

**ARTÍCULO DE
DIVULGACIÓN**

LA AUDIENCIA DE CONCILIACIÓN EN EL PROCESO ARBITRAL

Carlos Ernesto Quiñones Gómez*

* Abogado egresado de la Universidad del Norte. Especialista en Derecho Marítimo Internacional. Profesor de las asignaturas de Introducción al Derecho e Interpretación Constitucional y Legal del Programa de Derecho de la Universidad del Norte, así como de la asignatura de Derecho Marítimo en el Programa de Relaciones Internacionales de la misma universidad. Miembro de la Lista de Secretarios de Tribunales de Arbitramento de la Cámara de Comercio de Barranquilla. Abogado consultor y litigante.
Dirección postal: Calle 76 N° 54-11, oficina 306, Edificio World Trade Center, Barranquilla (Colombia). cquinones@uninorte.edu.co

REVISTA DE DERECHO
N° 28, Barranquilla, 2007
ISSN: 0121-8697

Resumen

Dentro de las disposiciones legales especiales y aplicables al juicio arbitral en Colombia se encuentran algunas que refieren a la necesidad de llevar a cabo dentro del trámite respectivo una audiencia de conciliación. La naturaleza de dicha diligencia, al interior del proceso arbitral, es discutida en la doctrina, así como lo es la procedencia de una serie de actuaciones que en virtud de disposiciones generales también aplicables podrían ejecutarse. A través de este ensayo se pretende precisar la naturaleza de la audiencia de conciliación, establecida por la Ley como una etapa dentro del proceso arbitral, la oportunidad para llevar a cabo la misma, así como el tipo de actos procesales que podrían llevar promover las partes e incluso los árbitros una vez se cite y realice la misma.

Palabras claves: Arbitraje, conciliación, audiencia, procedimiento arbitral.

Abstract

In the special legal dispositions applicable inside the arbitration trials in Colombia, some have the necessity of being implemented within the respective course of action of a settlement. The nature of such action, in the arbitration trial, is discussed among the different writers (doctrinants), just as well as the provenance of a series of acts that in virtue of the general dispositions also applicable could be executed. Through this essay, which pretendends to precise the nature of the settlement established through the law as a step inside the arbitration process, the opportunity to under go the hearing, as well the types of procedural acts that could be promoted by the distinctive sides undergoing the settlement once it has been called upon and after it has been done.

Key words: Arbitration, settlement, hearing, arbitration procedure.

1. ANOTACIONES GENERALES

Dentro del trámite del proceso arbitral muchos reglamentos¹ que regulan la materia han previsto, como una alternativa o como un acto procesal ineludible, la citación de las partes en litis a una audiencia de conciliación, dentro de la cual los árbitros designados habrán de fomentar un acuerdo que pongan fin al proceso o por lo menos la limitación y circunscripción de los aspectos y cuestiones litigiosas que deben ser objeto de un pronunciamiento final.

Tal diligencia, en la medida en que se vea estrictamente como un acto procesal previamente establecido en el respectivo reglamento arbitral, o tal alternativa, en la medida en que dicha citación provenga directamente de las partes o a instancia de los árbitros, en todo caso supone entender que a través de la misma se trata de “cambiar conceptualmente el marco adversarial en que se desenvuelve el arbitraje, y adoptar una orientación cooperativa en la que la solución no sea impuesta por el tercero, sino que resulte de la voluntad de ambas partes que deciden terminar el conflicto en virtud de haber alcanzado una síntesis mutuamente satisfactoria” (*Caivano, 2000).

Ahora bien, siguiendo esta filosofía y orientación general, la legislación colombiana, desde hace varios años, ha consagrado la necesidad que se lleve a cabo como acto procesal, dentro del desarrollo del proceso arbitral, una audiencia de conciliación en la cual se les permita a las

¹ Pueden ser citados como ejemplo la Ley de Arbitraje y Mediación N° 145 del 4 de septiembre de 1997 de Ecuador, en cuyo artículo 15 se prevé que “Una vez contestada o no la demanda o la reconvencción, el director del centro de arbitraje o el árbitro o árbitros independientes notificarán a las partes, señalando día y hora para que tenga lugar la audiencia de mediación a fin de procurar un avenimiento de las partes”. En igual sentido la Ley General de Arbitraje N° 26572 del 3 de enero de 1996 de Perú, a través de su artículo 33, numeral cuarto, prescribe que “...los árbitros citarán a las partes a una audiencia de conciliación dentro de los diez (10) días siguientes. La audiencia tendrá por finalidad propiciar un arreglo entre las partes o esclarecer, entre otros aspectos, las pretensiones de las partes, la existencia de hechos controvertidos y toda otra cuestión que sea necesario precisar para un mejor desarrollo del arbitraje”. También, la Ley de Arbitraje y Conciliación N° 1770 del 10 de marzo de 1997 de Bolivia establece que “Son facultades de los Árbitros: 2. Disponer en cualquier estado del procedimiento las diligencias convenientes para esclarecer la verdad de los hechos controvertidos, pudiendo a tal fin solicitar aclaraciones, informaciones complementarias y las explicaciones que estimen necesarias, respetando el derecho de defensa de las partes” (Art. 31, numeral 2°).

partes, con la intervención del Tribunal de Arbitramento², llegar o por lo menos explorar fórmulas de arreglo que conlleven a la solución de las diferencias que promovieron la instalación de dicho Tribunal. De forma tal que dicha solución total o parcial cuente con el advenimiento de las partes enfrentadas y no sea impuesta, como de hecho sucedería con el laudo que al final del trámite habrán de proferir los árbitros.

