

COMENTARIOS A LA LEY 446 Y AL DECRETO 1818 DE 1998 EN MATERIA CIVIL Y DE FAMILIA

Carlos Enrique Gutiérrez Sarmiento

LA LEY 446 Y EL Decreto 1818 de 1998 introdujeron una serie de modificaciones y precisiones a las normas que regulan la administración de justicia y la descongestión de los despachos judiciales.

Me propongo a través de este escrito presentar a consideración de los interesados las modificaciones introducidas al Código de Procedimiento Civil y la conciliación extraprocesal en materia civil y de familia, proponiendo algunas alternativas para la eficaz aplicación de la norma.

Para una mayor claridad procederé a dividir el tema en dos grandes subtemas: las modificaciones introducidas al Código de Procedimiento Civil respecto a la parte general y especial, y las introducidas a la institución de la conciliación extraprocesal en derecho civil y familia.

I. MODIFICACIONES INTRODUCIDAS AL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL

A. RESPECTO DE LOS AUXILIARES DE LA JUSTICIA

SE MODIFICÓ EL NUMERAL 8 del artículo 9º, en los siguientes términos: en primer lugar, dispuso que todo nombramiento se notificará por telegrama enviado a la dirección que figure en la lista oficial, y no personalmente como disponía la norma; dicha notificación por telegrama se podrá cumplir enviando por correo certificado el oficio donde conste la designación del auxiliar de la justicia dentro del proceso. En segundo lugar, dispuso que el cargo de auxiliar de la justicia es de obligatoria aceptación dentro de los cinco días siguientes al envío del telegrama correspondiente, so pena de ser excluido de la lista, salvo justificación aceptada.

1. Adicionó el artículo 9º del Código de Procedimiento Civil, respecto a la designación y calidades de los auxiliares de justicia, disponiendo que en las cabeceras de distrito judicial y ciudades de más de 200.000 habitantes solamente podrán designarse como auxiliares de la justicia personas jurídicas o naturales que obtengan licencia expedida por autoridad competente, de conformidad con la reglamentación que sobre el particular realice el Consejo Superior de la Judicatura, previa acreditación de los requisitos técnicos, la idoneidad y la experiencia requeridas. Dichas licencias deberán renovarse cada cinco años.

Las listas de auxiliares de la justicia serán obligatorias para magistrados, jueces e inspectores; en ningún caso se podrán designar auxiliares que no figuren en la lista.

Las entidades públicas que cumplan funciones técnicas en el orden nacional o territorial podrán ser designados como peritos sin necesidad de obtener licencia.

La norma exige que: a. el Consejo Superior de la Judicatura reglamente lo relacionado con la actividad de los auxiliares de la justicia; b. los secuestres deben obtener licencia expedida por la autoridad competente; c. la licencia se debe renovar cada cinco años; d. deben constituir garantía de cumplimiento de sus funciones a favor del Consejo; e. se dispuso que la lista de auxiliares es obligatoria para los magistrados, jueces e inspectores.

Lo anterior con el fin de profesionalizar la actividad de los auxiliares de la justicia, y como consecuencia, garantizar al juez y a las partes el cumplimiento y eficacia de la labor de los auxiliares de la justicia. La inquietud que se presenta es cuándo y cómo el Consejo Superior de la Judicatura expedirá el reglamento, y cuál autoridad expide la licencia.

2. Adicionó el artículo 10º del Código de Procedimiento Civil, respecto a la designación y calidades de los secuestres. Dispuso que en las cabeceras de distrito judicial y ciudades de más de 200.000 habitantes solamente podrán designar como secuestres personas jurídicas o naturales que obtengan licencia expedida por autoridad competente, previa reglamentación del Consejo Superior de la Judicatura, previa constitución de garantía de cumplimiento a favor del Consejo.

3. Introdujo un inciso al artículo 388 del C. P. C., disponiendo que los honorarios del curador ad litem se consignarán a órdenes del despacho judicial, que autorizará su pago al momento de la terminación del proceso o al momento en que comparezca la parte representada por él.

