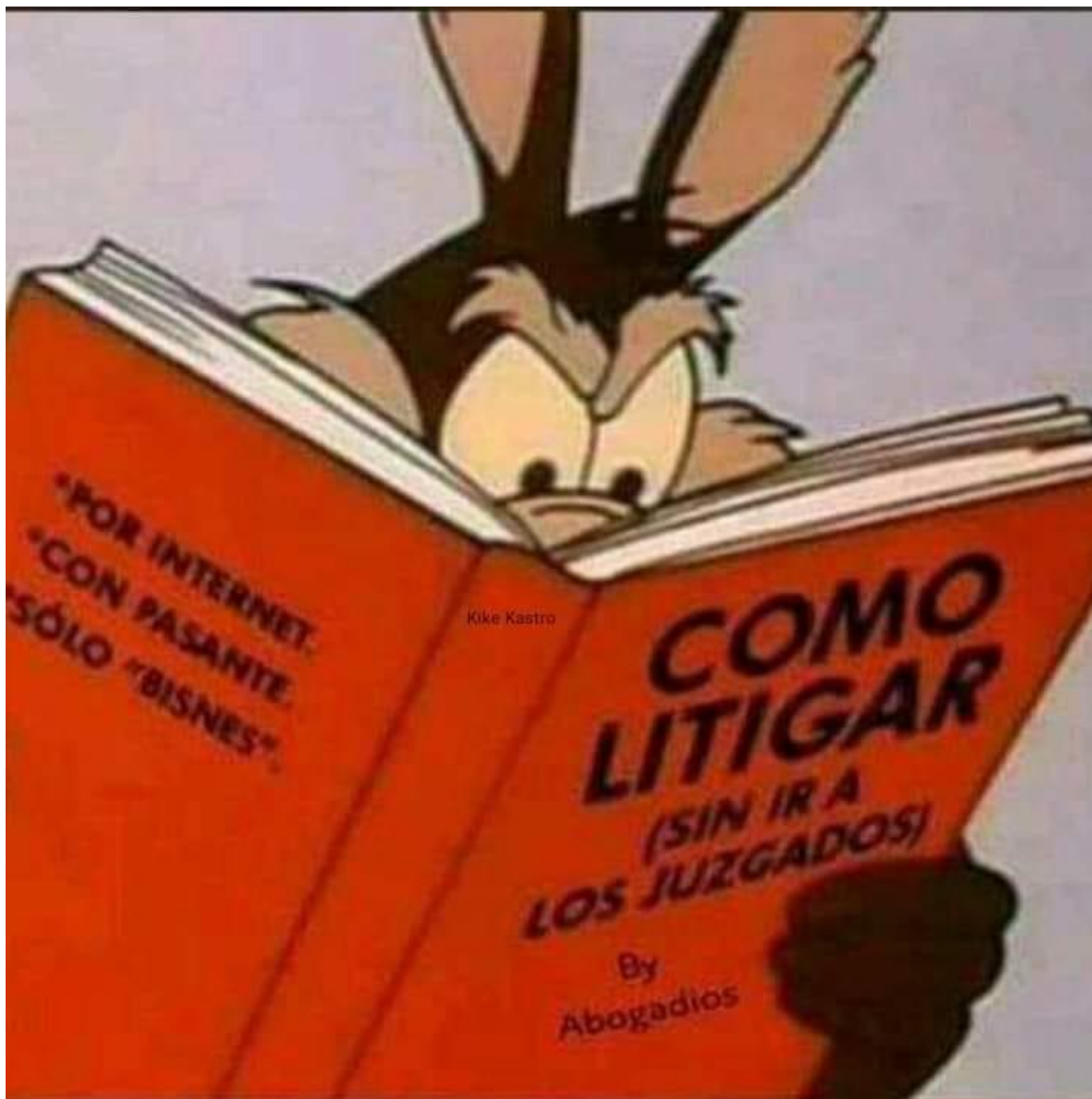


¿CÓMO LITIGAR SIN IR A LOS JUZGADOS?

Imagen que aparece en las redes sociales de donde se toma el título.



Sencillo, acuda a la TRANSACCIÓN, llame al abogado de las contrapartes, siéntense con él, debata los argumentos fácticos y de derecho, de parte y parte, sean sus propios jueces, esto es ético, objetivo y concreto, además viable, ahora que el Código General del Proceso privilegia el Perito de Parte aproximándose al Perito Consultor como mediador de los conflictos entre empresas, esta con las personas y entre ellas, para la resolución de conflictos, siendo las partes sus propios

jueces que acogen la propuesta del Perito Consultor que como mediador propone soluciones (diferente al conciliador en derecho que son las partes que llegan a la solución), criterio que hemos expuesto desde año 2015 en los tres tomos de Derecho de Daños y con los libros siguientes cada año, hasta el año actual, año 2020, LA PRUEBA PERICIAL (todos con LEYER), descongestionado a la justicia e imponiendo un nuevo rol al litigante de conciliador, facilitando la mediación y hacer de ella una verdadera disciplina y herramienta de trabajo, obligado a la relación interdisciplinaria para no salir del mercado. Muy viable con el arreglo directo por medio de la transacción.

La transacción está inspirada en un conflicto que se quiere resolver sin la presencia de un juez, de forma definitiva y vinculante.

“Este detalle hará al mundo jurídico del país, al fin, interesante”

En la transacción se entiende completamente que se pueda predicar la ejecución, dado que están contenida en un título ejecutivo toda vez que contiene obligaciones claras, expresas y exigibles, y por tanto está llamado a ser ejecutado por la vía de un proceso judicial. Figura jurídica que analizamos a continuación las características, los requisitos y elementos de la transacción, la transacción tiene mérito ejecutivo, la transacción produce el efecto de cosa juzgada en última instancia, la nulidad y rescisión de la transacción, clases y objeto de la transacción.

Es indudable que uno de los factores determinantes para que la mediación entrara en la vida de nuestra sociedad, como parte integrante del enorme espectro que conforma la administración de justicia, ha sido la crisis de nuestro sistema judicial; surgiendo los Métodos alternativos de solución de conflictos en donde la diferencia está determinada por la celeridad e informalidad en el procedimiento, los bajos costos económicos y la confidencialidad de todo lo que en ella se hable, discuta o acuerde; puesto que *“la inmensa mayoría de los conflictos se resuelven extrajudicialmente: en la realidad social, las partes hacen y soportan casi todo antes de verse abocadas a la maldición de un litigio judicial”*¹.

Es decir, la posibilidad, en ciertos casos, de encontrar una solución consensuada, rápida, ágil y de efectos duraderos que libere a los jueces de aquellas causas que pueden hallar una adecuada conclusión fuera del ámbito judicial propiamente dicho.

1. *“Ese juez acabará haciendo lo que a él le dé la gana”*

Hago mías la expresión del español Juan García Amado: *“ese juez acabará haciendo lo que a él le dé la gana”* tomado de:

¹ Pablo Salvador Coderch, “ABC de la transacción”, InDret 04/2002

“Si lo que andamos añorando es un juez que pueda decir sobre mi caso o sobre el de Uds. cualquier cosa y que se justifique diciendo que es que le habló el espíritu santo o que se le apareció el arcángel San Gabriel y le dictó la respuesta correcta o que ponderó con una balanza que él tiene en casa y que sólo él sabe manejar o que le dictó el contenido del fallo el espíritu del legislador mediante un hábil manejo de la guija, etc. Si queremos jueces que se consideren delegados del más allá, representantes del orbe divino, hechiceros, chamanes, espiritistas., etc.

Yo modestamente, y se lo digo nada más a título de sencillo amigo español, yo preferiría que mi caso se resolviera lanzando una moneda a cara o cruz porque al menos la moneda es imparcial, mientras que ese juez que dice que ponderó, que escuchó la voz del legislador, que tiene acceso a los verdaderos contenidos morales, que conoce desde dentro e íntimamente y que cada día se roza de cerca con los supremos principios constitucionales, etc.

Como digo, ese juez a mí me inspira menos confianza que la pobre moneda, porque **ese juez acabará haciendo lo que a él le dé la gana** y le echará la culpa a la constitución o le echará la culpa al derecho, mientras que la pobre moneda es víctima del azar”².

2. El precedente judicial y la tutela

Sobre el precedente judicial el doctor Jaime Arrubla, expresidente de la Corte Suprema de Justicia, opina que no es buena idea que los jueces sigan a rajatabla los fallos de las altas cortes, porque “*eso solo confunde las cosas. El embeleco del precedente ni siquiera semánticamente es correcto para nuestro sistema jurídico, que no es de precedente judicial, ..., todo el mundo sabe que los jueces son autónomos de apartarse de la jurisprudencia si lo hacen razonadamente*”³, pero jamás de los hechos dado que en los procesos judiciales solo se puede probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que se persigue, todo lo demás es ajeno al debate probatorio (inc. 1 art. 167 y art. 168 del CGP) donde el estado de Derecho exige que el derecho aparezca esencialmente bajo la forma del razonamiento práctico justificativo.

