

302922

APROXIMACIONES A LA CONCILIACIÓN Y A LA TRANSACCION COMO FORMAS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS

“La justicia es de todos.
De los abogados es el derecho”

Por: Ana Cristina Ferrer Martinez

A través de los tiempos, los hombres han determinado distintas formas de dirimir sus conflictos, las cuales pueden agruparse en dos categorías: la autocomposición (transacción, conciliación, desistimiento y allanamiento), que es la forma natural de solución de los conflictos entre contendientes, y la heterocomposición (sentencia judicial y laudo arbitral), que contiene formas alternativas de solucionarlos. La distinción esencial está dada por la participación de las partes inmersas en el conflicto y la posible injerencia de terceros para solucionarlo.

La Constitución de 1991 prevé espacios informales para la resolución de conflictos, como la posibilidad de que los particulares actúen como conciliadores o los jueces de paz, entre otros. Estos mecanismos, a pesar de sus diferencias, comparten un propósito y un diagnóstico. Todos parten de una cierta desconfianza frente a la justicia formal del Estado porque no la consideran un instrumento eficaz, transparente ni adecuado para zanjar las controversias cotidianas entre los colombianos. Y ellos, sin excepción, buscan convertirse en alternativas más próximas a la comunidad y al ciudadano ordinario para que éste pueda resolver de manera más rápida y consensual sus conflictos.

Los MASC (métodos alternativos de solución de conflictos), no son solamente, como se cree, unos mecanismos de justicia inherentes al sector privado, sino que responden en algunos casos a un diseño de colaboración armoniosa entre el sector público y el privado.



Advertimos desde ahora que en buena medida las ideas que vamos a desarrollar descansan en un hecho obvio, cual es el notable incremento de la conflictividad social que existe en Colombia. En el curso de este proceso preocupante, las instituciones actualmente diseñadas para canalizar los conflictos, aparecen cada vez más inoperantes, aletargadas e insuficientes.

Es así como el digesto del emperador Justiniano define a la justicia como: "... la perpetua y constante voluntad de dar a cada uno lo que le pertenece..." (Digesto I, 1, De lo Justo 10). Podría agregársele esta frase: en el momento indicado.

Como punto previo, es preciso indicar que no se dispone de información fiable que nos permita cuantificar la intensidad del conflicto. En todo caso, pese a esta limitación, estamos convencidos de la utilidad de la reflexión que pretendemos desarrollar, que es una aproximación a los conceptos de conciliación y transacción, por ser formas primarias y básicas de solución de conflictos, las cuales se fundamentan en el instinto social del hombre como regla de convivencia y en la equidad como búsqueda de la justicia.

La conciliación se conoce en otros sistemas jurídicos con el nombre de mediación, en nuestro medio entraña una negociación entre las partes interesadas, en presencia de un tercero llamado conciliador que facilita, promueve y avala el acuerdo logrado.

Cuando se habla de negociaciones asistidas, nos referimos a la conciliación y a la mediación, pero cuando hablamos de negociaciones no asistidas, podemos pensar en la transacción.

Con la entrada en vigencia de la Constitución de 1991, la conciliación adquirió fundamento Constitucional gracias a lo establecido en el artículo 116 de la Carta Magna. En desarrollo de este artículo se expidió el Decreto 2651 de 1991 ampliando el campo de acción de la conciliación y reforzando su regulación. Más adelante se expide la Ley 446 de 1998 y finalmente la Ley 640 de 2001 que regula más profundamente lo relativo a la conciliación y establece la obligatoriedad de acudir a ella como requisito de procedibilidad.

De otro lado, la transacción se ha perfilado desde años atrás, en el Código Civil, art. 2469, como un contrato por medio del cual las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente o precaven un litigio eventual.

Son tres, entonces, los elementos específicos de la transacción:

1. La existencia de un derecho dudoso o de una relación jurídica incierta aunque no esté en litigio
2. La voluntad o intención de las partes de mudar la relación jurídica dudosa por otra relación cierta y firme.
3. La eliminación convencional de la incertidumbre mediante concesiones recíprocas.

Diferentes doctrinantes han realizado estudios acerca de la conciliación y la transacción, y han concluido que la conciliación es un método y la transacción es un contrato. Equivocadamente han querido asimilar a la conciliación con la transacción, siendo que esta última es la especie y la primera el género. Lo anterior, se debe a que es conciliable todo aquello que es susceptible de transacción, allanamiento o desistimiento.