Dentro del desarrollo legislativo que ha tenido la inclusión de la audiencia de conciliación en el proceso arbitral vale citar, en primer lugar, la Ley 23 de 1991, a través de la cual inicialmente se establecieron una serie de parámetros aplicables a la mencionada audiencia. En segundo término, el Decreto 2651 de 1991, el cual dispuso que, ante el director del centro (de arbitraje) como conciliador, una vez agotada la etapa de instalación del tribunal debía llevarse una audiencia de conciliación. En tercer lugar, la Ley 446 de 1998 en su artículo 121 se refirió a la etapa de conciliación, precisando que en el proceso arbitral debía llevarse a cabo una audiencia para tal fin, dentro del trámite previo a la instalación del Tribunal de Arbitramento, la cual debía surtirse ante el director del Centro de Arbitraje (como conciliador), sin perjuicio de que éste pudiera delegar tal función. Posteriormente, a través del Decreto 1818 de 1998, “por medio del cual se expide el estatuto de los mecanismos alternativos de solución de conflictos”, se prescribió –siguiendo lo ya regulado por la Ley 446 de 1998– que previo a la instalación del Tribunal de Arbitramento, y una vez agotado el trámite previsto en los artículos 428 y 430 del Código de Procedimiento Civil, debía el director del Centro de Arbitraje citar a una audiencia de conciliación, en la cual dicho director actuando como conciliador procurará un arreglo total o parcial entre las partes.

2. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

En la actualidad, como consecuencia de varias reformas legislativas que se han implementado sobre el arbitraje (y su procedimiento), así como la existencia de diferentes pronunciamientos jurisdiccionales sobre la materia³, existe disparidad de criterios acerca de cuál es la naturaleza

² Antes de la sentencia C-1038 de 2.002 dicha diligencia era conducida por el director del Centro de Arbitraje designado por las partes.

³ En particular a través de sentencias que dictadas por la Corte Constitucional dentro del control de constitucionalidad que ejerce conforme al artículo 241 superior han precisado ciertos aspectos constitucionales aplicables al proceso arbitral.

de la audiencia de conciliación que debe surtir en el proceso arbitral, como también existen diferencias doctrinales sobre los actos procesales, los deberes, las cargas y las facultades que tienen las partes y los árbitros en virtud de la mencionada diligencia.

3. PROPÓSITO DEL ENSAYO

El propósito de este escrito lo constituye (i) el de presentar las diferentes tesis doctrinales sobre la naturaleza y razón de la audiencia de conciliación en el proceso arbitral que rige en nuestro país, para luego (ii) resaltar cuál es la verdadera naturaleza de la mencionada audiencia de conciliación, y así (iii) precisar, con base en tal naturaleza, cuáles realmente son los deberes y facultades que tienen tanto las partes como los árbitros con relación a tal diligencia.

4. TESIS DOCTRINALES CON RELACIÓN A LA AUDIENCIA DE CONCILIACIÓN EN EL PROCESO ARBITRAL Y SU NATURALEZA

4.1. Planteamiento de Jorge Hernán Gil Echeverry

En la última edición conocida de la obra *Nuevo Régimen de Arbitramento*, el doctor Jorge Hernán Gil Echeverry (2004) plantea su posición con relación a la naturaleza de la audiencia de conciliación del proceso arbitral. El mencionado profesor recalca, con relación a la misma, que el pronunciamiento efectuado en la sentencia C-1038 de 2002 por parte de la Corte Constitucional modificó el momento procesal para su práctica, la cual pasó de estar programada antes de la instalación del Tribunal Arbitral a un momento posterior a dicha instalación, pero, en todo caso, después de que se haya surtido el trámite de admisión de la demanda arbitral, su traslado, así como la admisión y traslado de la demanda de reconvencción, y antes de citarse a las partes a la primera audiencia de trámite.

Ahora bien, con bastante énfasis el doctor Gil Echeverry recalca, a lo largo de su obra, que la audiencia de conciliación en el proceso arbitral es de naturaleza **prejudicial o extrajudicial**, “que se rige básicamente por los mismos preceptos contenidos en la Ley 23 de 1991” (Gil Echeverry, 2004). O como él mismo Gil Echeverry lo dice, se trata de una audiencia que “...tiene como finalidad única y exclusiva instar a las partes a buscar

un acuerdo amistoso que evite la intervención jurisdiccional propiamente dicha del tribunal arbitral. Por esta razón es una conciliación en centro de conciliación, y deben aplicarse los principios consagrados en la Ley 23 de 1991, para esos trámites” (Gil Echeverry, 2004)⁷.