4. Introdujo un nuevo artículo 9º, mediante el cual se fijan las causales de exclusión de la lista e imposición de multas hasta de diez salarios mínimos legales mensuales a los auxiliares de la justicia que incurran en cualquiera de los siguientes eventos:

a. A quienes por sentencia ejecutoriada hayan sido condenados por la comisión de delitos contra la administración de justicia.

b. A quienes hayan rendido dictamen pericial contra el cual hubieren prosperado objeciones por dolo, error grave o cohecho.

c. A quienes como secuestres, liquidadores o curadores con administración de bienes, no hayan rendido oportunamente cuenta de su gestión, o cubierto el saldo a su cargo, o reintegrado los bienes que les confiaron o los hayan utilizado en provecho propio o de terceros, o se les halle responsables de administración negligente.

d. A quienes no hayan cumplido a cabalidad con el encargo de curador ad litem.

e. A las personas a las cuales se les haya suspendido o cancelado la matrícula o licencia.

f. A quienes hayan entrado a ejercer un cargo oficial mediante situación legal o reglamentaria.

g. A quienes hayan fallecido o se incapaciten física o mentalmente.

h. A quienes se ausenten definitivamente del respectivo territorio jurisdiccional.

i. A quienes sin causa justificada no aceptaren o no ejercieren el cargo de auxiliar o colaborador de la justicia para el que fueron designados.

j. Al auxiliar de la justicia que haya convenido honorarios con las partes o haya solicitado o recibido pago de ellas con anterioridad a la fijación judicial o por encima del valor de ésta.

k. A quienes siendo servidores públicos hubieren sido destituidos por sanciones disciplinarias.

La exclusión y la imposición de multas se resolverá mediante incidente, el cual se iniciara por el juez de oficio o a petición de parte, dentro de los diez días siguientes a la ocurrencia del hecho que origina la exclusión o de su conocimiento.

B. RESPECTO DE LAS PRUEBAS

DISPUSO EL ARTÍCULO 10° de la Ley 446 de 1998 las siguientes adiciones.

1. Solicitud, aportación y practica de pruebas. Además de las disposiciones generales, cualquiera de las partes, en las oportunidades procesales para solicitar pruebas (arts. 183 y 184 C. P. C.), podrá presentar experticios emitidos por instituciones o profesionales especializados. De existir contradicción entre varios de ellos, el juez procederá a decretar el peritazgo correspondiente.

2. Los documentos privados de contenido declarativo emanados de terceros (art. 277 C. P. C.) se apreciarán por el juez sin necesidad de ratificar su contenido, salvo que la parte contraria solicite su ratificación.

3. Las partes y los testigos que rindan la declaración podrán presentar documentos relacionados con los hechos sobre los cuales declaran, los cuales se agregarán al expediente y se darán en traslado común por tres días a las partes.

4. Las personas naturales o jurídicas sometidas a la vigilancia estatal podrán presentar informes en la forma establecida en el artículo 278 del C. de P. C.

5. Autenticidad de documentos. En todos los procesos, los documentos privados presentados por las partes para ser incorporados a un expediente judicial con fines probatorios, se reputarán auténticos, sin necesidad de presentación personal ni autenticación. Sin perjuicio de lo dispuesto en relación con los documentos emanados de terceros.

6. Título ejecutivo. Se presumirán auténticos los documentos que reúnan los requisitos del artículo 488 del C. de P. C., cuando de ellos se pretenda derivar título ejecutivo, lo que significa que el demandado debe cuestionar la autenticidad del documento a través de la tacha y, como consecuencia, se elimina la diligencia previa de citación para reconocimiento del documento (art. 489 C. P. C.).

7. Memoriales y poderes. Los memoriales presentados para que hagan parte del expediente se presumirán auténticos, salvo aquellos que impliquen o comporten disposición del derecho en litigio y los poderes otorgados a los apoderados judiciales que requerirán de presentación personal o autenticación.

C. DISPOSICIÓN ESPECIAL

1. El artículo 15 dispuso que los posesorios especiales (arts. 986 y ss. C. C.) y las acciones populares se tramitarán mediante el procedimiento abreviado, en dos instancias, y el juez podrá practicar cualquier medida cautelar tendiente a proteger los derechos amenazados.

2. De la eficacia en la justicia

a. Valoración del daño. Dentro de cualquier proceso que se surta ante la administración de justicia, la valoración de daños irrogados a las personas y a las

cosas atenderá los principios de reparación integral y equidad y observará los criterios técnicos actuariales.

b. Se le asigna al Consejo Superior de la Judicatura a través de su sala administrativa, la vigilancia y cumplimiento de los términos procesales por parte de las autoridades dedicadas a la administración de justicia. Se ordena, igualmente, dar estricto cumplimiento al último inciso del artículo 124 del C. de P. C.

c. Se reafirma la obligatoriedad para los jueces de dictar las sentencias en el mismo orden en que haya pasado el expediente al despacho para tal fin sin que dicho orden pueda alterarse, salvo en los casos de sentencia anticipada o de prelación legal.

d. Perención. Dispuso que en materia civil, una vez cumplidas las condiciones del artículo 346 del C. de P. C., el juez, aun de oficio, podrá decretar la perención del proceso o de la actuación, aunque no hayan sido notificados del auto admisorio todos los demandados o citados. También cuando la actuación esté a cargo de ambas partes.