“Con respeto al CGP la jurisprudencia que se viene haciendo en el país se viene haciendo por vía de tutela y no por vía de casación, este es un elemento curioso, porque el elemento o medio adecuado para hacer la jurisprudencia es la casación y está creada para eso precisamente; sin embargo la rapidez de los acontecimientos ha impuesto que sea por vía de tutela que tengamos los

² Fuente de la que se ha extraído el extracto: El mito de la ponderación en el constitucionalismo actual, 3 de abril de 2020, Sede Colegio de Abogados del Paraguay.

³ Tomado de “Análisis profundo de la reforma a la justicia”, 15 marzo, 2020, artículo publicado por El Nuevo Siglo.

jueces, los tribunales, la cortes, dedicarse a mostrar sus posturas a generar jurisprudencia en sede de tutela y no en sede de casación que sería lo ideal”⁴.

El 30% de los conflictos de la justicia ordinaria (acciones civiles) se resuelven por medio de la tutela (la Corte Constitucional a marzo de 2019 informa que llevo a la tutela número 7 millones), si los jueces decidieran bien la tutela seria inexistente, amén de la segunda instancia y de los recursos.

3. Litigar es aprender a controlar la prueba y con ello los hechos

Como muy bien lo concreta Gianni Egidio Piva Torres: “*Con la prueba se pretende comprobar la realidad de un hecho y con la demostración se persigue fundar la validez de una tesis u opinión*”⁵, y como lo afirma genéricamente Jaime Mans Puigarnau: “*Se prueban los hechos y se demuestran las tesis*”⁶; en otras palabras, el abogado averigua y el juez verifica, siendo la prueba judicial una explicación descriptiva de hechos, toda vez que la aceptabilidad de la premisa fáctica es condición necesaria para alcanzar una correcta subsunción legal; como afirma Taruffo, “*la justificación que sigue rigurosos cánones de racionalidad es más completa, pero también más simple y lineal*”⁷; al respecto en mi libro LA PRUEBA PERICIAL del presente año (año2020) digo:

“Nuestros ordenamientos jurídicos, con una terminología bastante similar entre ellos, suelen remitir como criterios de valoración a las leyes de la lógica, a las máximas de experiencia, a los conocimientos científicos y a las reglas de la sana crítica, conocidos como Sana Crítica, pero sin precisar estos conceptos tan cargados de vaguedad con dificultades prácticas tanto por litigantes como para jueces; de tal manera que nociones como “*hecho*”, “*verdad*” y “*prueba*” han entrado de golpe en las reflexiones de los juristas, es decir la PROBÁTICA⁸ como la relación de los hechos con la prueba de base para la demanda; diferente a la relación pruebas y derecho conocido como el Derecho Probatorio enquistándose en la norma con álgidos debates en su interpretación, a veces, aplicada de manera injusta al desconocer los hechos, puesto que para obtener sentencia favorable deberá acreditar ante el juez la verdad de los hechos en los cuales funda sus pretensiones de Justicia; así, la verdad aparece como previa a la justicia e ineludible al Derecho (...) De otra parte, el desafío más importante para un juez es intentar reconstruir, en la

⁴ Octavio Augusto Tejeiro Duque, Presidente de la Sala Civil de Casación de la Corte Suprema de Justicia, intervención en el “IX Conservatorio Nacional de la Jurisdicción Civil: Modernas Tendencias Jurídicas”. Villavicencio, 17 y 18 de octubre de 2019

⁵ Gianni Egidio Piva Torres. Minina actividad probatoria en el proceso penal. Ed. Leyer, 2020, p. 28

⁶ Mans Puigarnau, Jaime, Lógica para juristas, editorial Bosch, Barcelona. España, 1978, p.

⁷ M.Taruffo, Il vertice ambiguo, Bolonia, Il Mulino, 1991, p.150

⁸Término acuñado por Luis MUÑOZ SABATÉ con su famosa obra, Summa de probática civil. Como probar los hechos en el proceso civil, Wolters Kluwer España, Madrid, 2018

medida de lo posible, los hechos objeto del proceso de la forma más próxima a la verdad; es decir tal y como acontecieron en la realidad. Una sentencia puede hallarse impecablemente bien fundada a través de una correcta interpretación de las normas jurídicas o con una acertada cita de la jurisprudencia; pero si se aparta de la realidad de los hechos será una sentencia injusta”⁹.

Por lo que litigar es aprender a controlar la prueba y con ello los hechos que Andrés BAYTELMAN amplía: “*si los abogados no están preparados, los casos se pierden y se pierden ante los ojos de todo el mundo; si los jueces no están preparados, las injusticias que ello genera se cometen ante los ojos de todo el mundo*”¹⁰; donde el proceso judicial se limita para ganar un juicio a estrategias de litigación, a formas y reglas rígidas; los jueces y tribunales en muchos casos no ofrecen a los ciudadanos una respuesta lo más adecuada posible a los verdaderos intereses que están en juego en la controversia; el derecho va mucho más allá del proceso judicial y, por ende, es capaz de prever respuestas a posibles conflictos e incluso prevenirlos.

4. Los juicios son algo muy importante como para dejarlos solo en manos de los jueces

En mi obra ya referida expreso: “*Tal vez es muy osado, pero estamos convencidos que estos argumentos deben ser respaldados por los abogados litigantes para que la jurisprudencia lo aplique, evitando la injusticia de que las víctimas se queden sin indemnización*”¹¹; pero en realidad los juicios son algo muy importante como para dejarlos solo en manos de los jueces; coyuntura actual que obliga a convertir a los abogados litigantes en “*jueces*” de su propio asunto, pergeñado de ética, honradez y transparencia que los caracteriza bajo los criterios de equidad y justicia que deben imperar para una solución pronta y eficaz al asunto en controversia, con beneficio para todos.

El objetivo del proceso judicial es aplicar el derecho, el objetivo de la prueba es la averiguación de la verdad; la prueba en realidad busca la verdad procesal y no la verdad real. Es más, con la prueba se busca convencer al juez de las circunstancias y los hechos controvertidos (materia civil) y de las circunstancias materia de la infracción y la responsabilidad de la persona procesada (materia penal); y la revelación de los hechos es la justicia.

⁹ Jorge PANTOJA BRAVO, La prueba pericial, tomada del prólogo, ed. Leyer, año 2020

¹⁰ Andrés BAYTELMAN ARONOWSKY – Mauricio DUCE JAIME, Litigación Penal. Juicio Oral y Prueba, Universidad Diego Portales, Chile, 1ª Edición, 2004, p.21

¹¹ Expresión tomada de 6. El perito puede estimar el porcentaje de disminución de la capacidad laboral en determinadas condiciones (dictamen del autor año 2013), en el presente libro en la Parte IV Teoría de la Indemnización, capítulo II Disminución de la capacidad laboral

En efecto, los abogados tienen un enorme rol en todo esto, aprovechando la parálisis de la justicia (excepto la tutela y los títulos de alimentos) por cerca de cuatro meses en una oportunidad de resolución de los conflictos de carácter económico y/o de reconocimiento –restablecimiento- de un derecho- en donde esto sea posible; dado que no hay materia de derecho que hoy se aparte de la liquidación de los perjuicios, al final, todas requieren cuantificar los daños que se causan como consecuencia de un hecho que dio base a la respectiva acción.

El daño es transversal en todas las acciones que se incoen, no hay litigio al que el Derecho de Daños sea ajeno; basta echar una ojeada a los repertorios jurisprudenciales de cualquier país, incluido el nuestro, para constatar, no solo la abundancia de sentencias que versan sobre cuestiones relacionadas con la responsabilidad civil, sino la pluralidad de conflictos que pueden originar la obligación de resarcimiento de daños y perjuicios.

5. ¿Cómo hacerlo?

Comunicándose e intercambiando propuestas directamente y en este caso estamos ante una negociación, o bien con la intervención de un tercero neutral e imparcial que facilita y promueve el diálogo y la negociación entre ellas, facilitando la comunicación y la negociación entre las partes, proponiendo fórmulas de solución que las partes pueden o no aceptar según sea su voluntad, en ese evento nos encontramos ante la mediación, en cualquiera de sus modalidades.

De manera gráfica en la solución de los conflictos tiene tres variables, así:

Diálogo + Ceder + Conceder = ACUERDO

Ceder según el RAE. Procurar, suministrar o entregar algo a alguien.
Conceder según el RAE. Dar, otorgar, hacer merced y gracia de algo.