Como consecuencia de tal calificativo, el de que la audiencia de conciliación en el trámite arbitral sea, según Gil Echeverry, una audiencia prejudicial o extrajudicial, se arriba a otra consideración según el citado autor: el que tal diligencia en el trámite arbitral sea “sustancialmente” distinta de la conciliación prevista por el artículo 101 del Código de Procedimiento Civil colombiano.

En la explicación propuesta para justificar su postura, el tratadista en mención estima que la audiencia de conciliación fue concebida como previa a las funciones jurisdiccionales propias del Tribunal Arbitral, las cuales, da a entender, sólo se iniciarían una vez el Tribunal asuma su propia competencia, lo que sucede en la primera audiencia de trámite. Según este autor, entonces, todo acto o diligencia programada o surtida e incluso establecida expresamente por la ley antes de la primera audiencia de trámite –que es en la cual el Tribunal asume competencia– no es de corte jurisdiccional y, por ende, debe ser tildado como extrajudicial o prejudicial, adjetivos éstos que entonces definirían la naturaleza de la audiencia de conciliación en el proceso arbitral, la cual por celebrarse antes de que el Tribunal asuma competencia no es judicial ni jurisdiccional.

Si la audiencia de conciliación en el proceso arbitral no es de esencia judicial sino extrajudicial –como lo afirma Gil Echeverry–, y si además la misma no es equiparable ni comparable a la concebida en el artículo 101 del Código de Procedimiento Civil, según el autor analizado, los árbitros en dicha diligencia no actúan como jueces, sino como conciliadores, razón por la cual no podrían aplicar las sanciones procesales ni pecuniarias de que trata aquella disposición legal y que tienen lugar cuando las partes no asisten a la audiencia y además no justifican su inasistencia en los términos de ley o, incluso, cuando se retiran de la misma sin autorización del juzgador. Argumenta Gil así que el artículo 101 del CPC, en lo respectivo a las sanciones, es de interpretación y aplicación restrictiva, por lo cual no puede ser extendido analógicamente al supuesto de la audiencia de conciliación del trámite arbitral, la cual, por demás, es distinta de la prevista en la norma del

estatuto procesal civil. Incluso por actuar los árbitros como conciliadores y no como jueces en la audiencia plurimencionada, indica el profesor analizado que “Si las partes llegan a un acuerdo, el director suscribirá el acta (como conciliador) pero no está en la obligación de proferir un auto de aprobación de la conciliación, como sí debe hacerlo el juez, tratándose de la audiencia del artículo 101” (Gil Echeverry, 2004).

Creemos que esta última afirmación del Gil Echeverry, como lo veremos más adelante, debe ser contextualizada dentro del esquema actual del trámite arbitral, en el sentido que comoquiera que ya no es el director del Centro de Arbitraje quien cita a las partes a la audiencia de conciliación, ni interviene en ella, sino que tal menester corresponde a los árbitros, son éstos los que, en el esquema propuesto, no tienen que dictar una providencia de aprobación de lo conciliado, sino que bastaría con suscribir el acta misma, como muestra de su advenimiento.

No puede perderse vista en el análisis que hace Jorge Hernán Gil Echeverry que en su sentir, la naturaleza extrajudicial de la audiencia en cita deviene es de la evolución legislativa sobre la materia, así como la interpretación que a la misma debe dársele, especialmente a las disposiciones que a partir de 1989 se han promulgado y que tienen relación con el proceso arbitral, de lo cual concluye este autor que la intención del legislador siempre fue proyectar la audiencia de conciliación en el proceso arbitral como una audiencia prejudicial o extrajudicial, nunca como judicial. Por lo importante de dichos comentarios, en la argumentación aludida, reproducimos lo expuesto por Gil Echeverry con relación al punto:

Que la audiencia de conciliación que se celebra en el centro de arbitraje dentro del proceso arbitral es diferente de la audiencia judicial o del artículo 101, se desprende de las mismas normas que la establecieron. Dicha audiencia no fue prevista ni por el CPC ni por las modificaciones surgidas con el Decreto 2279 de 1989 y la Ley 23 de 1991. Por el contrario, la audiencia del artículo 101 fue establecida mediante el Decreto 2282 de 1989. Posteriormente, el Decreto 2651, en su artículo 16, formando parte del trámite inicial del arbitramento, la consagró en los siguientes términos:

(3) salvo que con anterioridad se hubiere intentado, habrá lugar a una audiencia de conciliación, la cual se cumplirá ante el director del centro como conciliador, y se efectuará una vez se hayan cumplido todos los trámites previos a la instalación del tribunal.

