

## UNION COLEGIADA DEL NOTARIADO COLOMBIANO

### Asesoría Jurídica

#### LA CONCILIACION EXTRAJUDICIAL COMO REQUISITO PREVIO DE PROCEDIBILIDAD Y LA LEY 1395 DE 2010

##### **1. Antecedente:**

A partir de la ley 446 de 1998 comienza la preocupación decidida del legislador por reglamentar los mecanismos alternativos de solución de conflictos, dentro de los cuales se destaca la conciliación y, más concretamente, la extrajudicial en materias contencioso administrativa, laboral, de familia, civil y penal, entre otros temas. La conciliación extrajudicial es otra versión de la institución que Francisco Carnelutti denominó "equivalentes jurisdiccionales". (Sistema de derecho procesal Civil, I, Uteha, Buenos Aires, pag 183 y s.s.), aquí con la novedad de no ser mecanismo intraprocesal, sino anterior al proceso y de darle competencia a los notarios para tramitar la conciliación extraprocesal.

##### **2º. Aspectos que se mantienen en la ley 1395 de 2010:**

2.a. Se conserva la obligatoriedad de la conciliación como prerrequisito para presentar la demanda ante las jurisdicciones civiles y de familia, bajo la filosofía de la transacción y de la disponibilidad del derecho. El artículo 40 de la ley 1395 dice: "*Si la materia de que se trate es conciliable, la conciliación extrajudicial en derecho DEBERA INTENTARSE ANTES DE ACUDIR A LA JURISDICCION CIVIL en los procesos declarativos, con excepción de los de expropiación y los divisorios*". Si no se intenta, dará lugar al rechazo de plano de la demanda, conforme lo ordena el artículo 36 de la ley 640 de 2001. La misma filosofía inspira la conciliación en asuntos laborales y contencioso administrativos, con perfiles propios, para los cuales hay normatividad especial.

2.b. Se mantienen las reglas sobre competencia:

a. En materia civil. Art 27 ley 640 de 2001.

b. En materia de familia: Artículo 31 ibidem,

Dentro de los funcionarios competentes para estas dos materias, están incluidos los notarios;

c. En materia laboral: Artículo 38 ibidem, excluidos los notarios por mandato de la sentencia de constitucionalidad C-893 de fecha 2001. M.P. Clara Inés Vargas; y

d. En materia contencioso-administrativa: "Sólamete ... ante los agentes del Ministerio Público asignados a esta jurisdicción" (Art 23 ibidem). La Corte Constitucional, en la sentencia ya citada, declara inexecutable la frase: "y ante los conciliadores de los Centros de Conciliación autorizados para conciliar en esta materia" El acta de conciliación debe ser aprobada -o improbada- por el Juez o Corporación que fuere competente para conocer de la acción judicial respectiva (art 24 ibidem).

2.c. Continúa vigente el régimen sobre prescendencia de la audiencia del artículo 101 CPC, para el caso en que no se haya logrado el acuerdo conciliatorio total o parcial, "salvo cuando el demandante solicite su celebración". (Artículo 52, inc 2º. Ley 1395, idéntico a la versión del artículo 35 ley 640 de 2001);

2.d. Se mantienen los eventos según los cuales el requisito de procedibilidad se entiende cumplido, a pesar de no haberse dado la conciliación. (Artículo 52, inciso 3º, 4º y 5º Ley 1395, idénticos a la versión del artículo 35, incisos 3º, 4º y 5º ley 640 de 2001);

2.e. Continúa vigente "la constancia" a que alude la ley 640, en su artículo 2º, ante el fracaso de la conciliación. El conciliador expedirá una constancia en la que expresará sucintamente el asunto objeto de conciliación. La ley deja al conciliador en la posibilidad de hacer un resumen sobre las pretensiones no conciliadas, razón por la cual se hace imposible establecer una congruencia entre las pretensiones planteadas por el convocante y las que presenta posteriormente en la demanda que ha decidido instaurar ante el fracaso de la conciliación. Como la ley nada dice al respecto, el requisito de procedibilidad se viene dando con la mera constancia que da fé de los tres eventos que la originaron, convirtiéndose en un requisito más de forma que de contenido. Naturalmente que se da el caso de conciliadores cuidadosos que le exigen al convocante la enunciación clara y precisa de las pretensiones que plantea para ser conciliada y que lo auxilian en el cumplimiento de ese requisito de precisión y claridad. Cuando se presenta la falencia advertida, cuál podrá ser el resultado de una excepción previa por "ineptitud de la demanda por falta de los requisitos formales"? Este es un tema no pacífico que puede dar origen a diferentes respuestas.