Como se dijo al inicio: “*Sencillo acuda a la TRANSACCIÓN, llame al abogado de las contrapartes, siéntense con él, debata los argumentos fácticos y de derecho, de parte y parte, sean sus propios jueces, esto es ético, objetivo y concreto*”, siendo la forma más fácil, económica y efectiva de resolver un conflicto, con muchas ventajas para todos, incluido el aparato (averiado, desajustado a la realidad, lento, inutilizado por cerca de cuatro meses, sin renovarse) judicial. La tutela real y efectiva constituye un reclamo permanente de la sociedad: la duración excesiva de los procesos judiciales, la burocracia judicial, la falta de intermediación entre los jueces y los litigantes, la insuficiencia de medios humanos y materiales son algunos de los males que conspiran con aquella legítima aspiración.

Al actuar como mediadores deben desaprender el pensamiento jurídico para aplicar la real filosofía de la conciliación.

Se entenderá por mediación cualquier procedimiento, con independencia de cómo se denomine o a él se refiera, en el que dos o más partes en un conflicto de intereses acuerden voluntariamente intentar resolverlo con la asistencia de un tercero, denominado en lo sucesivo, "Perito Consultor".

Entre los Contratos de más honda trascendencia en nuestro Derecho Civil ocupa sitial de importancia la Transacción, cuyas características principales son: la existencia de un derecho "litigioso" a criterio de las partes en disputa; las concesiones mutuas que esas partes decidan hacerse mutuamente para concluir el litigio; poner fin a la controversia judicial o precaver litigios futuros, y -en muchos casos- servir de título de dominio.

En la conciliación son las partes en conflicto quienes acuerdan o componen sus diferencias; en el arbitramento es un tercero denominado árbitro quienes acuerdan o componen sus diferencias; la pericia del Perito Consultor centraliza la discusión afianzando su acuerdo en aspectos técnicos más que jurídicos, siendo decisivo el dominio del conocimiento del asunto a resolver, su experiencia, credibilidad y confianza, son decisivos para lograr un arreglo extraprocesal y finiquitar el conflicto.

La técnica sería la que se aplica cuando una persona instaura un Tutela aportando todas las pruebas y documentos junto a su pretensión clara, concisa y concreta; las cuales se dan a conocer a la contraparte, actuando como juez los dos abogados que mediante consenso (abogados, partes y perito consultor) llegan a la transacción, en donde cada parte cede derechos ciertos para solucionar su conflicto; por medio de la negociación bajo un parámetro de confidencialidad llegando a la adopción de unos acuerdos mutuamente satisfactorios basados en la autonomía de la voluntad de las partes, informalidad, celeridad, idoneidad, confidencialidad, imparcialidad, participación, flexibilidad y buena fe, en donde el diálogo respetuoso, amable y sincero, se convierte en el camino ideal para la solución de los conflictos.

Sumergirse en la mediación exige el esfuerzo de abrimos a otras disciplinas, no estrictamente jurídicas, para plantearnos la necesidad de analizar las características y la causa de los conflictos, aquí juega un papel importante el dictamen de parte quien determina el monto a indemnizar.

6. Características de la transacción

Dentro de la mediación, todas las figuras jurídicas establecidas tiene la misma finalidad, como la transacción en sí, no es más que el acuerdo para acabar con un litigio, o precaver uno futuro, caracterizado porque las partes renuncian a la exclusividad de los derechos en disputa y prefieren más bien ceder parcialmente

sus aspiraciones recíprocas, es decir, que su teleología constituye uno de los mecanismos alternativos de solución de conflictos o controversias; se halla instituida en el artículo 2469 del Código Civil como “*un contrato en que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente o precaven un litigio eventual*”.

Artículo 2469 “La transacción es un contrato en que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente o precaven un litigio eventual. No es transacción el acto que sólo consiste en la renuncia de un derecho que no se disputa”.

Entonces la transacción es un contrato, en el cual, solo intervienen quienes ostentan una posición contractual, previamente determinada; instrumento jurídico de que disponen las partes contractuales y la víctima, que permiten finalizar un litigio o precaver uno eventual, culminar el litigio poniéndose de acuerdo y así de pronto solucionar la controversia en un tiempo menor que el que se tendría que esperar para que se dictara la sentencia.

Se diferencia del desistimiento en que la transacción supone mutuas concesiones. El desistimiento es un acto unilateral del demandante que conlleva múltiples consecuencias procesales: No poder iniciar nuevamente la demanda en un lapso de 2 años, condena en costas y no interrupción de la caducidad o prescripción.

Es bilateral: En la medida en que las partes contraen obligaciones y a la vez realizan concesiones recíprocas. Es conmutativa: en la medida en que se pueden pactar prestaciones futuras, pero ciertas. Es principal: no requiere de otro negocio jurídico para existir, aunque pueda ser utilizado como mecanismo para resolver un conflicto existente o de carácter litigioso.

La transacción al ser un contrato debe reunir los requisitos para la validez de los contratos que son: consentimiento, capacidad, objeto y causa lícita; mientras que la conciliación es un acuerdo, no es un contrato, la conciliación debe constar en acta que debe reunir los requisitos establecidos en la ley 640 de 2001, que mirada como requisito de procedibilidad es un fracaso puesto que la conciliación es útil cuando termina un pleito y no que los crea.

7. Requisitos y elementos de la transacción

De donde surgen los siguientes requisitos para la transacción:

1. Es un contrato cuyo elemento esencial son las concesiones recíprocas que cada parte realiza al renunciar parcialmente a sus pretensiones.
2. Es un contrato *intuitu personae* ya que se realiza en función de las calidades especiales de cada parte.

3. Sólo se puede transigir derechos patrimoniales que sean susceptibles de renuncia. No así los derechos personalísimos o aquellos que versen sobre el estado civil de las personas.
4. Tiene los efectos de cosa juzgada en última instancia a menos que el contrato adolezca de un vicio.
5. Puede ser tanto extrajudicial como dentro de un proceso (el Código General del Proceso la reconoce como una forma anormal de terminación del proceso), caso en el cual se requiere la aprobación del juez.

Las transacciones tienen entre las partes la autoridad de cosa juzgada en última instancia. No pueden impugnarse por error de derecho, ni por causa de lesión. Las mismas equivalen a una sentencia irrevocable respecto al tema transado. La transacción que hubiere hecho alguno de los interesados, no obliga a los demás, ni puede oponerse por éstos.

La transacción está integrado por tres elementos:

- 1º. El derecho discutido que comporta una relación jurídica incierta (o al menos incierta subjetivamente para las partes, aunque objetivamente no haya fundamento para la duda), susceptible de provocar litigios, se haya iniciado o no proceso judicial o arbitral.
- 2º. La intención de las partes de sustituir la relación dudosa por una relación cierta e incontestable.
- 3º. Las recíprocas concesiones por parte de los interesados, para resolver la controversia.

Este tercer requisito esencial, tal y como lo interpreta la jurisprudencia no exige la paridad en los sacrificios o concesiones, porque el móvil de la solución de conflictos puede determinar desigualdad en las concesiones, y aunque si una de las partes no da, promete o cede su derecho, existiría una mera renuncia de la otra, no obstante, las prestaciones pueden ser sacrificios de orden moral y no han de tener necesariamente contenido patrimonial.

Alcances y efectos de la transacción. Si son muchos los principales interesados en el negocio sobre el cual se transige, la transacción consentida por uno de ellos no perjudica ni aprovecha a los otros; salvo, empero, los efectos de la novación en el caso de solidaridad.

El artículo 2485 del Código Civil estipula: Si la transacción recae sobre uno o más objetos específicos, la renuncia general de todo derecho, acción o pretensión, deberá sólo entenderse de los derechos, acciones o pretensiones relativas al objeto u objetos sobre que se transige.

Si la transacción versa sobre bienes sujetos a registro, como bienes inmuebles, el solo contrato no constituye título traslativo de dominio, ya que se debe celebrar la correspondiente escritura pública y someterla a registro.

La transacción puede ser declarativa o traslativa. Es declarativa si en ella simplemente se reconocen derechos. Es traslativa cuando en ella se dispone efectivamente de algún derecho que se posee.

8. La transacción tiene mérito ejecutivo

El contrato de transacción es una figura jurídica diferente a la conciliación; la transacción se encuentra consagrada en el código civil, mientras que la conciliación se encuentra regulada por la ley 640 de 2001; de otra parte, el acuerdo de transacción deberá ejecutarse por la vía de un proceso ejecutivo, conforme las normas del Código General del Proceso, quien intente hacerlo efectivo por la vía judicial deberá iniciar un proceso ejecutivo conforme los artículos 422 y siguientes del CGP que se describen a continuación.

Si bien es cierto el acuerdo de transacción no es una sentencia judicial; en virtud del artículo 2483 del Código Civil, todo acuerdo de transacción tiene efecto de cosa juzgada en última instancia.