La función del tribunal es de simple conciliador, y tiene las mismas facultades que la ley le otorga, cuando actúa como conciliador de centro de conciliación, razón por la cual, si las partes llegan a un acuerdo, el director suscribirá el acta (como conciliador) pero no está en la obligación de proferir un auto de aprobación de la conciliación, como sí debe hacerlo el juez, tratándose de la audiencia del artículo 101.

Por otra parte, en el artículo 10° del decreto 2651 de 1991 se manifestó lo siguiente:

Con excepción de las audiencias previstas en el trámite de conciliación a que se refiere el artículo 2° y el numeral 3 del artículo 16 de este decreto, la inasistencia injustificada a alguna de las audiencias de conciliación previstas en este decreto o la contemplada en el artículo 101 del CPC, tendrá además de las consecuencias indicadas en el citado artículo, las siguientes: (...)

De manera que conforme con esta norma existen varias audiencias de conciliación, las cuales, obviamente, son diferentes entre sí, a saber:

- a. La audiencia del artículo 2° del Decreto 2651, o especial.
- b. La audiencia del artículo 16, numeral 3 del Decreto 2651 o audiencia prearbitral.
- c. La audiencia del artículo 101, lo cual se hizo extensible a los procesos que trata el artículo 6° del Decreto 2651 o audiencia judicial.

La diferencia es más notoria conforme con la Ley 446 sobre descongestión, eficiencia y acceso a la justicia, en cuyo título II, capítulo 3, se reguló la denominada conciliación extrajudicial o de centro de conciliación y en el capítulo 4, la denominada conciliación judicial (Gil Echeverry, 2004).

Se concluye entonces que para el profesor Gil Echeverry la audiencia de conciliación en el proceso arbitral es de naturaleza prejudicial o extrajudicial, distinta de la concebida en el artículo 101 del Código de Procedimiento Civil. Y que en dicha diligencia los árbitros no actúan como jueces, sino exclusivamente como conciliadores, quienes en virtud de dicha condición no deberían ni podrían aplicar las sanciones procesal y pecuniaria contenidas en el artículo 101 *ibídem*, ni tampoco aprobar una eventual conciliación mediante providencia motivada, pues bastaría tan solo suscribir el acta respectiva.

4.2. Tesis de Hernán Fabio López Blanco

Coincide el tratadista Hernán Fabio López Blanco con varios de los planteamientos que presenta Gil Echeverry con relación a la audiencia de conciliación que debe llevarse a cabo en el proceso arbitral,

principalmente en lo que tiene que ver con el objeto de la misma, cual es exclusivamente brindar a las partes una oportunidad para el arreglo directo de sus diferencias.

Igualmente, comparte el que las sanciones de que trata el artículo 101 del CPC y que operan cuando las partes, sin justa causa para ello, no asisten a la audiencia o se retiran de la misma, no resultan aplicables en el proceso arbitral y, por ende, los árbitros no tendrían potestad para la imposición de las mismas. Lo cierto es que el profesor López Blanco no explica las razones por las cuales las mencionadas sanciones no resultan aplicables al proceso arbitral. No ofrece argumento contundente al respecto, y tan sólo se limita a exponer tal conclusión. Específicamente y de manera literal precisa López Blanco:

En este orden de ideas considero que la posibilidad de pedir aplazamiento de la audiencia si se prueba una justa causa para no comparecer, es asunto aplicable al proceso arbitral, lo que no tiene nada de novedoso, porque así se ha venido aceptando; empero, en lo que concierne con las sanciones pecuniarias y la deducción de indicios por la no asistencia estimo que no es asunto aplicable..." (López Blanco, 2004).

Quiere decir lo anterior que para López Blanco la audiencia de conciliación en el proceso arbitral sólo tiene una única finalidad: la de procurar obtener una solución negociada a las diferencias. Los árbitros no pueden sancionar –conforme lo indica el artículo 101 del CPC– la inasistencia injustificada de las partes a la misma. Ni tampoco los árbitros podrían agotar las otras etapas previstas en el artículo 101 citado, como es la fijación del litigio, saneamiento del proceso y la práctica de interrogatorios, si las partes lo han pedido, etapas éstas que no resultan propias de la naturaleza del proceso arbitral. Sin embargo, surge el interrogante de si para López Blanco se trata de una diligencia prejudicial, como lo indica Gil Echeverry, y si en la misma los árbitros actúan como jueces y conciliadores. Estos interrogantes no los toca el profesor López Blanco, pero serán objeto de análisis más adelante de nuestra parte.

Por otro lado, expone López Blanco que luego de realizada la audiencia de conciliación en el trámite del proceso arbitral tampoco es posible que, dentro de los tres días siguientes a su realización, las partes puedan modificar sus peticiones de prueba. Tal potestad, según el mencionado

autor, no es posible ejercerla, comoquiera que en la audiencia de marras no hay fijación de hechos del litigio. Surge la pregunta: ¿es ésta una razón válida para negar el ejercicio de la mencionada potestad?