Respecto a la perención se introdujeron tres grandes precisiones. Primero, si el proceso permanece inactivo por más de seis meses el juez de oficio podrá decretar la perención del proceso; en segundo lugar, no requiere que estén todos los demandados notificados del auto admisorio de la demanda, basta que por lo menos uno se encuentre notificado; y tercero, la perención opera también en caso de que el proceso se encuentre inactivo por más de seis meses por culpa de las dos partes.

Prevé también la perención de la actuación que se presentara cuando, existiendo una demanda admitida, el demandante, por negligencia, no suministra los medios para notificar al demandado y el expediente permanece inactivo por más de seis meses; en este evento no existe proceso, por cuanto no se ha trabado la relación jurídico procesal, pero sí existe una actuación judicial que puede terminar por perención decretada de oficio por el juez; además, en todos los eventos en que no se afecte directamente el proceso, pero sí exista alguna actuación a cargo de las partes, ésta puede terminar por perención. Al introducir la perención de la actuación se faculta al juez para dar por terminadas las actuaciones judiciales por inactividad de la parte interesada por más de seis meses, impidiendo de esta forma la acumulación de expedientes en los despachos judiciales.

e. Sentencia anticipada. Precisó el contenido del artículo 57 del Decreto 2651 de 1991, al disponer que las partes de común acuerdo podrán solicitar al juez, antes de precluir el término en oportunidad probatoria y sin perjuicio de la facultad oficiosa de éste para decretar y practicar pruebas, que falle el proceso en el estado en que se encuentre.

Dicha solicitud supone el desistimiento de los traslados, recursos, incidentes, trámites especiales que los sustituyan y en general de cualquier petición pendiente en esa fecha. El juez podrá rechazar la petición mediante providencia motivada.

f. Expedición de copias por la Oficina de Archivo General de la Rama Judicial. Se autoriza a los funcionarios del nivel directivo de la oficina de Archivo General de la rama judicial para expedir copias auténticas o informales, totales o parciales, y certificaciones, de los expedientes bajo su custodia las cuales se podrán hacer valer ante cualquier autoridad para los fines pertinentes, excepto para servir de título ejecutivo. Igualmente los faculta para hacer desglose de documentos.

h. Multas. Sin perjuicio sobre temeridad, mala fe y condena en costas, ni de lo establecido en el artículo 60 de la Ley 270 de 1996, en todos los procesos

judiciales el juez, magistrado o sala de conocimiento, previa garantía al derecho de defensa, impondrá al abogado de la parte respectiva una multa hasta de 50 salarios mínimos legales mensuales en los siguientes casos:

- Cuando se obstruya, por acción u omisión, la práctica de pruebas.
- Cuando por cualquier otro medio se entorpezca el desarrollo normal del proceso.

Contra la providencia que imponga la multa procederá el recurso de reposición. El juez deberá enviar copia auténtica de la misma al Consejo Seccional de la Judicatura o a la Sala Disciplinaria del Consejo Superior, para efectos de la iniciación de la acción disciplinaria cuando hubiere lugar.

i. Notificaciones de las entidades públicas. El auto admisorio de la demanda se debe notificar personalmente a sus representantes legales o a quienes éstos hayan delegado. Sin embargo, cuando estas personas no se encontraren o no pudieren, por cualquier motivo, recibir la notificación, ésta se practicará mediante entrega que el notificador haga al empleado que lo reciba de copia auténtica de la demanda y sus anexos, del auto admisorio y del aviso.

En los asuntos del orden nacional que se tramiten en lugar diferente al de la entidad demandada, la notificación a los representantes legales debe hacerse por conducto del correspondiente funcionario de mayor categoría de la entidad demandada que desempeñe funciones a nivel seccional, o en su defecto, por medio del gobernador o del alcalde correspondiente, quien deberá, el día siguiente de la notificación, comunicarle lo ocurrido al representante de la entidad. La notificación se entenderá surtida después de cinco días de la correspondiente diligencia.

j. Liquidación de créditos. El artículo 25 adicionó el artículo 521 del C de P. C., con el siguiente parágrafo: «En los procesos civiles y tratándose de liquidación de créditos, si el demandante o el demandado cuando esté asistido de apoderado judicial, no la presenta dentro del término señalado en el artículo 521, no podrá objetar la liquidación realizada por el secretario». Con esta disposición se sanciona, en cierta forma, la negligencia de los apoderados.