La transacción es un contrato con un efecto especial: la cosa juzgada, lo que se traduce en que sobre aquel conflicto que desencadenó tal transacción no puede haber un debate judicial en el futuro; en otras palabras, el mismo ha quedado zanjado, no puede volverse a juzgar, Marcela Rodríguez Mejía concluye:

“Este efecto es propio de las sentencias y resoluciones judiciales; no es propio de los contratos -es la transacción una excepción-; y por regla general, va acompañado de un segundo efecto que permite materializar tales decisiones: prestan mérito ejecutivo; lo que significa que una vez se dictan y quedan ejecutoriadas, en el juez recae la potestad para hacerlas cumplir¹².

El acuerdo de transacción es un título ejecutivo, conforme el artículo 422 del CGP, los títulos ejecutivos son requisito indispensable para intentar un proceso ejecutivo, y pueden constar en distintos documentos: i) en documentos privados donde consten obligaciones claras, expresas y exigibles; ii) en sentencias judiciales de condena; iii) en procesos de policía que apruebe liquidación de costas o señalen honorarios a auxiliares de la justicia; iv) en cualquier otro documento que señale la ley.

¹² RODRÍGUEZ MEJÍA, Marcela. La amigable composición: el carácter de la decisión, su impugnación y ejecución. Una revisión crítica de la figura. Revista Justicia Vol. 24 No. 36: pp. 1-11. Julio - diciembre, 2019. Pág. 3 y 4

El acuerdo de transacción, por su parte, puede encajar por regla general en la primera de las opciones señaladas: la de un documento privado que consagre obligaciones claras, expresas y exigibles, caso en el cual debe intentarse su ejecución por la vía del proceso judicial.

De acuerdo con el CGP quien pretenda ejecutar un título ejecutivo tendrá que acudir ante el juez civil municipal o al juez civil del circuito, dependiendo de la cuantía del proceso, que irá marcada por el valor del título ejecutivo. Así, si la cuantía fuera mínima o menor el juez competente será el juez civil municipal (Arts. 17 y 18 CGP); si la cuantía fuera mayor, el competente sería el juez civil del circuito (Art. 20 numeral 1 CGP).

9. La transacción produce el efecto de cosa juzgada en última instancia.

Dentro del catálogo de disposiciones que en el Código Civil regulan la transacción (artículos 2469 a 2487) hacen referencia al contrato mismo que resulta de lo transado. En particular el artículo 2883 ibidem expresamente regula cuáles serán los efectos de toda transacción, dice: *“produce el efecto de cosa juzgada en última instancia”*.

Así las cosas, habrá que entender que la transacción tiene efectos de cosa juzgada en última instancia, lo que se traduce en la inexistencia de algún recurso ordinario o extraordinario que permitan atacar y modificar dicha decisión. Con ello el legislador pretende evitar que la transacción no tenga ningún tipo de control por parte de quien administra justicia; pero en el mismo artículo (2883 del Código Civil), continúa en su redacción con la conjunción adversativa señalando que contra la transacción *“podrá impetrarse la declaración de nulidad o la rescisión”*, con ello se busca proteger a aquel que pudiera verse afectado con una transacción; como muy bien concluye Marcela Rodríguez Mejía: *“Es decir, lo que dicho artículo viene a decir es que a pesar de que se entiende que contra la transacción no procede ningún recurso porque produce los efectos de cosa juzgada de última instancia, contra ella si puede intentarse la nulidad y la rescisión”*¹³.

Toda transacción produce el efecto de sustituir una relación jurídica controvertida, por otra cierta y no controvertida, extinguiendo los derechos y acciones de las que trae causa y originando nuevos vínculos y obligaciones. De tal manera que, no se pueden plantear cuestiones que afecten a las situaciones preexistentes a la transacción, que han perdido la protección jurídica al ser transigidas. Por tanto, la transacción provoca el nacimiento de nuevos vínculos u obligaciones, en sustitución de los extinguidos, o la modificación de estos, por lo que tiene carácter novatorio, sustituyendo la situación controvertida, por otra cierta e incontrovertida.

¹³ RODRÍGUEZ MEJÍA, Marcela. La amigable composición: el carácter de la decisión, su impugnación y ejecución. Una revisión crítica de la figura. Revista Justicia Vol. 24 No. 36: pp. 1-11. Julio - diciembre, 2019. Pág. 8

Lo anterior, no impide que puedan surgir controversias respecto a lo transigido, pero es obvio, que las mismas deben circunscribirse y limitarse a las obligaciones o derechos contraídos como consecuencia de la referida transacción, por ser ese el nuevo contrato concluido entre las partes para resolver sus diferencias, y por tanto, en ningún caso se pueden plantear cuestiones que afecten a las situaciones previas a la transacción que han sido modificadas por esta.

Ahora bien, las obligaciones adquiridas en la transacción se considerarán cumplidas o incumplidas conforme a las normas establecidas con carácter general en el Código Civil, al no existir un precepto legal que establezca otra cosa, ni deducirse de ellos. El contrato de transacción (como todo contrato) debe recaer sobre un objeto cierto, real o posible, determinado o susceptible de determinación y que esté dentro del lícito comercio.

10. La nulidad y rescisión de la transacción

Las transacciones tienen entre las partes la autoridad de cosa juzgada en última instancia. No pueden impugnarse por error de derecho, ni por causa de lesión. Las mismas equivalen a una sentencia irrevocable respecto al tema transado. Sin embargo, puede rescindirse una transacción cuando haya error en la persona o en el objeto del litigio. Puede rescindirse siempre que haya habido en ella dolo o violencia. El dolo y violencia no se supone, se demuestra.

La transacción sólo produce efectos inter partes, es decir, entre los contratantes y no obliga a terceros (Art. 2484 Código Civil).

La transacción podrá ser anulada y rescindida conforme las causales contempladas en el Código Civil en los siguientes cinco supuestos: a) respecto el título sobre el que pudo haber recaído la transacción, esta será nula cuando se obtenga por títulos falsificados o nulo (Art. 2477 CC.), consagra dos posibles defectos que de recaer en el título tornarán la transacción anulable, estos son la falsedad y la nulidad de este; b) en torno a las circunstancias que rodearon la transacción, será nula aquella en la que se ejerció dolo o violencia (Art. 2476 CC.) ocurre cuando uno de los sujetos en el contrato de transacción forzó a su contraparte a transar, limitando el derecho de libertad contractual a esta; c) o sobre una controversia que al momento de la transacción ya se hubiera resuelto por sentencia; conforme el artículo 2478 del Código Civil una transacción será nula “*si, al tiempo de celebrarse, estuviere ya terminado el litigio por sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, y de que las partes o alguna de ellas no haya tenido conocimiento al tiempo de transigir*” y, finalmente, d) será nula la transacción cuando haya habido error en la identidad del objeto sobre el que se quiere transigir (Art. 2480 CC.).

Es nula la transacción cuando recae sobre alimentos futuros (Código Civil, Art. 2474 y 2475).

Debe haber objeto lícito: Artículo 1518 del Código Civil: Es físicamente imposible el que es contrario a la naturaleza, y moralmente imposible el prohibido por las leyes, o contrario a las buenas costumbres o al orden público.

Junto con la anulación, la rescisión es un control que el legislador le ha impuesto a la transacción. De acuerdo con el Código Civil la transacción se podrá rescindir en dos eventos: i) cuando habiéndose creído transigir con una persona, resulta que se efectuó tal contrato con otra (Art. 2479 CC.), responde a aquellos eventos en los que la persona con la que se creía haber transado, resulta ser otra.; y ii) cuando se demuestre que una de las partes de la transacción no tenía ningún derecho sobre el objeto sobre el que versó la transacción (Art. 2482 CC.), podrá rescindirse la transacción cuando quede demostrado, con títulos auténticos, que una de las partes no tenía ningún derecho sobre el objeto transigido, siempre y cuando la parte a quien favorezca esta rescisión desconociera, al momento de la transacción, los títulos auténticos que demuestran la ausencia de derechos de quien transigió.

11. Clases de transacción

Clases de transacción atendiendo a la finalidad del contrato de transacción, se pueden distinguir dos tipos de transacción: La transacción cuya finalidad es evitar el proceso judicial o arbitral.

Es consensual: se perfecciona con el simple acuerdo de voluntades.

En cuanto a sus efectos: Es extintiva de obligaciones, conforme al artículo 1625 del Código Civil.

En cuanto a su celebración: Es siempre extrajudicial: Aunque se celebre en el transcurso del proceso para terminarlo.

En cuanto a sus efectos: Es extintiva de obligaciones, conforme al artículo 1625 del Código Civil. En cuanto a su celebración: Es siempre extrajudicial: Aunque se celebre en el transcurso del proceso para terminarlo.

Este tipo de transacción es siempre preprocesal (por ser anterior al proceso judicial o arbitral); y la transacción para poner fin al juicio jurisdiccional o arbitral ya iniciado.