4.3. Tesis de Ramiro Bejarano Guzmán

Ramiro Bejarano Guzmán, reconocido tratadista en derecho procesal, parte de la base de que a la audiencia de conciliación en el proceso arbitral las partes imperativamente deben asistir, comoquiera que dicha inasistencia desemboca en la aplicación de las sanciones contenidas en el artículo 101 del Código de Procedimiento Civil (Bejarano Guzmán, 2005). Además, agrega que si las partes concilian sus diferencias en dicha audiencia, se hace necesario que los árbitros dicten una providencia (auto) mediante la cual aprueben dicho arreglo. A lo largo de su exposición Bejarano Guzmán precisa, a contrario de lo que explica Gil Echeverry, que los árbitros en la audiencia de conciliación, y desde mucho antes, actúan en calidad de jueces, es decir, en ejercicio de la función pública de administrar justicia, razón por la cual, además, estarían investidos del poder necesario para aplicar las sanciones por inasistencia de las partes a la mencionada diligencia.

Lo cierto es que sólo tomando como referencia a los tres autores mencionados, quienes definitivamente son reconocidos en el foro y en la academia por sus conocimientos en derecho procesal y arbitral, se evidencian unas notables diferencias en lo que tiene que ver con la naturaleza de la audiencia de conciliación que debe, sin duda, llevarse a cabo en el trámite de un proceso arbitral, así como en el tratamiento que los árbitros deben dar a la misma, en lo que tiene que ver con las consecuencias procesales, ora derechos, ora deberes, ora sanciones, que emergen de su realización o de la inasistencia a la misma.

5. NUESTRO CRITERIO

5.1. La audiencia de conciliación en el proceso arbitral es de naturaleza judicial

Uno de los puntos sobre los cuales más insiste parte de la doctrina, como bien se ha destacado, y el pensamiento del profesor Jorge Hernán Gil Echeverry constituye un ejemplo, es el que la audiencia de conciliación que viene establecida por las normas que se refieren al proceso arbitral

es de naturaleza extrajudicial o prejudicial. Tal planteamiento resulta, en nuestro sentir, impreciso, por los argumentos que siguen:

El proceso arbitral ante todo es un proceso de naturaleza jurisdiccional. Si bien es cierto que quienes actúan como árbitros tienen una competencia específica y transitoria que deriva de la voluntad de los contendientes al querer someter tal o cual diferencia al conocimiento de particulares a quienes se les inviste de la función pública de administrar justicia⁴, ello no deriva en la posibilidad de considerar que hay actos que son jurisdiccionales y otros que no lo son, una vez se inicia el proceso arbitral. Todo acto emanado de los árbitros, una vez inicia el proceso arbitral, una vez es presentada la convocatoria del Tribunal de Arbitramento por quien promueve tal acción, es de corte judicial, así como lo serían todas y cada una de las audiencias que se llevan a cabo a partir de ese momento, incluyendo, lógicamente, la audiencia de conciliación. Sobre este punto enfatizó la Honorable Corte Constitucional en sentencia C-1038 de 2.002⁵, cuando consideró que varios de los actos que adelantaba el director del Centro de Arbitraje por ser netamente judiciales no podían ser promovidos o conocidos por él sino por los árbitros, quienes son los que reciben el poder para administrar justicia en el caso para el cual han sido designados.

La demanda de inconstitucionalidad que a la postre dio origen a la sentencia C-1038 citada se apoyaba precisamente en que la denominada fase prearbitral, adelantada por el director del Centro de Arbitraje correspondiente, implicaba una serie de actos de naturaleza judicial que no podía ejecutar dicho director, comoquiera que no tenía ni la calidad de árbitro, ni tampoco había sido investido, por las partes, de la función pública de administrar justicia. Tal cargo y su procedencia fue reconocido por la Corte Constitucional en la sentencia referida, en la cual además se expresó que "... la fase prearbitral tiene una naturaleza

⁴ El artículo 116 constitucional expresamente se refiere a tal potestad, y específicamente a las características de la misma, al prescribir que "Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función pública de administrar justicia en la condición de (...) árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley".

⁵ A través de dicha sentencia se analizó la constitucionalidad de los artículos 13 y 15 del Decreto 2651 de 1991, así como de los artículos 119, 121 y 122 de la Ley 446 de 1998, los cuales según el demandante en sede constitucional transgredían el artículo 116 de la Carta.

jurisdiccional, por las siguientes razones: i) puede implicar limitaciones al acceso a la administración de justicia; ii) está destinada a impulsar el proceso arbitral, que es de naturaleza jurisdiccional, y iii) en su fondo y forma está sometida a lo previsto en el estatuto procesal civil para los procesos judiciales”.

Por ello, no podemos estar de acuerdo con el profesor Gil Echeverry, para quien el hecho de que la audiencia de conciliación esté prevista, al interior del proceso arbitral, en la denominada etapa prearbitral convierte, de una u otra forma, a dicha audiencia en extrajudicial o prejudicial. En nuestra opinión, la citada audiencia es una audiencia de corte judicial. Por mandato legal debe ser fijada, en determinada etapa, por los árbitros, quienes teniendo, desde el momento de su designación y aceptación, la calidad de jueces obran en tal condición y, por ende, los actos que ejecuten, a partir de dicho momento, con relación al asunto del que conocen, deben ser catalogados como actos judiciales.

