionales contenidos en los artículos 116 y 229 de la Constitución. Concluye la Corte que los mecanismos alternativos de solución de conflictos deben ser un complemento del aparato judicial (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-1195 de 2001, 2001B).

Superado este obstáculo, debe determinarse entonces, qué limitaciones a este derecho son

<sup>9</sup> En este fallo la Corte encontró conforme a la Carta el establecimiento de plazos perentorios para el ejercicio de determinados recursos procesales en casos de violencia intrafamiliar, vencidos los cuales ya no era posible interponerlos pues "Existe un interés general por parte del Estado y de la sociedad para que los procesos judiciales se surtan en forma oportuna y diligente".

constitucionalmente razonables y cuáles no, y por lo tanto, deben ser excluidas del ordenamiento jurídico.

En materia de Conciliación Extrajudicial en Derecho, existe el antecedente del requisito de procedibilidad, que constituye una limitante impuesta por el legislador a las personas para acceder a la Administración de Justicia formal del Estado. Su no agotamiento cuando la ley lo exige, implica cerrar las puertas del aparato judicial, hasta el extremo que si se pretende acceder a éste, presentando la demanda de manera directa, el juez cierra el acceso con un acto de rechazo de plano de la misma.

La Corte Constitucional de Colombia en la Sentencia C-1195 de 2001 (2001B) concluyó que el diseño legislativo de la conciliación extrajudicial, tal como fue regulada en la Ley 640 de 2001 de Colombia, persigue finalidades legítimas e importantes desde el punto de vista constitucional, y por tanto declaró exequibles las normas sobre requisito de procedibilidad, estimando que antes que un obstáculo al derecho de acceso a la Administración de Justicia para el ciudadano, es un claro mecanismo de acceso.

#### **2.2.1.5 El problema de los límites legales al derecho de acceso a la Administración de Justicia por vía de conciliación extrajudicial en derecho**

Se trata de definir si las normas mencionadas que señalan que la determinación de la materia conciliable debe hacerse por el conciliador antes de la audiencia de encuentro y diálogo de las partes se pueden considerar dentro del ámbito de libre configuración del legislador o, si por el contrario, desconoce principios de razonabilidad y proporcionalidad que impliquen un sacrificio injustificado de derechos, como el de acceso a la Administración de Justicia o la autonomía privada.

Para ello, siguiendo las orientaciones de la Corte Constitucional, acudiremos al juicio o test integrado de proporcionalidad, que comprende las siguientes etapas: la evaluación del fin de la medida, el cual debe ser legítimo e importante a la luz de la Constitución Nacional; el análisis de si la medida es adecuada, es decir, apta para alcanzar un fin constitucionalmente válido; estudio de la necesidad de la medida consagrada en las normas, es decir, si existen o no otras medidas menos gravosas para los derechos sacrificados que sean idóneas para lograr el mismo fin; examen de la proporcionalidad en estricto sentido de la medida, lo que exige una ponderación costo-beneficio de las ventajas que trae la medida frente al eventual sacrificio de otros valores y principios constitucionales y, finalmente, establecer cuál es el grado de intensidad con el que se adelantará su análisis: estricto, moderado o débil, dependiendo de la naturaleza misma de la medida.

Para este caso, seguiremos el juicio intermedio, por cuanto, como lo dice la Corte Constitucional:

**(i)** El Constituyente reconoció al legislador un amplio margen de libertad de configuración en materia de establecimiento de procedimientos, punto este que ya fue objeto de análisis en otro acápite de esta providencia y **(ii)** la jurisprudencia constitucional ha reconocido que cuando se trate de la restricción de derechos como el acceso a la administración de justicia, debido proceso y defensa entre otros, frente a la libre configuración del legislador, se justifica el escrutinio intermedio (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-598 de 2011, 2011).