Esta segunda, puede ser a su vez de dos clases: procesal o extraprocésal. Es procesal, cuando la transacción, se homologa por el juez o el árbitro que está conociendo del proceso, al que se pone fin por auto o por laudo respectivamente. Es extraprocésal, cuando la transacción no se homologa en el proceso judicial o

arbitral, pero repercute en la finalización del mismo por otros mecanismos procesales.

También se pueden clasificar las transacciones atendiendo a otros criterios que distinguen entre:

Transacción Propia y Transacción Impropia: La propia es la regulada en el Código Civil y en ella son los mismos contratantes interesados los que la llevan a cabo. La impropia es la que, se obtiene con la intervención de un tercero (mediador, Perito Consultor), que no impone la resolución, pero logra el acercamiento de las partes para conseguir un acuerdo entre ellas.

Transacción Pura y Transacción compleja: La Pura solo comprende cosas que son motivo de la controversia y la Transacción compleja es la que comprende además cosas que no son motivo de controversia surgida entre las partes, y las partes sacrifican algo diferente a lo pretendido.

Las transacciones preprocesales cuya finalidad es evitar el proceso judicial o arbitral.

Las transacciones preprocesales (que no sean actos de conciliación paraprocesal), se realizan con carácter previo al proceso judicial o arbitral y por fuera de la sede judicial. A su vez, dentro de las de este tipo, pueden estar elevadas a escritura pública, o carecer de este efecto y ser únicamente un contrato entre partes.

Las transacciones pendientes del proceso judicial pueden ser a su vez de dos clases:

Transacción procesal, es la que tiene lugar pendiente el proceso ante los tribunales y consta en autos, como consecuencia de la homologación del acuerdo de transacción por el juez¹⁴. Por tanto, podemos definir la transacción procesal judicial, como el contrato por el que las partes de un proceso ya iniciado, dando, prometiendo o reteniendo cada una alguna cosa, ponen fin al mismo, siendo aprobado el acuerdo alcanzado por el órgano jurisdiccional que este conociendo del proceso por medio de auto. Estas transacciones homologadas por el juez son título ejecutivo asimilado a sentencia judicial¹⁵.

Transacción extraprocesal, es la que tiene lugar iniciado el proceso judicial y al margen del mismo, pero con la finalidad de ponerle fin, cuando exista un acuerdo entre las partes por el que resuelvan el conflicto (dando, prometiendo o reteniendo cada una alguna cosa), y este contrato no llegue al proceso, bien porque las partes

¹⁴ Legislado en España, Ley de Enjuiciamiento Civil, Art. 415

¹⁵ Legislado en España, Ley de Enjuiciamiento Civil, Art. 517.3. Como indica el artículo 415.2 LEC, el acuerdo homologado judicialmente surtirá los efectos atribuido por la ley a la transacción judicial, que es la obtenida por medio de la conciliación intraprocesal, efectuada ante el juez competente dentro del proceso judicial.

han pedido la suspensión y dejan caducar la instancia, bien porque han utilizado otras figuras procesales para poner fin al proceso como la renuncia, el desistimiento, etc. Dentro de este tipo de transacciones, hay que distinguir a su vez, aquellas que se otorgan en documento público, de las que son únicamente un contrato entre partes.

La transacción que hubiere hecho alguno de los interesados, no obliga a los demás, ni puede oponerse por éstos.

Es de anotar que la transacción (preprocesal, procesal judicial, o extraprocésal) es una institución sometida al derecho material y susceptible de ser impugnada en caso de que intervenga error, dolo, violencia o falsedad documental.

12. Objeto de la transacción

Por regla general se puede conciliar todo aquello que sea susceptible de transacción o desistimiento y que se encuentre dentro del patrimonio o los derechos de libre disposición de una persona, natural o jurídica. La transacción puede versar sobre la acción civil que nace del proceso penal regulada en el incidente de Reparación Integral de la Ley 906 de 2004.

Con la finalidad de que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente o precaven un litigio eventual. Veamos con el siguiente caso en que el acuerdo de las partes puede apartarse de la decisión del juez, como muy bien el doctor Carlos Fradique-Méndez nos ilustra:

“Si el juez dijo ‘pague la cuota mediante consignación en tal cuenta bancaria’, y la persona que recibe el dinero dice ‘este mes y los siguientes, en vez de consignar, pague directamente al colegio’, no veo que haya una razón para no amparar este acuerdo de buena fe y dar por cumplida la obligación por el pago al colegio. No aceptar este acuerdo es patrocinar la mala fe, una forma de corrupción que en esta época está en el ojo del huracán para denunciarla y sancionarla.

“Desconocer estos acuerdos para modificar los firmados o dispuestos por la autoridad en casos que son de estricto derecho privado y de plena disposición de las partes, es abundar en los casos que he llamado ‘fraude con la ley’, que es una nueva categoría de ilícito que espero sea aceptada por la jurisprudencia. Satisfecho el objeto de la obligación, que no es otro que el pago de alimentos en la parte acordada, no hay una sola razón para no reconocer que ese acuerdo, esa conciliación privada, extingue la obligación”¹⁶.

¹⁶ Carlos Fradique-Méndez, Conciliación en la empresa familiar, Revista No. 368. Julio - Diciembre de 2018, pág. 183

13.El mayor éxito de un dictamen es que las partes pacten un acuerdo y renuncien al proceso judicial

El Código General del Proceso exige que antes de iniciar un proceso judicial quien tenga un problema acudirá a un perito, o mejor a un perito-consultor, quien desde su perspectiva le dará las bases e información de manera objetiva y profesional si su pretensión prospera, si hay causa para litigar o si le están “*pintando pajaritos en el aire*”; si el Perito Consultor se limitara a valorar los daños, sin más ni más, sus conclusiones serian endebles, fáciles de refutar y sostener por eso debe tener un concepto claro de los rubros a indemnizar bajo la doctrina-jurisprudencial imperante para poder cumplir a cabalidad con su tarea de cuantificarlos, incluido el conocimiento técnico suficiente de la legislación sobre contratos en general y en especial sobre el seguro; que a la vez es un nuevo campo para todas las profesiones, cimentando las bases del perito-consultor en el evento que el dictamen no le sea favorable a la parte le puede ser útil para plantear una propuesta o aceptar un arreglo evitando un proceso judicial, es decir, la transacción.

El mayor éxito de un dictamen es que las partes pacten un acuerdo y renuncien al proceso judicial o eviten entrar a la audiencia de pruebas.

“Para obtener Justicia no basta tener razón, es necesario saberla exponer y demostrarla, encontrar quien la entienda y la quiera dar, y por último -que es lo más importante-, encontrar un deudor que pueda pagar”. Piero CALAMANDREI

“Una sentencia contra un insolvente es un éxito jurídico vacuo, con resultado aún más pernicioso para el dañado y con total frustración del acceso a la justicia”. Carlos A. GHERSI

“No hay cosa que más desprestigie la justicia, que la falta de efectividad de la misma. Si por un momento pensamos que alguien ha logrado obtener sentencia favorable después de adelantar un largo proceso ordinario y cuando trata de que se cumpla, no hay manera de hacerla efectiva, porque el condenado se ha insolventado, por ejemplo. Esa insatisfacción es muy grave para la paz social, produce encono o violencia y por consiguiente el proceso no ha cumplido su función”. Jairo PARRA QUIJANO

“Es totalmente frustrante que se pague cumplidamente la póliza y cuando sucede el siniestro se entera que no está amparado por el seguro”. Jorge PANTOJA BRAVO.

Comprendiendo que no es suficiente la legislación sustancial para satisfacer los derechos subjetivos; de nada vale otorgar derechos si no existen mecanismos idóneos para hacerlos valer en caso de que fuesen vulnerados.

14. Cambio de paradigma: de oposiciones a intereses

En este cambio de paradigma: de oposiciones a intereses, es decir, desaprender lo jurídico, privilegiar los hechos sobre el derecho; desarraigar la cultura del litigio: “*un juicio para cada conflicto*”.

Propiciar la judicialización de todo conflicto como principio de política pública, situación que nadie está dispuesto a sostener. Semejante distorsión en la visión del acceso a la justicia se sintetiza en la idea de “*un conflicto = un litigio*” que subyace en nuestra cultura del litigio, difícil de desarraigar ya que ven “*un juicio para cada conflicto*”, paradigma que se debe cambiar en lo posible por “*la resolución de un conflicto sin un proceso judicial*”, en consecuencia proponemos la figura de Consultor Técnico o perito árbitro, que difiere sustancialmente del arbitraje conocido y legislado en Colombia, o sea el arbitraje en derecho que en esencia es otro proceso judicial que finaliza en sentencia (laudo), y no en un acuerdo que es asesorado por el perito con beneficio a las partes. Estos mediadores, conciliadores, Consultor Técnico o perito árbitro y árbitros posibilitan a las partes un acceso a justicia, entendida esta última como el acceso a una solución justa y equitativa sin necesidad de intervención del Poder Judicial tradicional.