2.f. Se mantiene también "la forma" del acta de conciliación, cuando se llega a ella, total o parcialmente (ley 640, art 1º) y se hace claridad de que el acta de conciliación, para ningún caso, debe ser elevada a escritura pública (Artículo 51 de la ley 1395). Lo expuesto, en tema de incongruencia entre las pretensiones presentadas para el trámite de conciliación y las que deben aparecer expresadas con "precisión y claridad" en la demanda, es válido también para el caso en que se haya dado la conciliación parcial entre las partes, pues la vaguedad del acta de conciliación respectiva, puede ir en detrimento de la defensa de la parte demandada.

2.g. No hay modificación de la norma de la ley 640, artículo 1º, párrafo 2, según la cual a la audiencia de conciliación pueden asistir las partes con o sin apoderado. El apoderado no tiene que ser abogado, pues la ley se está refiriendo a la representación, previo acto de apoderamiento para conciliar, ya que se trata sustancialmente de un negocio jurídico, aquí formal y solemne.

### 3º. Primer aspecto nuevo:

**Acta de conciliación y escritura pública:** La ley 1395, artículo 51 adiciona un párrafo, el cuarto del artículo 1º que dice: "*En ningún caso, las actas de conciliación requerirán ser elevadas a escritura pública.*" Como puede observarse la norma transcrita se refiere a "*Las actas de conciliación*". Un intérprete apegado a la letra -y con especial propósito de desterrar la escritura pública como requisito esencial de algunos contratos solemnes- concluirá frente a una conciliación en la que se transfiere o hipoteca, por ejemplo, un inmueble, que el acta de conciliación sustituye la escritura pública. Sostenemos que tal

interpretación es equivocada y vulneratoria de los derechos a la fijeza de los contratos y a la certeza jurídica que da el documento notarial llamado escritura pública, valores éstos consagrados a nivel de constitución política y de ley (la que disciplina los elementos esenciales de cada contrato), por las siguientes razones:

- a) La norma del artículo 51 debe interpretarse en lógica y derecho según su sentido literal: sea que la conciliación verse bienes muebles, sea que verse sobre inmuebles, el acta que la contiene será el documento que autoriza al conciliador, confeccionada teniendo en cuenta los requisitos ordenados en el artículo 1º de la ley 640.
- b) Como la primera copia de esa acta es el título que presta mérito ejecutivo, el acreedor podrá ejecutar, en caso de incumplimiento, al deudor de la obligación de hacer la escritura pública de compraventa, hipoteca etc., pues ésta es el título generador de la obligación traslativa de dominio de bien inmueble, o del gravamen sobre un bien de idéntica naturaleza.
- c) Una norma de conciliación –y en el presente caso, de descongestión judicial- NO TIENE PODER DEROGATORIO (ni expreso, ni tácito) de las normas que ordenan imperativamente que la escritura pública es un requisito de la esencia, (ad substantiam actus), por ejemplo, de la compraventa e hipoteca de inmuebles. La voluntad del legislador al imponer la escritura pública, en determinados contratos, siempre ha tenido como fin primordial salvaguardar los derechos fundamentales a la seguridad jurídica, la certeza del derecho, la seguridad probatoria y garantía de la publicidad del acto.
- d) No se puede olvidar, además, “los valores agregados” que tienen las escrituras públicas:
  - a) Constancia de la retención en la fuente del 1% del valor del acto;
  - b) Recaudo del 10% del valor bruto de los derechos notariales, con destino a la Administración de Justicia (Art 131 C.P.);
  - c) Anexos de “paz y salvo” por impuestos prediales, de valorización y administración de la propiedad horizontal, cuando esto es del caso;
  - d) Anexos de permisos especiales expedidos por las autoridades competentes, para actos de interés público y de orden público económico;
  - e) Constancia en la matriz y reportes a la UIAF para evitar “lavado de activos” etc.
  - f) Constitución de patrimonio de familia y de afectación a vivienda familiar, entre otros.