#### 2.2.1.5.1 Análisis de la finalidad de la parte pertinente de los artículos 2, 20 y 38 de la Ley 640 de 2001

Para determinar la finalidad de la medida adoptada por el legislador colombiano, es preciso transcribir las normas pertinentes:

Artículo 2 numeral 3 de la ley 640 de 2001:

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:

3) Cuando se presente una solicitud para la celebración de una audiencia de conciliación y el asunto de que se trate no sea conciliable de conformidad con la ley. En este evento la constancia deberá expedirse dentro de los 10 días calendario siguiente a la presentación de la solicitud.

Artículo 20 de la Ley 640 de 2001:

Si de conformidad con la ley el asunto es conciliable, la audiencia de conciliación extrajudicial en derecho deberá intentarse en el menor tiempo posible, y, en todo caso, tendrá que surtirse dentro de los tres (3) meses siguientes a la presentación de la solicitud. Las partes por mutuo acuerdo podrán prolongar este término.

Artículo 38 de la ley 640 de 2001, modificado por el artículo 40 de la Ley 1395 de 2010 y el artículo 621 del Código General del Proceso<sup>10</sup>:

Si la materia de que se trate es conciliable, la conciliación extrajudicial en derecho como requisito de procedibilidad deberá intentarse antes de acudir a la especialidad jurisdiccional civil en los procesos declarativos, con excepción de los divisorios, los de expropiación y aquellos en donde se demande o sea obligatoria la citación de indeterminados.

La finalidad de las normas que determinan la materia conciliable, hasta donde hemos inves-

<sup>10</sup> Esta última norma entró a regir a partir de la promulgación del Código General del Proceso, es decir, desde el 12 de julio de 2012, tal como lo señala el numeral 1 del artículo 627 del citado estatuto procesal (República de Colombia, 2012).

tigado, no se hizo evidente en la exposición de motivos de las normas en mención, así como tampoco en los debates llevados a cabo por el Congreso de la República de Colombia; sin embargo, esa finalidad ha sido advertida y analizada por la doctrina.

En efecto, uno de los autores que más se ha referido al punto es el tratadista Jorge Hernán Gil Echeverry, quien lo trata bajo el nombre de control de legalidad, así:

El control de legalidad, esto es, la obligación que tiene el conciliador de verificar el acta de conciliación tanto en su contenido formal como material, tiene como finalidad evitar que en el acuerdo final se cometan irregularidades que puedan afectarlo total o parcialmente, por vicios de ineficacia, inexistencia o nulidad.

Si la conciliación ha sido establecida como un mecanismo o método alternativo de solución de conflictos, buscando una real y efectiva descongestión de los despachos judiciales, no tiene ningún sentido que el conciliador, "a ciegas", deba suscribir el acta, por la sencilla razón de que las partes llegaron a un acuerdo. La firma del documento por el conciliador, no tiene como fin dejar simple constancia de que efectivamente las partes, en su presencia y en la audiencia correspondiente, llegaron a un arreglo. No, su función jurisdiccional le impone la obligación de participar activamente para encauzar el acuerdo o avenimiento de las partes a las formas y disposiciones legales. De otra manera, la suscripción del acta de conciliación contentiva de arreglos ineficaces, inexistentes o absolutamente nulos, va a generar un posterior pleito judicial, con lo cual se pierde el fin buscado por el legislador: que la conciliación produzca efectos de cosa juzgada respecto al conflicto solucionado, y que constituya un mecanismo real de descongestión de los despachos judiciales.

De manera que, constituyendo la conciliación una forma alterna de administración de justicia, la función del conciliador es activa, con funciones más o menos amplias, dependiendo de la materia de que se trate (Gil, 2003, p. 151).