Vaya por delante que por supuesto el pleito puede ser necesario en algunas ocasiones; de la misma manera, en otros casos, un simple dialogo entre abogados de las partes, o entre las partes mismas, o con la ayuda de un perito experto-consultor técnico, generan el beneficio proseguido del acuerdo.

Es cierto que llegarían menos asuntos a juicio, pero habría otro trabajo distinto detrás.

Desaprender lo jurídico significa sustraerse de su pensamiento legalista anteponiendo la voluntad de las partes a los códigos y demás aspectos de carácter jurídico; el litigante no debe olvidar que cumple un rol protagónico, es el que más cerca debe estar de nuestra realidad social, siempre atento para reprimir a la arbitrariedad, ejerciendo de manera permanente los principios de la constitucionalidad; capaz de incorporar la realidad a la norma a través del caso (puesto que el litigante es el juez) y de utilizar la equidad para buscar la solución normativa a través del principio de proporcionalidad con los siguientes aforismos:

La mediación civil abarca todas las cuestiones o pretensiones en materia de derecho privado que pueden conocerse en un proceso judicial, y que se caracterizan por la ruptura de la comunicación personal entre las partes, incluidos los asuntos mercantiles.

Cambio de paradigma: de oposiciones a intereses en donde a partir de lo que las partes dicen que quieren al Perito Consultor y sus litigantes quienes de manera conjunta buscan los intereses y necesidades que hay detrás, generando propuestas

de acuerdo contemplando los intereses de las partes implicadas facilitando el Intercambio y elección de elaboración de las ofertas que solucionen el conflicto llegando a un acuerdo, transacción, que debe ser claro, expreso y exigibles para su cabal cumplimiento, explicado y comprendido por las partes; confirmando que se contemplan todos los intereses manifestados por los mediados (aceptados total o parcialmente, o cedidos y/o recibidos en contraprestación), consenso que garantiza los derechos y el cumplimiento de las obligaciones; conscientes de la utilidad de la figura para gestionar conflictos, especialmente las disputas en que las personas y empresas involucradas tenían que continuar relacionándose con la oportunidad de que el resultado al que lleguen las partes (transacción) adquiere valor vinculante y fuerza ejecutiva sin necesidad de proceder a la apertura de un proceso judicial de tipo declarativo; toda vez que una vez firmado es imposible dar marcha atrás, porque sus efectos legales son determinantes e inmodificables, esto es que hace tránsito a cosa juzgada y presta mérito ejecutivo.

15. Clasificación de litigio

La decisión por el sistema judicial es en derecho, es impuesta, incluye el arbitramento puesto que el laudo es una sentencia, dejando de lado aspectos inmersos en el conflicto como el personal en el siguiente caso:

“Cuando era juez en la sala de lo social del Tribunal de apelación en Grenoble, entendí la distinción que existía entre «*litigio jurídico*» y «*litigio personal*» gracias al siguiente caso: una empleada, despedida de una manera que consideraba improcedente, había presentado una demanda por daños y perjuicios contra su empleador. Me dijo entre lágrimas que no le importaba ganar el proceso si basábamos nuestra decisión sobre el hecho de que el empleador había incumplido la ley. No reclamaba daños y perjuicios por una violación de la ley. Quería escuchar decir que su jefe era, según ella, un «*cabrón*» y que no la había tratado bien. La dimensión humana y emocional del caso se les había escapado a los juristas. Vemos así que el proceso nace de un sufrimiento adornado en términos jurídicos por el abogado, y después por el juez. Pero cuando el juez emite su decisión «en Derecho», deja en muchas ocasiones intacto el sufrimiento personal origen de la demanda de justicia”¹⁷.

Las doctoras Béatrice Blohorn-Brenneur (*presidenta de GEMME Europa*) y de Helena Soletto Muñoz, docentes de la Universidad Carlos III de Madrid, hacen la siguiente interesante clasificación de litigio, el litigio puede ser principalmente:

- Jurídico: una parte reivindica la aplicación de la ley. Por ejemplo, los acuerdos ilegales contra la competencia entre empresas, la interpretación de un convenio

¹⁷ Béatrice Blohorn-Brenneur y Béatrice Blohorn-Brenneur, La mediación para todos: mediación en el ámbito civil e intrajudicial, ed. Dykinson, 2019, pág. 16

colectivo y de la ley, la violación del orden público... Los litigios jurídicos requieren profesionales en Derecho.

- Técnico: una parte presenta un problema estrictamente técnico. Por ejemplo, un vicio notorio u oculto, o desperfectos... Estos litigios requieren generalmente recurrir a un experto.
- Económico: una parte reclama una indemnización, por un error o un daño causado. La cantidad de la indemnización puede ser fijada por el juez si los elementos del caso lo permiten. Si no, será asistido por un experto.
- Relacional: afecta a la relación entre las personas. Una persona se siente dañada en su identidad, rechazada, despreciada, ofendida, insultada.

El conflicto –interpersonal y relacional– deriva a menudo del afecto: conflictos entre asociados, un divorcio, un despido doloroso o complicado, etc. Proviene de la confrontación de los sistemas de valores, de culturas, y lenguaje utilizado, de la historia personal y social que ha marcado a uno y a otro, de la oposición de las necesidades esenciales no satisfechas.

En la raíz del conflicto, descubrimos a menudo:

- Malos entendidos o falta de información. Por ejemplo, suministros no acordes a los deseos del cliente.
- Sistemas de valores de referencia diferentes. El conflicto afecta al sistema de creencias de la persona. Por ejemplo, el segundo matrimonio de una nuera puede sorprender a la suegra. Para la nuera, una mujer joven debe poder rehacer su vida. Para la suegra una viuda no debe “traicionar la memoria de su difunto esposo”.
- Intereses divergentes. Ejemplos:
 - Un proveedor ya no quiere que su distribuidor exclusivo comercialice sus productos, ya que resulta menos eficiente que otros distribuidores que acaba de conocer. Quiere por tanto romper el contrato. El proveedor y el distribuidor exclusivo tienen intereses divergentes.
 - Un gran hotel ha construido una piscina en zona marítima pública, impidiendo a los usuarios realizar el recorrido de aduanas. El hotel y la administración tienen intereses divergentes.
- Necesidades no satisfechas: están ligados a la supervivencia, al poder, a la pertenencia, al reconocimiento.

La petición no es la necesidad. En realidad, la petición o solicitud de justicia oculta en muchas ocasiones una demanda de carácter psicológico y una necesidad.

Hasta aquí Béatrice Blohorn-Brenneur y Helena Soletto Muñoz¹⁸; de la conciliación familiar del autor Carlos Fradique-Méndez se tiene:

“Conocí un acuerdo en el que los hijos debían recibir a su padre cada 15 días en Bogotá. La madre decidió por su propia voluntad cambiar de residencia de Barranquilla y el padre al pedir apoyo al defensor de Familia para que le garantizaran su derecho a las visitas, recibió como respuesta que como la madre era la titular de la custodia podía irse a Barranquilla y en ese caso el padre debía viajar cada 15 para visitar a sus hijas. En este caso, la solidaridad con la arbitrariedad y la inequidad hacen que la conciliación sobre visitas quede como letra muerta. Falta que el conciliador abra su mente para que pueda entender la justicia y el reconocimiento verdadero de los derechos de los menores de edad”¹⁹.

Autor que sobre la actitud del conciliador expresa:

“He tenido la experiencia en diligencias en las que el conciliador es un funcionario público. No hago referencia a personas en particular. Desde el inicio quieren imponer su autoridad y forzar un acuerdo. ‘*Si no paga alimentos, se va a la cárcel*’ es una de las advertencias que atemorizan. Y una persona que está desprotegida, que es parte débil en una diligencia que debería ser amable, muchas veces acepta la propuesta del conciliador y luego cae en la cuenta de que no podrá cumplir con lo aceptado. Un conciliador que funge como tercero imparcial, pero que abusa de su presunta autoridad, es una persona que difícilmente logrará orientar a los conciliantes para que logren un acuerdo civilizado, justo y que además sea fácil de cumplir”²⁰.

Sin comentarios.

16. Desarraigar la concepción pleitista

¿Qué debe hacer una persona natural o jurídica, frente al responsable civil? recomendaría, como muchos otros, intentar llegar a un acuerdo con la persona que

¹⁸ Béatrice Blohorn-Brenneur y Béatrice Blohorn-Brenneur, La mediación para todos: mediación en el ámbito civil e intrajudicial, ed. Dykinson, 2019, pág. 16 y 17

¹⁹ Carlos Fradique-Méndez, Conciliación en la empresa familiar, Revista No. 368. Julio - Diciembre de 2018, pág. 182

²⁰ Ibídem

responde civilmente. En muchos casos, la aplicación de las reglas que se exponen son claras y convenientes para el perjudicado y el responsable, evitando los costos de un juicio y el incremento de la suma a indemnizarse o ninguna suma, posibilidad latente en el proceso judicial.