Algo debe quedar hoy claro y es que la conciliación es una forma de abordar las situaciones sociales conflictivas, que presupone la intervención de un tercero imparcial, el conciliador, en interacción con disputantes, quienes, carentes de poder de decisión sobre el contenido de la cuestión, dirige a las partes en un proyecto de comunicación cooperativa, ordenando a que cada uno de los intervinientes pueda acceder a esclarecer sus intereses, deseos y necesidades, a valorar sus alternativas en la situación y construir en conjunto con la otra parte un diseño a la medida de sus respectivas expectativas en la situación, que sea mutuamente satisfactoria. Distinto de la transacción, que es también un negocio jurídico, en el cual no interviene un tercero, solo las partes y que se caracteriza por las concesiones mutuas o bilaterales entre las mismas.

La conciliación tiene con la mediación y la transacción un aspecto en común y es el hecho de que en todas ellas hay en juego tres elementos: Los intereses, el poder y el derecho.

Se pretende en este escrito, plasmar de manera seria las principales semejanzas y diferencias entre ambas instituciones, no sin antes advertir que con ambas figuras las partes autocomponen sus diferencias cristalizando en un acuerdo sus decisiones.

Para el efecto, se anexa cuadro donde se ilustra de forma clara lo pretendido en este escrito

	LA CONCILIACIÓN	LA TRANSACCIÓN
ELEMENTOS COMUNES	Mecanismo para terminar un litigio presente o prever uno eventual.	Igual
	En ambos procesos se requiere una serie de acercamientos o conversaciones previas entre las partes, a fin de lograr el acuerdo.	Igual
	Figuras que tienen operancia tanto en la etapa extraprocesal como en la procesal.	Igual
	Tanto el pacto de conciliación o acuerdo conciliatorio, como el contrato de transacción producen efecto de cosa juzgada.	Igual
	En ambas instituciones, el litigio o diferencia termina con un acuerdo que suscriben las partes, en forma directa.	Igual
DIFERENCIAS	Es de naturaleza procesal, aunque tiene algunos aspectos de derecho sustancial.	Institución jurídica de naturaleza sustantiva (constituye un contrato).
	Es un acto jurídico público.	Es un acto jurídico privado
	El acuerdo conciliatorio se logra con la participación activa de un tercero.	Se puede mediante un acuerdo directo entre las partes, sin la intervención de un tercero.
	El acuerdo conciliatorio es solemne, requiere la formalización de un acta suscrita entre las partes y el conciliador o con la presencia de una autoridad jurisdiccional o administrativa.	La transacción es meramente consensual, se perfecciona con el simple acuerdo de voluntades entre las partes. Si la misma versa sobre bienes inmuebles, se debe plasmar en escritura pública. Aclaro que la formalidad es por el inmueble, no porque el contrato de transacción así lo obligue. La formalidad del escrito es un mero requisito ad probationem y no ad substantiam actus.

<p>Se logra sin necesidad de renunciaciones mutuas de las partes.</p>	<p>Como elemento esencial, requiere la cesión recíproca de derechos o intereses. Aunque algunos doctrinantes como el doctor Enrique Gaviria Gutiérrez, sostiene que la renuncia no es esencial en la transacción. No es posible pensar que una sola de las partes ceda, pues degeneraría en otra figura.</p>
<p>El acta de conciliación puede estar viciada de nulidad tanto por su aspecto sustantivo como el procedimental.</p>	<p>Está sujeta a la nulidad sustantiva propia de los contratos.</p>
<p>Tiene un objeto más restringido.</p>	<p>Sobre todo en materia civil se puede afirmar que no todo lo que es objeto de transacción, es objeto de conciliación. El objeto de la transacción es patrimonial, no debe comprometer situaciones personalísimas de las partes que intervienen en la misma, y tampoco el orden público y las buenas costumbres. Es un contrato que tiene limitados los asuntos objetos de transacción, en cuanto estos conciernen al interés público (art 2472, 2473 y 2474) por el carácter privado de ésta modalidad contractual.</p>
<p>Es un negocio jurídico que admite como fórmula compositiva el convenio de cualquier contrato.</p>	<p>Es un contrato en sí mismo.</p>
<p>Es un acto inquisitivo, por que las partes muy pocas veces acuden a él de mutuo acuerdo. Acuden porque se les solicita su presencia por parte de un interesado.</p>	<p>Es un acto dispositivo que surge de la libre y espontánea iniciativa de las partes en conflicto.</p>
<p>Siempre requiere la homologación o aprobación del juez o del conciliador.</p>	<p>No necesita aprobación u homologación de ningún tercero por regla general, salvo en el caso de transacción en que se discutan derechos de incapaces, en la cual debe existir aprobación del respectivo juez.</p>