Igualmente, José Roberto Junco Vargas, al definir la conciliación como un acto de autonomía de la voluntad de las partes, expresó:

Si a la conciliación se somete todo aquello que por su naturaleza es susceptible del contrato de transacción, según la ley sustancial, son las partes quienes tienen que manifestar su acuerdo total o parcial. En efecto, pese a que el conciliador-especialmente juez o funcionario, y ahora el juez laboral-tiene una participación activa, compleja y de autoridad, su labor se limita a orientar, persuadir, convencer, instar al acuerdo, definir conveniencias, explicar situaciones, proponer fórmulas de arreglo (si las partes no lo hacen) y homologar el acuerdo concluido; pero es la libre, consciente y deliberada voluntad de las partes la que proporciona el matiz a la conciliación. La conducta del juez o del conciliador se limita a ser la de un tercero y al mismo tiempo la de director del acto en la audiencia, actuación en la cual debe observar absoluta imparcialidad y equidad en las decisiones que adopte. La autonomía de la voluntad de las partes se refleja plenamente en este acto, más se ve alterada por cuanto el juez debe aprobarla decisión que se ha tomado, si es conforme a derecho, exigencia que establece la norma, pues la conciliación, total o parcial, requiere su aprobación u homologación que convalida la decisión; esto no quiere decir que si la decisión es justa y no lesiona los derechos de una de las partes o de terceros, no sea una decisión con todos los visos de eficacia y de validez, como quiera que es expresión de la exclusiva voluntad de los litigantes (Junco, 2002, p. 77).

Del texto de dichas normas y de la doctrina expuesta, se puede colegir que la finalidad de las mismas es no permitir que las partes lleguen a acuerdos cuando la materia sometida a su consideración no sea conciliable, de tal manera que si se aceptara acordar un asunto que no lo es se violarían normas de orden público, hasta el punto de que el acuerdo resultaría nulo.

#### **2.2.1.5.2 Análisis del medio escogido por el legislador**

En este caso, el medio escogido por el legislador, para no permitir que se acuerden asuntos no susceptibles de conciliación fue impedir que el conciliador convocara a las partes en conflicto y celebrara la audiencia o audiencias que permitieran su encuentro y diálogo, tendente a resolver sus diferencias. Es decir, optó el legislador por ordenar en las normas citadas que el conciliador no citara a las partes y permitiera su encuentro y más bien le expidiera a la parte que solicitó la conciliación una constancia que diga que el asunto no es conciliable.

#### **2.2.1.5.3 Análisis de la proporcionalidad**

Se trata de definir si el medio escogido por el legislador para alcanzar el fin propuesto es adecuado, es decir, si la medida es apta para alcanzar un fin constitucionalmente válido; si existe la necesidad de la medida o si existen o no otras medidas menos gravosas para los derechos sacrificados que sean idóneas para lograr el mismo fin; en suma, debe hacerse una ponderación costo-beneficio de las ventajas que trae la medida frente al eventual sacrificio de otros valores y principios constitucionales.

En principio, hipotéticamente podríamos afirmar que la medida consagrada en las normas cuestionadas, consistente en no citar y, por ende, celebrar la audiencia de encuentro de las partes y por tanto expedir, por parte del conciliador, una constancia de que el asunto no es conciliable, es apta para alcanzar el fin consti-

tucionalmente válido, pues con ello se evitaría que las partes pacten acuerdos que violen la Constitución, la ley y en general el orden público y las buenas costumbres.

Pero si se examina el tema desde la perspectiva del derecho de acceso a la Administración de Justicia y del postulado de la autonomía privada, en realidad no existe la necesidad de esta medida, porque existen otras menos gravosas para los derechos sacrificados y con las cuales se lograría el mismo fin; es decir, con otras medidas no se lograría el sacrificio de otros valores y principios constitucionales. Lo dicho tiene su fundamento en que, el fin de las normas cuestionadas, consistente en no permitir que las partes en una conciliación lleguen a acuerdos prohibidos, se puede perfectamente lograr con una intervención activa del conciliador, para lo cual la ley lo ha investido de precisas facultades y obligaciones.