Desarraigar la concepción pleitista, los abogados conciliadores son exitosos que con su actuar, posteriormente, la parte contraria los contrata para que abogue por sus intereses, desechando al abogado pleitista, evitando el “*todo o nada*”.

Desafortunadamente son muy pocos los litigantes conciliadores dado que el estudiante incorpora tempranamente como regla que el pleito es lo central y que su éxito o fracaso en la carrera y en la profesión dependerá, en gran medida (aunque no exclusivamente), del dominio que tenga de los mismos y de su habilidad para expresarlos. Casi toda la carrera de abogacía está enfocada a formarlos como expertos en leyes, a fin de encontrar el camino procesal acertado y saber aplicar la norma correcta ante la consulta específica del cliente, precisamente salen entusiasmados de las casas de estudios a vencer en los litigios, a “*knockear*” a sus adversarios, sin advertir que a quien hay que vencer es al “*conflicto*” y no a la contraparte, el litigio es el nivel de análisis en que se entroniza la pelea mediante “*representantes*” de las partes en disputa para que un tercero -el juez- dirima sobre las posiciones de los implicados.

Ello es consecuencia de la formación en las facultades de derecho en las universidades, ha tendido en gran medida a capacitarlos en el común modo de ejercer la profesión a través de la confrontación y el litigio. Puesto que la tradicional enseñanza del derecho presupone que el fenómeno jurídico se reduce al derecho y éste a la legalidad vigente, agravado que en la actualidad se sigue enseñando el derecho como hace 50 años perpetuando el error de considerar que los códigos son el derecho, como es el de analizar artículos de códigos y no principios jurídicos que deben imperar, con ausencia de sentido crítico del estudiante ante los problemas concretos de la realidad, junto a una deficiente formación práctica dentro de la carrera de derecho; en donde los profesores de Derecho están en la necesidad de enseñar abogacía y deben transferir las competencias para resolver disputas por otros medios diferentes al pleito, que los alumnos desarrollen competencias que vayan más allá del simple hecho de pensar como abogados, por ejemplo en adoptar capacidades para las tareas procesales, las relaciones con el cliente, la negociación, la defensa y la ética profesional, y por su puesto la solución de conflictos sin acudir al juez, como primera opción, en donde sea posible en lo civil y comercial, de familia, laboral e incluso penal, evitando al juez.

Que mejor que ese tercero sean los mismos litigantes que asuman el rol de juez y acabar con el prurito que no se puede ser juez y parte, claro que se puede siempre y cuando se actúe con transparencia, ética y profesionalismo; de lo contrario sométase al albur jurídico.

Por lo cual se debe formar profesionales con una concepción diferente a la tradicional, a partir de la enseñanza a través del método de casos y la enseñanza basada en problemas, de tal modo que el alumno entienda la lógica y adquiera las habilidades específicas dentro de la litigación; formados en Métodos Alternativos de Resolución de Disputas, capacitados para ofrecer a sus clientes una diversidad de opciones que permitan resolver sus conflictos, sin temor a dejar el protagonismo en cabeza de las partes y con una actitud colaborativa en los procesos de mediación. Pudiendo ofrecer al cliente un abanico de posibilidades que permitan resolver el conflicto que los llevó al estudio jurídico y aconsejarlo sobre el camino adecuado para la consecución de ese fin, que muchas veces se logrará a través de un acuerdo que sólo es posible alcanzar con soluciones alternativas a la vía judicial.

Lo anterior muy bien puede encajar dentro del “*arbitramento en equidad*” que es realizado por conocedores del tema en conflicto, en donde un experto en cuantificación de perjuicios que conozca del reconocimiento de estos daños aunado con la interpretación doctrino-jurisprudencial puede llegar a que los extremos en *litis* encuentren un justo medio, o cercano a éste, y por ende su solución.

17. Incertidumbre sobre la resolución judicial final del conflicto

Los conflictos empresariales, y entre estas y las personas siempre conllevan riesgos, siendo su resolución por la vía judicial o arbitral, necesaria en algunos casos, suele presentar inconvenientes: entre otros, un alto coste temporal y de gestión, gastos económicos elevados, el deterioro de las relaciones comerciales o de negocio entre las partes, el riesgo de publicidad negativa y consiguiente pérdida de reputación, y/o la pérdida de control sobre la resolución final del conflicto.

En el proceso judicial y en el arbitral hay incertidumbre del resultado, proceso competitivo en el que cada una de las partes busca ganar y derrotar a la otra, los argumentos son preparados y presentados por los apoderados; el litigante apuesta al todo o nada, gana- pierde, el juez y arbitro decide a favor de una de las partes, finalizan con la decisión mediante sentencia o laudo, que significa ganancia para unos y derrota para otros porque a través del Juez o arbitro se busca establecer verdades legales y probatorias.

Los empresarios individuales y compañías que tengan un desacuerdo, conflicto o controversia con otro empresario, proveedor o cliente no quieren o no estén interesados en iniciar o continuar un procedimiento judicial o arbitral; necesitan una solución óptima, económica, rápida, pactada y confidencial del problema; surgiendo la mediación empresarial que permite gestionar toda clase de conflictos comerciales; si bien los datos evidencian que el éxito del proceso es más probable cuando concurre alguna o algunas de las siguientes circunstancias: las partes están interesadas en conservar sus relaciones para el futuro, quieren controlar la

resolución final a su conflicto, no hay una gran disparidad de poder entre ellas, se debaten cuestiones técnicas muy complejas, de mercado o comerciales, es muy importante mantener la confidencialidad, la causa del conflicto a veces es la mala comunicación, las partes prefieren una solución rápida y quieren intentar evitar o acortar el procedimiento judicial o arbitral, o priorizan la eficiencia económica.

18. “El abogado especializado en derecho procesal está entrenado para embestir y derrotar”

A pesar de las ventajas de la mediación empresarial, su aplicación práctica por parte de las empresas y los profesionales del Derecho es todavía muy reducida, una de las razones es la acendrada formación pleitista del abogado en donde todo es demanda sin dejar espacio al arreglo directo entre las partes, como lo hemos planteado; con gran acierto el estudio de la Confederación Colombiana de Cámaras de Comercio del año 2019 expresa: “*El abogado especializado en derecho procesal está entrenado para embestir y derrotar, y no para negociar, conciliar o solucionar un conflicto*”²¹, de otra parte se tiene: “*La mediación acompaña un inmenso movimiento de la humanidad moderna: tener derecho a ser diferente, pero vivir juntos esta diferencia sin sufrir ni hacer sufrir, sin ser destruido, ni destruir, sin vencedor ni vencido*”²².

En tal sentido el legislador francés en el artículo 131.1 de Código de Procedimiento Civil relativo a la mediación Intrajudicial: El juez que atiende un litigio puede, tras recibir –la solicitud- el acuerdo de las partes, designar una tercera persona a fin de escuchar a las partes y confrontar sus puntos de vista para permitirles encontrar una solución al conflicto que les enfrenta. Norma ausente en nuestra legislación; de otra parte la formación jurídica arraigada no permite en muchos casos que el juez aplique la filosofía de la conciliación, pues para él, es más importante el derecho y la prueba, más que la justicia y los hechos.

Por lo tanto, hay que buscar una solución segura gestionada por ellas mismas, en un periodo de tiempo muy breve y con un coste reducido, de forma confidencial, manteniendo o incluso ampliando los vínculos empresariales entre ellas y, sobre todo, conservando el control sobre la resolución final del conflicto.

En consecuencia, es viable la forma de gestión y resolución hetercompositiva (con la ayuda de un tercero: Litigantes y perito consultor) y no jurisdiccional de las controversias y disputas, resolución dialogada, consensuado, conseguida a partir de la relación entre los sujetos implicados, deteniendo la escalada de los conflictos y apartarlos de la resolución judicial para implicar a las partes y hacerlas

²¹ REVELO TRUJILLO, Alfredo Efraín, Módulo de Conciliación en Derecho, Confederación Colombiana de Cámaras de Comercio del año 2019, pág. 136

²² Stephen Bensimon, *Panorama des médiations du monde*, L’Harmattan, 2010

protagonistas activas de las soluciones a las que lleguen, superando la excesiva judicialización de los conflictos, insatisfactoria para todos.

19. Porqué los abogados conciliadores son los mejores

Son los mejores por ser prácticos y enfocarse en los hechos generando soluciones, se enfocan en el caso en concreto, en los hechos y no en consideraciones triviales sobre la teología o génesis de las reglas legales que se aplicarán en el respectivo caso. Ser práctico, a la hora de analizar un problema jurídico, es sinónimo de ser un buen asesor legal.