4º. **Aspecto nuevo: la conciliación en equidad:** Lo consagra el artículo 52 de la ley de descongestión judicial: “En los asuntos civiles y de familia podrá cumplirse el requisito de procedibilidad **mediante la conciliación en equidad**”. La ley 640 de 2001, artículo 3º, inciso 2º, estatúa: “*La conciliación extrajudicial se denominará en derecho cuando se realice a través de los conciliadores de centros de conciliación o ante autoridades en cumplimiento de funciones conciliatorias y en equidad cuando se realice ante conciliadores en equidad*”. La diferencia entre conciliación en derecho y en equidad estaba, pues, referida a la clase de conciliador que atendía la solicitud de conciliación, enfoque

ciertamente desacertado. Ahora, la novedad –derogación implícita- se encuentra en el hecho de que para tramitar la conciliación extrajudicial en asuntos civiles y de familia, y llegar al acuerdo conciliatorio en equidad, no se necesita el conciliador “en equidad” a que se refería la última parte de la norma. Los conciliadores en materia civil y de familia, dentro de los cuales se encuentran los notarios, podrán tramitar la conciliación en derecho o en equidad.

**4º El deber de presentar las pruebas en la audiencia de conciliación, siempre que ellas estén en poder de las partes. Su violación genera “sanción procesal”:** El párrafo segundo del artículo 52 trae la siguiente novedad en materia probatoria: “En los asuntos civiles y de familia, con la solicitud de conciliación el interesado deberá acompañar copia informal de las pruebas documentales o anticipadas que tenga en su poder y que pretenda hacer valer en el eventual proceso, el mismo deber tendrá el convocado a la audiencia de conciliación”. (subrayas fuera de texto legal).

Si las partes, siendo poseedoras de esos dos medios probatorios, no los presentan para la audiencia de conciliación y si esta fracasa, la segunda parte del párrafo segundo ordena: “de fracasar la conciliación, en el proceso que se promueva no serán admitidas las pruebas que las partes hayan omitido aportar dentro del trámite de la conciliación estando en su poder”. Se trata de unos efectos procesales que la ley ha establecido para el evento en que no se cumpla con la carga procesal ordenada por la misma. Realmente es una medida sana y conveniente, más válida y eficaz para la conciliación en derecho que para la “en equidad”.

5º. Las modificaciones al artículo 38 de la ley 640 de 2001, entrarán en vigencia a partir del 1º de enero de 2011, según la regla del artículo 44, párrafo, de la ley 1395.

**CONCLUSION:** La ley 1395, artículo 52, retoma los dictados de la ley 640 de 2001, artículo 35 y agrega los siguientes temas:

- a) Que los conciliadores en materia civil y de familia podrán tramitar la conciliación en derecho o en equidad,
- b) Que el mandato del artículo 52, párrafo 2º, sobre inadmisión de la prueba omitida en el trámite de la conciliación, cuando ha debido ser presentada por quien la tenía en su poder, es norma garantizadora del deber de lealtad procesal. De todas maneras, esta institución de la conciliación extrajudicial adolece de lagunas normativas, lo cual hace necesario aplicar los artículos 4º (dudas) y 5º (vacíos) de las normas procesales C.P.C., entre otros recursos hermenéuticos.
- c) Que lo ordenado en el artículo 1º, párrafo 4º, ley 640 (Artículo 51 ley 1395 de 2010) se refiere a la formalidad del acta de conciliación: siempre por documento del conciliador y no por escritura pública. Por tanto, cuando en una conciliación, una de las partes se obliga a transferir un inmueble, el obligado tendrá que hacer la transferencia por medio de la escritura pública correspondiente. El acta de conciliación no es -ni puede ser-

título generador de obligación traslativa de dominio o constitutivo de gravamen hipotecario.

Mario Fernández Herrera  
Asesor