D. DE LA EFICACIA EN MATERIA DE FAMILIA

1. Competencia especial de los jueces de familia. Dispuso en su artículo 26 que la competencia de los jueces de familia, para efectos del numeral 12 del parágrafo del artículo 5º del Decreto 2272 de 1989, solamente comprende:

a. Los tipos de procesos declarativos sobre derechos sucesorales, cuando versen exclusivamente sobre:

- Nulidad y validez del testamento.
- Reforma del testamento.
- Desheredamiento
- Indignidad o incapacidad para suceder.
- Petición de herencia.
- Reivindicación por el heredero sobre cosas hereditarias.
- Controversias sobre derechos a la sucesión por testamento o ab intestato o por incapacidad de los asignatarios.

b. Los tipos de procesos declarativos sobre el régimen económico del matrimonio, cuando versen exclusivamente sobre los siguientes aspectos:

- Rescisión de la partición por lesión y nulidad de la misma.
- Acciones relativas que resulten de la caducidad, inexistencia o nulidad de las capitulaciones matrimoniales.
- Revocación de la donación por causa del matrimonio.
- El litigio sobre la propiedad de los bienes, cuando se discuta si éstos son propios de uno de los cónyuges o si pertenecen a la sociedad conyugal.
- Controversia sobre la subrogación de bienes o las compensaciones respecto de los cónyuges y a cargo de la sociedad conyugal, o a favor de ésta o a cargo de aquellos en caso de disolución y liquidación de la sociedad conyugal.

Dichos jueces también conocen de los procesos sobre declaración, disolución y liquidación de sociedad patrimonial surgida de la unión marital de hecho.

Respecto de los procesos mencionados se dará aplicación, si fuere el caso, al numeral 15 del artículo 23 del C. de P. C.

En los asuntos de familia, al obligado a suministrar alimentos se le considerarán sus otras obligaciones alimentarias, legales y sus ingresos reales para la tasación.

2. Dispuso en su artículo 27: «En los procesos de divorcio, cesación de efectos civiles de matrimonio religioso, separación de cuerpos o de bienes por mutuo consentimiento, se adelantarán por el trámite de jurisdicción voluntaria sin perjuicio de las atribuciones conferidas a los notarios». Con esta disposición se derogó el artículo 9º de la Ley 25 de 1992, respecto del acuerdo frente a las obligaciones con los hijos menores y la ratificación de dicho acuerdo dentro del proceso.

Con esta norma se desconocen los derechos de los hijos menores y se congestionan las entidades encargadas de regular las obligaciones entre padres e hijos: por cuanto si no se llega a un acuerdo respecto de éstos se debe intentar dicha regulación a través de los procedimientos establecidos por las normas y dentro de un proceso diferente. Para evitar estos inconvenientes, en mi concepto, se debe regular en la demanda de divorcio, cesación de efectos civiles, separación de cuerpos y de bienes de mutuo acuerdo, todo lo relacionado con los hijos menores de edad.

3. Dispuso en su artículo 28: «En los procesos de divorcio, cesación de efectos civiles de matrimonio religiosos, separación de cuerpos o de bienes y en los demás procesos de familia sometidos a su conocimiento que se hubieren iniciado como contenciosos el juez dictará sentencia de plano si las partes llegan a un acuerdo, siempre que éste se encuentre ajustado al derecho sustancial».

Con esta disposición se elimina de una vez por todas la posición de ciertos jueces de familia que no adecuaban el trámite cuando en el proceso iniciado en forma disputada las partes conciliaban en la audiencia de conciliación y no daban por terminado el proceso, sino que exigían a las partes presentar la demanda de mutuo acuerdo, creando mayores inconvenientes y congestionando los despachos judiciales.

4. De los procesos ejecutivos. Los jueces de familia podrán conocer de los procesos ejecutivos que estén encaminados a hacer efectiva las condenas impuestas por la jurisdicción de familia, y aquellas dirigidas a la ejecución de los acuerdos, resultado de las conciliaciones en materia de familia.