De mi libro LA PRUEBA PERICIAL exprese:

“El buen abogado no solo prepara su defensa, también prevé los argumentos de la contraparte. Cuando los fiscales “gringos” preparan para anticipar defensas analizan esta estrategia: *“si los hechos no ayudan ataca el derecho, si el derecho no ayuda ataca los hechos, si ni hechos ni derecho te ayudan, ataca al contrario”*, siempre he criticado que hay que atacar al contrario, hay es que convencerlo, igual que al juez, donde la reacción es: anticipar y *¡no caigas en la trampa!* (del ataque al litigante)”²³.

En mi obra *“Derecho de Daños”* expresamos: *“Los litigantes exitosos son los que propician la conciliación, siendo sensatos, prudentes, mostrando y reconociendo argumentos jurídicos y fácticos, tanto es así que hasta la contraparte los contrata posteriormente, reconociendo su ecuanimidad y dominio jurídico demostrando probidad y rectitud otorgando con ello garantías a su cliente, cliente que le huye al abogado dual que con sus artificios y radicalización muestra la insuficiencia de argumentos”*²⁴; entendida la conciliación como acercamiento real de las partes, exponiendo argumentos, planteando una solución equitativa, tomando incluso una posición propia, para finiquitar el conflicto, a diferencia del abogado conciliador en derecho que se limita a convocar, abrir y cerrar la conciliación, sin proponer soluciones desvirtuando la génesis de la conciliación que por principio carecen de los formalismos de una demanda judicial.

20. Principios de la mediación

Aplicando la filosofía de Confucio: *“La resolución óptima de las discrepancias se logra mediante la persuasión moral y el acuerdo, no bajo la coacción.”* Proceso que lo hemos identificado a ciertos principios en toda mediación, los cuales giran en torno a la idea de confianza de los litigantes y del perito consultor:

- i) Conocer de manera íntegra la totalidad de los documentos, pruebas e información para identificar los problemas jurídicos que emergen del conflicto.

²³ Jorge PANTOJA BRAVO, La prueba pericial, tomada del prólogo, ed. Leyer, Parte I, numeral 6. El derecho a utilizar todas las pruebas año 2020, pág. 56

²⁴ PANTOJA BRAVO, Jorge. Derecho de Daños, Tomo I, Leyer, 2015, p. 395.

- ii) El principio de libertad o autonomía de la voluntad privada, vinculado al principio de flexibilidad y de poder decisorial de las partes.
- iii) El principio de confidencialidad, vinculado a la idea de secreto profesional, que es un presupuesto esencial de la mediación; los participantes se comprometen a no divulgar lo tratado, ni utilizarlo en escenarios diferentes, especialmente en caso de que se presente algún tipo de demandas sobre los mismos hechos; dado que todo lo que se manifieste, se discuta o se proponga es confidencial y no puede tenerse como elemento probatorio en caso de no llegar a un acuerdo y se instaure un proceso judicial.
- iv) El principio de imparcialidad, que tiene como premisa no actuar con favoritismos o prejuicios personales respecto de alguno de los participantes e implica asimismo no aceptar favores o regalías.
- v) El principio de equidad del procedimiento o igualdad de armas, diferente del principio de debate contradictorio en el proceso judicial.
- vi) El principio de economía procesal, y sus diferentes expresiones: eficiencia, eficacia, celeridad, economía.
- vii) El principio de neutralidad, consistente en que el mediador no puede proponer formalmente ni imponer soluciones aun cuando tiene como misión reequilibrar la posición de las partes para que dispongan de igualdad de armas para hacer valer sus pretensiones.
- viii) Finalmente, aunque implícito, el principio de legalidad.

A estos habría de añadir la independencia, ética y transparencia, vinculadas a la idea de imparcialidad, de forma que se eviten los eventuales conflictos de intereses entre mediador y partes, tanto durante la mediación como posteriormente.

21. Carácter confidencial

Nos encontramos, efectivamente, ante una institución de naturaleza no jurisdiccional, no una imposición del sistema sino por voluntad de las partes en conflicto por medio de la figura jurídica de la transacción; de no llegarse a un acuerdo pueden instaurar la acción en sede judicial, recordando el carácter confidencial de esta gestión, es decir, lo dicho y lo propuesto no se puede esgrimir ante un juez, salvo las pruebas presentadas a los litigantes y Perito Consultor, que en este proceso no es realmente un dictamen de parte sino un documento base de discusión, además el CGP se lo impide actuar como perito dado que habría un conflicto de interés al conocer el conflicto por los litigantes de las partes; gestión que constituye sólo una modalidad “alternativa” a las instancias judiciales.

22. Asuntos sujetos a transacción

De hecho, la inmensa mayoría de los conflictos se resuelven extrajudicialmente: en la realidad social, las partes hacen y soportan casi todo antes de verse abocadas al suplicio de un litigio judicial; la transacción permite a las partes de una relación

jurídica solucionar un conflicto surgido en torno a ella de manera más ágil y económica que una sentencia.

No hay transacción si antes las partes no han identificado una cantidad objeto de la transacción que las dejará en mejor posición que la sentencia judicial: diferentes estimaciones de las partes sobre el resultado del litigio afectan a su propensión a transigir, estimaciones que en nuestro país esta sujetas al albur judicial sin tener certeza de su resultado, la incerteza del derecho que ha de ser aplicado al caso o los sesgos interpretativos de distintos sectores de la judicatura que de aplicar el adagio “*Todo o nada*”, generalmente se obtiene la nada, así lo demuestra la realidad de los pleitos.

Los asuntos sujetos a transacción son los mismos asuntos que son conciliables definido en el artículo 65 de la Ley 446 de 1998, establece de manera general que “Serán conciliables todos los asuntos susceptibles de transacción, desistimiento y aquellos que expresamente determine la ley”, independientemente que la conciliación sea judicial o extrajudicial.

De otra parte, la conciliación extrajudicial en asuntos de lo contencioso administrativo es un mecanismo de solución de los conflictos entre los particulares y el Estado, la cual debe, obligatoriamente, adelantarse ante un agente del Ministerio Público como requisito de procedibilidad, antes de presentar una demanda de nulidad y restablecimiento, de reparación directa o sobre controversias contractuales ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, en asuntos de naturaleza conciliable. Se requiere abogado para presentar la solicitud de conciliación; en aras de la protección de los derechos de las personas involucradas en el conflicto la ley establece que en la conciliación extrajudicial en asuntos de lo contencioso administrativo, las partes deben estar representadas por abogado, quien deberá concurrir, en todo caso, a las audiencias en que se lleve a cabo la conciliación; sin embargo, resulta conveniente que las partes que han convocado a entidades y organismos de derecho público asistan a la audiencia con miras a que precisen los supuestos fácticos y jurídicos que dan lugar a la controversia.

Transigibles: La materia transigible está determinada por todos aquellos bienes y derechos de contenido patrimonial, sobre los cuales las partes están en capacidad legal de celebrar acuerdos.

Desistibles: Podrán renunciarse los derechos conferidos por las leyes, con tal que sólo miren al interés individual del renunciante, y que no esté prohibida la renuncia.

Los que determine la ley: Aquellos asuntos que ni son transigibles ni son conciliables, pero respecto de los cuales la ley ha establecido que son susceptibles de conciliación, según cada materia.

Acuerdo plasmando en una transacción (conciliación) que presta merito ejecutivo que nunca se va a ejercer dada la consensualidad y aceptación voluntaria de las partes con una participación en la decisión; por lo tanto, resolviendo los conflictos en forma definitiva. En el caso de la conciliación extrajudicial en derecho se suscribe el acta de conformidad con el artículo 1º de la Ley 640 de 2001; en caso contrario se suscriben constancias de imposibilidad o de inasistencia, acorde con el artículo 2º de la Ley 640 de 2001.

23. Proponemos la figura del perito consultor o consultor técnico

Proponemos la figura del perito consultor o consultor técnico que tiene una riqueza conceptual y de apreciación judicial que ha sido poco tratada y sin duda merece ser profundizado, está evolucionando en nuestro país con el Perito de Parte lo que permite una mayor profesionalización en todos los sentidos, como designación de peritos con conocimiento de la materia, disponibilidad del tiempo, imparcialidad, especialización, rapidez, etc., afianzando la cultura colombiana de la mediación de tal forma que los ciudadanos puedan conocer sus ventajas y aplicarlos en sus conflictos sustituyendo la cultura del conflicto por la del acuerdo (aquí vivimos la cultura de la judicialización que lleva a un volumen de litigiosidad desproporcionado), que su puesta en marcha es lógica, hay que responder a una realidad que ya está encima de la mesa para los despachos de los abogados, de los empresarios y por supuesto de las víctimas, como es la resolución de conflictos sin tener que acudir a un juez de la justicia repercutiendo en la construcción de una sociedad más pacífica y dialogante.