Además, no basta sólo afirmar que la sola inspiración o querer del legislador de prever dicha audiencia como prejudicial conlleva necesariamente a que tal regulación sea válida y, por ende, deba concebirse como una diligencia extrajudicial, en la cual los árbitros actuarían al interior de la misma tan sólo como conciliadores y no como jueces. La Corte en la sentencia C-1038 de 2002 enseña que si el proceso arbitral, desde la convocatoria del Tribunal de Arbitramento, es netamente jurisdiccional, igual suerte habrán de seguir los actos subsiguientes a dicha convocatoria, incluyendo la audiencia de conciliación. No basta entonces tan sólo el querer legislativo para considerar que tal conclusión es necesariamente válida y ajustada a la Carta Política, por cuanto si los árbitros luego de ser designados aceptan el encargo de administrar justicia a un caso particular y concreto, lo cual sucede antes de la citación a la audiencia de conciliación, y con base en ello adquieren igualmente la calidad de jueces, no puede afirmarse que a lo largo del proceso arbitral pueden dejar de serlo, para efectos de la conciliación. Los árbitros, incluso, en la misma audiencia de conciliación actúan como jueces, y en tal calidad deben aprobar o no el arreglo al que hayan llegado las partes, aclarando, en todo caso, que esa condición de jueces con la que actúan los árbitros a lo largo del proceso arbitral no resulta incompatible con la calidad de conciliadores que pueden adoptar especialmente en la audiencia de conciliación no sólo oyendo a las partes en el transcurso de dicha diligencia, sino también proponiendo fórmulas de arreglo, sin que ello implique prejuzgamiento alguno.

5.2. La asistencia a la audiencia de conciliación resulta obligatoria

Parece inferirse de pensamiento de Gil Echeverry, así como del de López Blanco, que las partes pueden disponer si desean o no asistir a la audiencia de conciliación a la que citen los árbitros en desarrollo del proceso arbitral. Y a tal conclusión se llega si se afirma, como lo hacen los citados juristas, que los árbitros no tienen poder alguno para sancionar a quien no asista (sin justificación) a dicha diligencia. Por ello, al no haber sanción alguna que reproche la no asistencia de las partes a dicha audiencia no hay deber jurídico de asistir a la misma, parece ser la reflexión que había que adelantar con base en lo que destacan Gil Echeverry y López Blanco.

Sin embargo, en nuestro sentir, sí resulta imperativo que las partes asistan a dicha diligencia de conciliación, a la cual las deben citar los árbitros.

El artículo 141, numeral primero, del Decreto 1818 de 1998 prescribe que en el trámite del proceso arbitral debe surtirse lo establecido en los artículos 428 y 430 del Código de Procedimiento Civil. A su vez, el numeral segundo de la misma disposición, esto es, del artículo 141 *ibidem*, establece que la audiencia de conciliación “se celebrará de conformidad con lo previsto en el párrafo primero del artículo 432 del Código de Procedimiento Civil”. Y el artículo 432, párrafo primero del Estatuto Procesal Civil ordena que “El juez aplicará, en lo pertinente, lo dispuesto en los párrafos 2º y 3º del artículo 101”. Ahora bien, surge la cuestión de qué debe considerarse por “lo pertinente” y, por ende, lo aplicable de los párrafos 2º y 3º del artículo 101 del CPC al proceso arbitral. En nuestro concepto, resulta parcialmente aplicable el párrafo segundo del artículo 101, en la forma que pasamos a precisar, sin antes advertir que no hay razón válida por la cual se pueda llegar a considerar que tal párrafo no pueda regir y regular la audiencia de conciliación del proceso arbitral, máxime cuando tal audiencia es esencialmente de linaje judicial, y las reglas que en aquella disposición se fijan no entran en contradicción con las etapas procesales que posterior a la audiencia de conciliación deben agotarse en el trámite arbitral.

En este orden de ideas, a la audiencia de conciliación deben asistir las partes que hasta ese momento estén vinculadas al proceso. Los árbitros deben citarlas mediante auto, en el cual se advierta que la inasistencia

a la misma acarrea las sanciones tanto procesales como pecuniarias previstas en la ley.

Siendo entonces imperativa la asistencia de las partes a la audiencia de conciliación, en aras de evitar por lo menos la aplicación de las sanciones, se entiende que si no lo hacen deben excusarse, ya sea antes de la hora señalada para la audiencia, mediante prueba sumaria que acredite una justa causa, quedando los árbitros, en este supuesto, en el deber de fijar una nueva fecha, la cual debe coincidir con el quinto día hábil siguiente.

Por eso, siguiendo este derrotero, resultan aplicables también los numerales uno, dos, tres parcialmente, cuatro y cinco del segundo párrafo del artículo 101 del CPC.