En efecto, el artículo 8 de la Ley 640 de 2001, luego de señalar las obligaciones del conciliador, dispone en su parágrafo único que "Es deber del conciliador velar porque no se menoscaben los derechos ciertos e indiscutibles, así como los derechos mínimos e intransigibles" (República de Colombia, 2001). Ello indica, entonces, que el conciliador debe citar a las partes en conflicto a audiencia, y si dentro de ella observa que las partes llegan a un acuerdo que viola el régimen jurídico vigente, es su obligación y está en el deber de impedir que se violen derechos de las partes. Es más, puede concluirse también, que el conciliador solo puede determinar si se da esa violación del ordenamiento jurídico, cuando conozca los términos del acuerdo de las partes, pues antes lo que existe es un conflicto entre ellas, que aún no ha sido resuelto.

En conclusión, la medida adoptada por el legislador resulta mucho más gravosa pues sacrifica otros valores y principios constitucionales, como es el derecho de acceso a la Administra-

ción de Justicia y el postulado de la autonomía privada. Sin lugar a dudas, las normas que obligan al conciliador a no citar a las partes ni hacer audiencia de conciliación, desdibuja la figura misma de la conciliación tal como lo ha sostenido la Corte Constitucional.

### **2.2.2 *Las normas mencionadas violan las disposiciones constitucionales que soportan el postulado de la autonomía privada***<sup>11</sup>

Hemos dicho también que las normas mencionadas violan las disposiciones constitucionales que consagran el postulado de la autonomía privada, pues impiden que las partes desplieguen su capacidad de negociación al no realizar siquiera la audiencia de encuentro de ellas. En el artículo citado, advertimos que, en principio, la Corte Constitucional de Colombia ha reconocido que no existe norma alguna que se refiera a este postulado de manera expresa, pero que el mismo se deduce de diversos derechos subjetivos consagrados en el texto constitucional. Casi que la Corte encuentra reflejado este postulado en cualquier norma que reconozca a una persona la facultad de disponer de sus derechos y celebrar negocios jurídicos con los demás, tal como lo ha reconocido con el derecho a contraer matrimonio o a testar (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-993 de 2006, 2006).

En la sentencia SU-157 del 10 de marzo de 1999, con ponencia del magistrado Alejandro Martínez Caballero, la Corte Constitucional es enfática al afirmar:

Ahora bien, la autonomía privada goza de sustento en la Constitución de 1991, como quiera que se deduce de la garantía y protección de varios derechos que la concretan, a saber: el artículo 14 consagra el derecho a la personalidad jurídica, el 58 asegura la propiedad pri-

vada, los artículos 38 y 39 la libertad de asociación y el 333 en cuanto protege el derecho a la libre actividad económica e iniciativa privada y la libertad de empresa, todos estos derechos subjetivos que reconocen poderes en favor de una persona que puede hacerlos valer, frente a otros sujetos, a través de la intervención judicial (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia SU-157 de 1999, 1999C).

Ello indica entonces que la autonomía de la voluntad privada y, como consecuencia de ella, la libertad contractual, gozan de garantía constitucional.

En otra sentencia la Corte Constitucional señala que la autonomía negocial goza de amparo y garantía en la Constitución de 1991, la cual se deduce de la constitucionalización de los derechos al reconocimiento de la personalidad jurídica, al libre desarrollo de la personalidad, la propiedad privada, el derecho de asociación, el derecho a la libre actividad económica e iniciativa privada y de la libertad de empresa (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia SU-166 de 1999, 1999D). En casi todas las sentencias en que el Tribunal Constitucional aborda este tema se refiere también a los límites del principio de la autonomía privada.

En otra providencia la Corte sostuvo que aunque no existe una norma en la Constitución Nacional que contemple de manera específica este postulado, él se deduce de los artículos 13 y 16 de la Carta Política que en su orden consagran la libertad y el libre desarrollo de la personalidad, los cuales sirven de sustento para concluir que debe reconocerse a las personas la posibilidad de que obren según su voluntad siempre y cuando no atenten contra el orden jurídico y los derechos de los demás. Que adicionalmente se encuentra una serie de normas constitucionales garantes de ciertos derechos, cuyo ejercicio supone la autonomía de la volun-

<sup>11</sup> Al respecto puede consultarse a Hernández (2011, p. 65).

tad como el derecho a la personalidad jurídica (artículo 14), el derecho a asociarse (artículo 38), a celebrar el contrato de matrimonio (artículo 42) y los lineamientos de tipo económico que traza el artículo 333 de la Constitución (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-529 de 2000, 2000C)<sup>12</sup>.