II. DE LA CONCILIACIÓN EN MATERIA CIVIL Y DE FAMILIA

A. NORMAS GENERALES

1. Define la conciliación como un mecanismo de resolución de conflictos a través del cual, dos o más personas gestionan, por sí mismas, la solución de sus diferencias, con la ayuda de un tercero neutral y calificado, denominado conciliador.

2. Dispone que serán conciliables todos los asuntos susceptibles de transacción, desistimiento y aquellos que expresamente determine la ley.

3. Reafirma que el acuerdo conciliatorio hace tránsito a cosa juzgada y el acta de conciliación presta mérito ejecutivo.

4. Clasifica la conciliación en judicial y extrajudicial; esta última la clasifica a su vez en: institucional, cuando se realiza ante un centro de conciliación privado; administrativa, cuando se realiza ante autoridades administrativas en cumplimiento de sus funciones conciliatorias (defensores de familia, comisarios de familia); y en equidad, cuando se realiza ante conciliadores en equidad; y en derecho cuando se realiza ante un abogado titulado, salvo cuando el conciliador es miembro de un consultorio jurídico.

B. CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL

1. Conciliación sobre inmueble arrendado. Los centros de conciliación podrán solicitar a la autoridad judicial que comisione a los inspectores de policía para realizar la diligencia de entrega de un bien arrendado, cuando exista incumplimiento de un acta de conciliación, con un acta al respecto.

Esta norma es muy importante, ya que permite al arrendador y arrendatario, mediante conciliación, dar por terminado el contrato y fijar la fecha de la devolución del inmueble; en caso de incumplimiento respecto de la entrega del bien, el arrendador, previa acta de conciliación fracasada, solicita al centro de conciliación que pida al juez competente que libre despacho comisario a la autoridad de policía para que realice la diligencia de entrega.

2. Modifica el inciso 2º del artículo 75 de la Ley 23 de 1991, al disponer que la conciliación prevista en materia laboral, de familia, civil, contencioso administrativo, comercial, agraria y de policía podrá suplirse válidamente ante un centro de conciliación autorizado o ante el funcionario público que conoce del asunto en cuestión, cuando éste no sea parte.

3. Crea un nuevo artículo (79.A) disponiendo que si alguna de las partes no comparece a la audiencia a la que fue citada, se señalará fecha para una nueva audiencia. Si el citante o citado no comparecen a la segunda audiencia de conciliación y no justifican su inasistencia, 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. El conciliador expedirá al interesado la constancia de imposibilidad de conciliación.

La disposición no se aplica en materia laboral, de policía y de familia.

4. De la conciliación administrativa en materia de familia (art. 88).

a. Procedibilidad. La conciliación deberá intentarse previamente a la iniciación del proceso judicial ante el juez de familia, el defensor de familia, el comisario de familia o, en su defecto ante el juez promiscuo municipal de acuerdo con lo establecido en el capítulo I del presente título.

La norma en mención ha creado a nivel judicial y de los abogados interesados en adelantar acciones de familia gran incertidumbre, por la manera como quedó redactada; al respecto existen comentarios adversos debido a que se exige la conciliación pre procesal ya ante el juez de familia, comisario de familia, defensor de familia o juez promiscuo municipal, creando congestión en dichas entidades; se desconoce así la finalidad misma de la norma, que no es otra que la descongestión de los despachos judiciales; en este evento lo que ocurre, por el contrario, es el traslado de la congestión, creando un gran problema respecto de los interesados en adelantar los procesos judiciales; en efecto, éstos se ven obligados a solicitar el trámite conciliatorio, el cual es muy demorado debido al cúmulo de solicitudes y a la falta de estructura y personal dedicado a dicha labor. Además, la conciliación previa al proceso sólo se puede exigir en aquellos casos en que el asunto pueda solucionarse por este medio y no, como lo interpretan muchos, en todos los asuntos de familia, por cuanto la ley debe cumplir la función para la cual fue creada y para lograrlo el juez o el abogado, en su caso, la debe aplicar integralmente; es decir, adelantar el trámite conciliatorio solo en los asuntos que admitan transacción, desistiendo en aquellos que expresamente determine la ley. Por ello la conciliación previa al proceso solo será procedente en los asuntos enunciados en los artículos 277 del Decreto 2737 de 1989, 47 de la Ley 23 de 1991 y 30 del Decreto 1818 de 1998.