Ahora bien, en cuanto a las sanciones de que trata la norma en comento, punto sensible para algunos, en nuestra opinión tales sanciones deben ser aplicadas en los supuestos previstos en el artículo 101, párrafo segundo, esto es, cuando las partes no concurren a la audiencia o se retiren de la misma, antes de su finalización, sin una justa causa.

Tales sanciones que deben aplicar los árbitros en los supuestos mencionados están expresamente previstas en una disposición que, en el aparte respectivo, no choca con el proceso arbitral. Además, a ella remite de una u otra forma el Estatuto Arbitral. Y por ende, los árbitros, como jueces que son, sometidos al imperio de la ley, deben ceñirse especialmente a la misma.

Surge el interrogante de cuál es el momento procesal para de ser necesario los árbitros apliquen las sanciones previstas en el segundo párrafo del artículo 101 del CPC. ¿Lo pueden hacer antes de la primera audiencia de trámite, es decir, antes de que asuman competencia? ¿o deben esperar asumir competencia para poder aplicar dichas sanciones?

Creo que de conformidad con el planteamiento según el cual los árbitros asumen la calidad de jueces desde el mismo momento de su aceptación a la designación de árbitros, y una vez instalado el Tribunal, no se debería esperar a que se lleve a cabo la primera audiencia de trámite para asumir competencia y, por ende, sancionar a las partes

por la inasistencia a la audiencia de conciliación. Es decir, si los árbitros tienen la calidad de jueces desde antes de la primera audiencia de trámite⁶, ello quiere decir que tienen potestad para aplicar las sanciones antes mencionadas. Afirmar lo contrario sería equivalente a sostener, por ejemplo, que los deberes, poderes de ordenación, instrucción y disciplinarios de que tratan los artículos 37 a 39 del CPC sólo se tienen y pueden ejercerse por los árbitros una vez asuman competencia en la primera audiencia de trámite, lo cual sería absurdo.

Queda así sentado entonces que la asistencia a la audiencia de conciliación es obligatoria. Que los árbitros antes y durante la misma actúan como jueces también. Que si las partes no asisten a dicha diligencia o se retiran de la misma sin justa causa se hacen acreedores a las sanciones procesales y pecuniarias de que trata el artículo 101, parágrafo 2º, del artículo 101 del CPC. Y que tales sanciones deben ser aplicadas por los árbitros, mediante auto, el cual puede ser dictado antes de que se lleve a cabo la primera audiencia de trámite.

5.3. La audiencia de conciliación debe llevarse a cabo una vez esté instalado el Tribunal

Otra cuestión importante de precisar es el momento en el que la audiencia de conciliación debe llevarse a cabo. Según el Estatuto Arbitral vigente antes de la sentencia C-1038 de 2002, dicha audiencia debía llevarse a cabo una vez el director del Centro de Arbitraje admitiera la demanda arbitral, corriera traslado de la misma a la parte convocada, ésta ejerciera su derecho de defensa, y se definiera igualmente lo atinente a la demanda de reconvencción, si la hubiera, en todo caso antes de la instalación del Tribunal de Arbitramento.

Luego de la declaratoria de inexecutable contenida en la sentencia C-1038 de 2002, y como consecuencia de tal acto, el momento para llevar a cabo tal diligencia ha variado. En primer lugar, luego de la designación de los árbitros y de la aceptación al cargo, procede la instalación del Tribunal Arbitral en audiencia en la cual se define lo atinente a la admisión de la demanda arbitral y el traslado de la misma a la parte

⁶ Pueden inclusive ser recusados por las partes, con base en las causales aplicables a los jueces. Y tal recusación ha de hacerse antes de la primera audiencia de trámite.

convocada, quien tendrá la posibilidad de contestar la demanda y a proponer demanda de reconvencción, documentos a los cuales se le dará el trámite respectivo. Una vez culminado este trámite inicial deberá el Tribunal proceder a citar a las partes a audiencia de conciliación, lo cual debe hacerse mediante providencia en la cual se adviertan de las consecuencias por la inasistencia a la misma. Creemos, sin embargo, que no habría razón alguna por la cual el Tribunal, luego de surtido lo atinente al trámite de la demanda principal y la de reconvencción, si la hubiere, no pueda proceder antes de citar a las partes a audiencia de conciliación a fijar los honorarios y gastos del Tribunal, para que luego de que venza el término de la consignación a que hace referencia el artículo 144 del Decreto 1818 de 1998, y en la medida en que se haga tal consignación por las partes, se cite ahora sí a la audiencia de conciliación. Considero que esta segunda alternativa no desconoce el derecho al debido proceso de las partes, por lo cual resulta viable.

Es sabido que en el proceso arbitral, con las limitaciones establecidas en los artículos 149 y 150 del Estatuto Arbitral, se acepta la intervención de terceros. Estimo que resulta importante tener en cuenta el momento en el cual se han de vincular tales terceros al proceso, comoquiera que es posible que no puedan participar en la audiencia de conciliación que se cita antes de la primera audiencia de trámite, a la cual tendrían derecho de asistir, debido al interés jurídico que tendrían sobre el litigio.