En conclusión, las normas mencionadas son violatorias del postulado constitucional de la autonomía privada, pues no permiten que las partes desplieguen sus derechos a dialogar y, por ende, negociar la solución del conflicto que las afecta.

### 3. Conclusiones

El análisis desarrollado presenta un enlace lógico jurídico de la conciliación extrajudicial en derecho, el acceso a la Administración de Justicia, el postulado de la autonomía privada y las limitaciones que el legislador puede imponerle a estos de cara a la materia conciliable, desde un enfoque de la teoría general del negocio jurídico y de las obligaciones, lo cual constituye un análisis novedoso al problema planteado, no abordado por la doctrina, y desconocido por la jurisprudencia constitucional.

La determinación del asunto conciliable antes del acuerdo conciliatorio no es una limitación constitucionalmente razonable, puesto que impide el acceso a la Administración de Justicia y no consulta los fines para los cuales se instituyó la materia conciliable por el legislador, lo que hace que las normas respectivas sean inconstitucionales.

Esta visión es más garantista para el ciudadano, pues permite que las personas en conflicto puedan utilizar el esquema conciliatorio agotando

todas sus etapas, lo que consulta con la filosofía de la figura y su enfoque constitucional.

Si los conciliadores aplican las normas mencionadas, podrían cerrar desde el inicio del trámite, y, de manera definitiva, las puertas a la posibilidad de un diálogo tendente a resolver el conflicto expidiendo las constancias con el argumento de que el asunto sometido a su consideración no es conciliable, lo cual configura una limitación al derecho de acceso a la Administración de Justicia.

Recomendamos, entonces, que cuando actuemos como conciliadores, no nos desgastemos buscando la materia conciliable desde el inicio del trámite conciliatorio, pues ello no es posible en ese instante, muy a pesar de que el legislador parte de ese presupuesto en la filosofía que lo orienta.

Si el conciliador, de manera anticipada, estima que el asunto sometido a su consideración no es conciliable, sin hacer el menor esfuerzo por citar a las partes, permitir su diálogo y escucharlas, y expide la constancia pertinente en ese sentido, no está haciendo otra cosa que violar a las partes el derecho de acceso a la Administración Justicia y la autonomía privada, por vía del mecanismo de la conciliación, pues ello atenta contra la filosofía misma de la figura, que implica encuentro y diálogo entre las partes, tal como lo evidencia la concepción que trae la Corte Constitucional de la figura como mecanismo de acceso a la Administración de Justicia y que hemos analizado en líneas anteriores.

Si una persona solicita una conciliación y esta le es negada expidiéndole la constancia respectiva, por cuanto de entrada el conciliador estima que la materia no es conciliable, con esta conducta se le viola el derecho de acceso a la Administración de Justicia y la autonomía privada razón por la cual puede promover una acción de tutela para que se le proteja el mencionado derecho fundamental.

<sup>12</sup> En igual sentido pueden consultarse las siguientes sentencias de la Corte Constitucional de Colombia C-993 de 2006 (2006); Sentencia T-329 de 2008 (2008A) y C-1194 de 2008 (2008B).

---

El juez de tutela, con las evidencias del caso, deberá proteger al afectado su derecho fundamental al acceso a la justicia y la autonomía privada y ordenará que se le imprima el trámite hasta llegar al final del procedimiento.