<p>Suscrito el acuerdo conciliatorio, se debe proponer la excepción de cosa juzgada.</p>	<p>Firmada la transacción, se propone la excepción previa de transacción.</p>
<p>Siempre presta mérito ejecutivo por disposición legal.</p>	<p>Para que preste mérito ejecutivo, debe contener obligaciones claras, expresas y exigibles</p>
<p>Tienen su origen en el derecho internacional público. En Roma la Ley de las XII Tablas daba en uno de sus textos fuerza obligatoria a lo que convinieran las partes al ir a juicio. En Colombia existen antecedentes de la jurisprudencia del antiguo Tribunal Supremo del Trabajo, que en sentencia de casación laboral relaciona las bases históricas, doctrinarias y filosóficas que constituyen el origen de la conciliación en el derecho comparado. Además, desde el código que rigió en el siglo XIX hasta la aparición del código de 1917 se consagró la posibilidad de negociar.</p>	<p>Tiene su origen en el derecho de los contratos.</p>
<p>Es requisito de procedibilidad.</p>	<p>No existe norma al respecto.</p>
<p>En cuanto a la representación, para llegar al acuerdo mismo, la parte no puede excusar su inasistencia dando poder a un mandatario especial, para que lo represente en la audiencia, salvo excepción del artículo 1 parágrafo 2 de ley 640 de 2001 y es que el citado se encuentre por fuera de la circunscripción territorial del lugar donde está ubicado el Centro de Conciliación donde se realizará la audiencia. La razón de lo anterior es clara, toda vez que éste mecanismo debe servir para acercar a las partes en litigio a la solución del problema, por su propia cuenta y riesgo.</p>	<p>En cuanto a la representación, como acto jurídico que es, puede celebrarse directamente por la parte en conflicto o mediante mandatario o apoderado. No existe excepción que le impida a la parte conferir poder general o especial a una persona con el fin de que la represente en el acto de la transacción.</p>
<p>Puede ser preprocesal, procesal o extraprocésal.</p>	<p>Es siempre extraprocésal.</p>

	<p>La cobertura de la conciliación es mayor, incluso uno de los medios de conciliar es mediante la suscripción de un acuerdo transaccional. En éste sentido, existe una relación de género a especie.</p>	
	<p>Si hablamos de la conciliación diferente a la extraprocésal, o sea de aquella que se presenta dentro del proceso judicial, en ella no puede alegarse ninguna clase de nulidad sustancial, precisamente por la naturaleza y por la intervención de un funcionario como conciliador, por lo que se presume se dieron todos los requisitos sustanciales de eficacia, validez y existencia. Por tanto, la existencia de alguna irregularidad en la conciliación procesal no trasciende al campo sustancial, sino que compete al derecho procesal. Si la conciliación es extraprocésal, si se presentan vicios sustanciales en el trámite conciliatorio, entonces ocurre igual que con la transacción y se asimila para efectos del saneamiento e invalidación.</p>	<p>Por ser acto privado, en caso de existir algún vicio en el acto que afecte su validez, para dejarlo sin valor jurídico, debe alegarse una causal de nulidad sustancial como son: incapacidad, consentimiento exento de vicios, objeto ilícito, causa ilícita, entre otros.</p>
	<p>En cuanto a la declaratoria de invalidez, se dan dos casos: Si se celebró en el transcurso de un proceso con intervención del juez, los vicios se subsanan mediante los recursos ordinarios o por medio de incidente solicitando nulidad procesal para que se invalide la actuación conciliatoria Art 140 C.P.C. Si la conciliación es extrajudicial, los vicios se subsanan mediante declaratoria judicial, por medio de un proceso declarativo.</p>	<p>En cuanto a la declaratoria de invalidez: Cuando se presentan vicios, para la declaratoria de nulidad se debe hacer mediante un proceso ordinario declarativo.</p>
	<p>Se pueden involucrar derechos de terceros no presentes en el proceso conciliatorio (los menores).</p>	<p>Está prohibido en la transacción.</p>
<p>OPINION JURISPRUDENCIA</p>		

<p>CORTE SUPREMA DE JUSTICIA-SALA PLENA</p>	<p>Tiene una cobertura más amplia en cuanto a la materia conciliable, pues se permite actuar en asuntos privados, públicos o mixtos. Tienen idéntica finalidad. Es una instancia oficial, judicial o prejudicial para llegar a un acuerdo amigable. Funge como conciliador un funcionario público o un particular transitoriamente investido de esa función oficial, quien no necesariamente debe tener la categoría de juez ó magistrado.</p>	<p>Como es un contrato, sólo actúan en principio las partes.</p>
		<p>OPINION JURISPRUDENCIAL</p>