Por lo anterior, no admitirían conciliación extrajudicial los asuntos referentes al estado civil de las personas, los divorcios, y, en mi concepto, la declaración de sociedad patrimonial entre compañeros permanentes; los primeros, porque por su naturaleza no admiten transacción; y los segundos, por cuanto la ley no permite la conciliación pre procesal y los funcionarios de bienestar familiar, comisarios y centros de conciliación no tienen competencia para adelantar la conciliación en dichos asuntos (arts. 47 Ley 23 de 1991, 277 Decreto 2737, Ley 25 de 1992, Decreto 1818 de 1998 y Ley 24 de 1990).

La expresión “La conciliación deberá intentarse previamente a la iniciación del proceso judicial” ha conducido a dos posiciones bien definidas: los que consideran que a la demanda se debe anexar la copia del acta de conciliación fracasada expedida por el conciliador, y los que consideran que la conciliación preprocesal se puede solicitar dentro de la demanda respectiva como diligencia previa.

Los que defienden la primera tesis la sustentan en que el proceso surge desde la presentación de la demanda y, por lo mismo, se debe demostrar al juez que se intentó previamente la conciliación; esta tesis presenta los siguientes inconvenientes prácticos:

a. Se obliga a la parte interesada en demandar a intentar el trámite conciliatorio en cualquier centro de conciliación, sin tener en cuenta que en muchos casos se desconoce el domicilio y paradero del citado;

b. En caso de solicitud de medidas cautelares de contenido patrimonial, éstas no se pueden practicar en la etapa conciliatoria, lo que daría lugar a que el eventual demandado distraiga los bienes y de esa forma se insolvente;

c. En los asuntos que no admitan conciliación preprocesal (divorcios) aunque las partes acudan y estén de acuerdo no podrán solucionar su problema por incompetencia del funcionario.

Quienes defendemos la segunda tesis afirmamos, de acuerdo con las normas de derecho procesal, que el proceso sólo nace a la vida jurídica cuando se integra

la relación jurídico procesal, es decir, desde el momento en que se le notifica al demandado el auto admisorio de la demanda, pues mientras esto no sucede nos encontramos frente a una actuación judicial, y como la Ley 446 de 1998 asigna al juez competencia para adelantar la conciliación prejudicial, válidamente con la presentación de la demanda se puede solicitar que previamente a proferir auto admisorio se cite a las partes a conciliación; esta tesis presenta las siguientes ventajas prácticas:

a. Se gana tiempo y se agilizan las actuaciones judiciales, por cuanto el juez, al darle trámite a la solicitud, cita a las partes a conciliación, y si éstas acuden a la audiencia y llegan a un acuerdo el asunto termina por conciliación; si no llegan a un acuerdo, inmediatamente el juez se pronunciará sobre la demanda y le dará el trámite correspondiente;

b. El juez de familia tiene competencia para adelantar conciliaciones en todos los asuntos que admitan transacción o desistimiento y que no estén sujetos a las limitaciones de los defensores de familia, comisarios, jueces promiscuos municipales y centros de conciliación institucionales;

c. Respecto de las medidas cautelares de contenido patrimonial, fracasada la conciliación el juez, inmediatamente, si se cumplen los requisitos de ley, decretará y ordenará su práctica, haciendo más difícil al demandado la distracción de los bienes.

Igualmente, la tesis expuesta permite que el juez admita la demanda, y si se solicita la práctica de medidas cautelares, decretarlas y practicarlas y, antes de notificar el auto admisorio al demandado, fijar fecha y hora para llevar a cabo la audiencia de procedibilidad consagrada en el artículo 88 de la Ley 446 de 1998; en este evento se citará a las partes mediante telegrama. Si las partes no concurren se dejará constancia en el expediente y se evacuará de esta manera dicha diligencia; si las partes concurren y no llegan a un acuerdo la actuación continuará su curso normal; y si llegan a un acuerdo parcial la actuación continuará por la parte no conciliada, mientras que si concilian la totalidad de sus divergencias la actuación judicial terminará por conciliación.

Adoptando esta tesis se logra cumplir eficazmente los objetivos de la ley y de paso se protegen los intereses económicos y personales del demandante, por cuanto no existe ninguna posibilidad para el demandado de distraer los bienes seguidos dentro del proceso.

Además, se gana tiempo, pues al fracasar la conciliación pre-procesal ya está admitida la demanda y se procede a notificar el auto admisorio para que el demandado se pronuncie al respecto, continuando el proceso su curso normal.

b. Amplía la competencia de los funcionarios mencionados en el numeral anterior para conciliar en los asuntos relacionados en el numeral 4 del artículo 277 del Código del Menor y el artículo 47 de la Ley 23 de 1991.