### **Referencias bibliográficas**

- Arias, M. (2003). *La conciliación en derecho de familia*. Bogotá: Editorial Legis.
- Castaño, J. (2004). *Tratado sobre conciliación*. Bogotá: Editorial Leyer.
- García, F. (2009). *La conciliación civil y comercial*. Bogotá: Editorial Ibáñez
- Gil, J. (2003). *La Conciliación extrajudicial y la amigable composición, Primera Edición*. Bogotá: Editorial Temis.
- Junco, J. (2002). *La conciliación, aspectos sustanciales y procesales, Cuarta Edición*. Bogotá: Ediciones Jurídicas Radar
- Hernández, A. (2005). *La Conciliación Extrajudicial en derecho como requisito de procedibilidad*. Bogotá: Editorial Leyer.
- Hernández, A. (2011). La autonomía privada desde la perspectiva constitucional. *Mario Alario D Filippo, Vol.3, (No.2), ejemplar No.6*, pp. 65-85.
- Ospina, G. & Ospina, E. (2000). *Teoría general del contrato y del negocio jurídico*. Bogotá: Editorial Temis.
- Corte Constitucional de Colombia. (1993A). *Sentencia C-059 de 1993*.
- Corte Constitucional de Colombia. (1993B). *Sentencia C-544 de 1993*.
- Corte Constitucional de Colombia. (1994A). *Sentencia T-538 C-538 de 1994*.
- Corte Constitucional de Colombia. (1994B). *Sentencia C-351 de 1994*.
- Corte Constitucional de Colombia. (1996A). *Sentencia C-037 de 1996*.
- Corte Constitucional de Colombia. (1996B). *Sentencia T-268 de 1996*.
- Corte Constitucional de Colombia. (1997). *Sentencia C-652 de 1997*.
- Corte Constitucional de Colombia. (1999A). *Sentencia C-215 de 1999*.
- Corte Constitucional de Colombia. (1999B). *Sentencia C-163 de 1999*.
- Corte Constitucional de Colombia. (1999C). *Sentencia SU-157 de 1999*.
- Corte Constitucional de Colombia. (1999D). *Sentencia SU-166 de 1999*.
- Corte Constitucional de Colombia. (2000A). *Sentencia SU-091 de 2000*.
- Corte Constitucional de Colombia. (2000B). *Sentencia C-330 de 2000*.
- Corte Constitucional de Colombia. (2000C). *Sentencia C-529 de 2000*.
- Corte Constitucional de Colombia. (2001A). *Sentencia C-893 de 2001*.
- Corte Constitucional de Colombia. (2001B). *Sentencia C-1195 de 2001*.
- Corte Constitucional de Colombia. (2006). *Sentencia C-993 de 2006*.
- Corte Constitucional de Colombia. (2008A). *Sentencia T-329 de 2008*.
- Corte Constitucional de Colombia. (2008B). *Sentencia C-1194 de 2008*.
- Corte Constitucional de Colombia. (2011). *Sentencia C-598 de 2011*.
- República de Colombia. (1985). *Ley 56 de 1985, mediante la cual se dictan normas sobre arrendamiento de vivienda urbana y otras disposiciones*.
- República de Colombia. (1991A). *Constitución Política de Colombia de 1991*.
- República de Colombia. (1991B). *Ley 23 de 1991, mediante la cual se crean mecanismos para descongestionar los despachos judiciales y se dictan otras disposiciones*.

República de Colombia. (1998). *Ley 446 de 1998, mediante la cual se adoptan como ley permanente algunas normas del decreto 2651 de 1991, se modifican algunas del Código de Procedimiento Civil, se derogan otras de la ley 23 de 1991 y del decreto 2272 de 1989, se modifican y expiden normas del Código Contencioso Administrativo y se dictan otras disposiciones sobre descongestión, eficiencia y acceso a la justicia.*

República de Colombia. (2001). *Ley 640 de 2001, mediante la cual se modifican las normas relativas a la conciliación y se dictan otras disposiciones.*

República de Colombia. (2010). *Ley 1395 de 2010, mediante la cual se adoptan medidas en materia de descongestión judicial.*

República de Colombia. (2012). *Ley 1564 de 2012, mediante la cual se expide el Código General del Proceso.*

Romero, H. (2006). *La Conciliación judicial y extrajudicial. Su aplicación en el derecho colombiano.* Bogotá: Editorial Legis.