Dispone el Decreto 1818 de 1998 en su artículo 30 que podrá intentarse previamente a la iniciación del proceso, o durante el trámite de éste, la conciliación ante el defensor de familia competente, en los siguientes asuntos: la suspensión de la vida en común de los conyuges; en custodia y el cuidado personal, las visitas y la protección legal de los menores, o los alimentos; la separación de cuerpos, de bienes, la liquidación de sociedad conyugal y las controversias sobre el régimen económico del matrimonio y los derechos sucesorales.

c. Medidas provisionales. Si fuere urgente, el juez de familia, el defensor de familia y los comisarios de familia, podrían adoptar hasta por 30 días, en caso de

riesgo o violencia familiar, o de amenaza o violación de los derechos fundamentales constitucionales de sus integrantes, las medidas cautelares previstas en la ley y que considere necesarias, las cuales para su mantenimiento deberán ser refrendadas por el juez de familia.

Si quien adelanta el trámite conciliatorio es un centro de conciliación, podrá solicitar al juez competente la toma de las medidas señaladas en el presente artículo.

Las medidas provisionales que debe adoptar el funcionario conciliador son las previstas en el artículo 5° de la Ley 294 de 1996 (violencia intrafamiliar), las cuales deberán ser refrendadas por el juez de familia competente, creando una nueva carga para el juez, por cuanto se debe pronunciar rápidamente sobre la medida adoptada por el conciliador, sin tener un efecto práctico y, por el contrario, con la introducción de incertidumbre y más trabas a la labor conciliadora prejudicial. Respecto de las medidas cautelares de carácter patrimonial las normas relacionadas no dicen nada; por ello, la conciliación prejudicial para ciertos asuntos permitirá al citado obrar de mala fe y distraer los bienes objeto de una posible afectación dentro del proceso judicial posterior.

En tratándose de conciliación respecto del cumplimiento de la obligación alimentaria para menores, el funcionario conciliador podrá adoptar las siguientes medidas cautelares:

a. Ordenar al respectivo pagador o empleador (cuando el citado es asalariado) descontar y consignar a órdenes del despacho hasta el 50% del salario mensual que devenga y de las prestaciones sociales;

b. Acudir ante el juez de familia competente para que proceda a la práctica del embargo y secuestro de los bienes muebles o inmuebles de propiedad del obligado a suministrar alimentos, y

c. Dar aviso a las autoridades de emigración, para que se impida la salida del país al obligado a suministrar alimentos sin prestar garantía suficiente de cumplir dicha obligación. Estas medidas no las pueden adoptar los conciliadores institucionales. Dichas medidas se mantendrán hasta la iniciación del proceso, y durante el curso del mismo si no son modificadas por el juez, siempre que el proceso se promueva dentro de los tres meses siguientes a la fecha de la audiencia. De lo contrario cesarán sus efectos.

C. CONCILIACIÓN JUDICIAL

1. Oportunidad

En los procesos en que no se haya proferido sentencia de primera o única instancia, y que versen total o parcialmente sobre materias susceptibles de conciliación, habrá por lo menos una oportunidad de conciliación, aun cuando se encuentre concluida la etapa probatoria.

Para tal fin, de oficio o a solicitud de parte se citará a una audiencia en la cual el juez instará a las partes para que concilien sus diferencias; y si no lo hicieren, deberá proponer fórmula que estime justa, sin que ello implique prejuzgamiento. Si las partes llegan a un acuerdo el juez lo aprobará, si lo encuentra conforme a la ley, mediante su suscripción en el acta de conciliación.

Si la conciliación recae sobre la totalidad del litigio, el juez dictará un auto declarando terminado el proceso; en caso contrario, el proceso continuará respecto de lo no conciliado.

2. La conciliación judicial en materia civil

a. Procesos de ejecución. En los procesos de ejecución la audiencia de conciliación deberá surtirse cuando se presenten excepciones de mérito y tendrá lugar una vez vencido el traslado de las excepciones (arts. 510 y 595 C. P. C.).

El proceso terminará cuando se cumpla la obligación tal como quedó conciliado dentro del término acordado, y se dará aplicación al artículo 537 del C. de P. C. (terminación del proceso por pago). En caso de incumplimiento de lo conciliado, el proceso continuará respecto del título ejecutivo inicial.

b. *Sanciones por inasistencia.* La inasistencia injustificada a la audiencia de conciliación judicial prevista en la ley o a la contemplada en el artículo 101 del C. de P. C. tendrá, además de las consecuencias indicadas en el citado artículo, las siguientes consecuencias:

– Si se trata de demandante, se producirán los efectos señalados en el artículo 346 del C. de P. C. (perención del proceso), los cuales decretará el juez, de oficio o a petición de parte.

– Si se trata de excepciones en el proceso ejecutivo, el juez declarará desiertas todas las excepciones de mérito propuestas por él.

– Si se trata del ejecutante, se tendrán por ciertos los fundamentos de hecho susceptibles de confesión en que se funden las excepciones de mérito.

– Si se trata de demandado, se tendrán por ciertos los hechos susceptibles de confesión contenidos en la demanda, y además el juez declarará desiertas las excepciones de prescripción, compensación y nulidad relativa, si las hubiere propuesto.

– Si se trata de alguno de los litisconsortes necesarios, se le impondrá multa, hasta de 10 salarios mínimos legales mensuales, a favor del Consejo Superior de la Judicatura.

Son causales de justificación de la inasistencia:

Las previstas en los artículos 101 y 168 del C. de P. C., y

La fuerza mayor y el caso fortuito, que deberán acreditarse al menos sumariamente dentro de los cinco días siguientes.

El auto que resuelva sobre la justificación o que imponga una sanción es apelable en el efecto diferido.

La conciliación judicial merece los siguientes comentarios:

En primer lugar, se mantuvo la estructura consagrada en el artículo 101 del C. de P. C. para los procesos ordinarios y abreviados; además, la obligatoriedad para el juez de intentar la conciliación en la audiencia de trámite dentro de los procesos verbales y verbales sumarios; en segundo lugar, la no comparecencia de las partes a la audiencia de conciliación, sin justificación alguna, determinará que el juez declare fracasada la conciliación; deberá decidir las excepciones previas pendientes y adoptará las medidas de saneamiento y, en mi concepto, deberá imponer a las partes y sus apoderados las sanciones pecuniarias fijadas en la ley; en los procesos verbales, el juez declarará fracasada la conciliación, decidirá sobre las excepciones previas propuestas, adoptará las medidas de saneamiento y practicará las pruebas solicitadas en la demanda y su contestación, e incluso correrá traslado para alegar; si le fuere posible, proferirá así mismo la sentencia correspondiente; en tercer lugar, cualquiera de las partes, antes de la hora señalada para la audiencia, podrá solicitar aplazamiento de la diligencia, presentando prueba sumaria de una justa causa para no comparecer, y el juez deberá señalar nueva fecha para celebrarla, sin que pueda haber otro aplazamiento.

Cuando en la segunda oportunidad se presente prueba de que existe fuerza mayor o caso fortuito para que una de las partes no pueda comparecer en la nueva fecha, o de que se encuentra domiciliada en el exterior, ésta se celebrará con su apoderado, quien tendrá facultad para conciliar, admitir hechos y desistir.

En cuarto lugar, si una de las partes no concurre a la audiencia y no justifica su inasistencia en los términos del artículo 103 de la Ley 446 de 1998, se hará acreedor a las sanciones fijadas en la misma norma; en quinto lugar, si comparecen las partes a la audiencia, el juez deberá dirigir personalmente la conciliación, informándoles la finalidad de la misma, asegurando su imparcialidad y proponiendo fórmulas de avenimiento en caso de que las partes no tengan fórmulas de arreglo; en esta etapa puede que se concilie la totalidad del litigio, caso en el cual el juez, mediante providencia, decretará la terminación del proceso; o puede que exista conciliación parcial: en este evento, el juez aprobará el acuerdo parcial y el proceso continuará por lo no conciliado, en caso de fracaso total de la conciliación, el juez dejará constancia y el proceso continuará su curso normal. La norma no habla de la posibilidad de suspensión de la audiencia cuando en ésta las partes no llegan a un acuerdo conciliatorio; en este evento, creo que sí existen los fundamentos necesarios para lograr el acuerdo; el juez, con base en los poderes y deberes que le confiere la ley, podrá suspender la audiencia y de esta forma permitir a las partes el arreglo que solucione la totalidad del litigio, logrando de esta forma la finalidad de la ley.

BIBLIOGRAFÍA

DECRETO 2737 de 1989, Ley 23 de 1991, Ley 25 de 1992, Ley 446 de 1998, Decreto 1818 de 1998, en *Código de Procedimiento Civil*, Bogotá, Edit. Legis, 1998.