El planteamiento aceptado en la práctica es que únicamente cuando el Tribunal asume competencia –lo cual acontece en la primera audiencia de trámite– es que puede definir lo atinente a la intervención de terceros que no han suscrito o aceptado expresamente la cláusula compromisoria o el compromiso. Sucede, y he allí el punto, que para ese momento procesal ya fue evacuada la audiencia de conciliación y, de una u otra forma, no se advierte que el tercero que acepte intervenir en el proceso y consigne los honorarios y gastos que se le liquiden, también habría de tener el derecho de procurar solucionar el conflicto por la vía de la conciliación, que de suceder antes de la primera audiencia de trámite conlleva a la no causación de honorarios para los árbitros. ¿Se le viola el debido proceso al tercero vinculado en esa forma, en ese momento procesal, y quien no podría en audiencia de conciliación, citada para antes de la primera audiencia de trámite, solucionar la controversia sometida a arbitramento?

Podría pensarse que una solución aproximada a este dilema ha de encontrarse en la Ley 640 de 2001, artículo 43, conforme a la cual “Las partes, de común acuerdo, podrán solicitar que se realice la audiencia de conciliación en cualquier etapa de los procesos”, o el mismo juez, de oficio, también podría citar a la misma. Esto, como es fácil suponerlo, puede llevarse a cabo luego de finalizada la primera audiencia de trámite en el proceso arbitral, si a bien tienen los árbitros, o si las partes lo solicitan, brindando así la posibilidad al tercero vinculado para que pueda participar y proponer una forma alterna de solucionar el litigio.

5.4. Actos no susceptibles de llevarse a cabo en la audiencia de conciliación del proceso arbitral

Antes se indicó que de conformidad con el artículo 432 del Código de Procedimiento Civil se aplicaba en lo pertinente los parágrafos 2º y 3º del artículo 101 del citado estatuto.

Ahora bien, como es de suponerlo, la estructura misma del proceso arbitral no es compatible con una serie de actos procesales previstos en los citados parágrafos. Así, por ejemplo, en tal diligencia no podrán resolverse excepciones previas por la potísima razón de que en el proceso arbitral tales medios de defensa procesal no se admiten⁷. Tampoco, siguiendo lo expuesto, la citada audiencia servirá para adoptar medidas de saneamiento, ni para adelantar interrogatorios de parte; ello por cuanto las pruebas sólo pueden practicarse una vez los árbitros las decreten, y eso sólo sucede, por mandato de la ley, en la primera audiencia de trámite, esto es, luego de terminarse la audiencia de conciliación.

Surge una importante pregunta: ¿pueden las partes luego de terminada la audiencia de conciliación en el proceso arbitral modificar las solicitudes de pruebas “contenidas en la demanda, en la contestación o en el cualquier otro escrito que de acuerdo con la ley pueda contenerlas”?

Existe oposición doctrinal a tal posibilidad. Empero, usualmente se acepta por parte de los árbitros que en la práctica conocen de litigios sometidos a un trámite arbitral la validez de las peticiones que en dicho sentido presentan las partes. Sin embargo, las motivaciones que se dan

⁷ Artículo 141 del Decreto 1818 de 1998.

para decretar las pruebas pedidas en el término en cuestión no siempre son uniformes, al punto que, como ya se indicó, ni la doctrina se pone de acuerdo en ello.

En nuestra opinión, sí resulta viable que las partes dentro de los tres días siguientes a la audiencia de conciliación puedan modificar sus solicitudes de prueba. Considero que el hecho de que en la audiencia de conciliación, tal y como debe darse en el proceso arbitral, no haya fijación de hechos del litigio, no debe convertirse en un argumento fuerte para impedir el ejercicio de dicha facultad, la cual, por demás, puede ser ejercida por todas las partes, sin discriminación alguna. Se insiste que al parágrafo tercero del artículo 101 del CPC existe una remisión directa por parte del artículo 432 del CPC, parágrafo primero, con lo cual se concluye que el término adicional para modificar las solicitudes de pruebas al cual aludimos no depende en sí mismo y exclusivamente de que en la audiencia de conciliación se fijen o no los hechos objeto del litigio, sino que comoquiera que no existe un acuerdo conciliatorio, el proceso deba continuar, permitiéndoseles a las partes pedir más pruebas, si así lo desean, en defensa de sus intereses y en igualdad de condiciones.

Sin embargo, particular interés debe ofrecer qué ha de entenderse y cómo ha de ejercerse la facultad de modificar las solicitudes de pruebas a la que nos hemos referido. Para algún sector tanto doctrinal como jurisprudencial, tal facultad debe entenderse en su sentido restringido, conforme al cual la modificación implica tan sólo la remisión a las pruebas pedidas inicialmente (en cualquiera de las oportunidades de que trata la ley), sin que ello conlleve a solicitar la práctica de pruebas que no fueron solicitadas antes. Sin embargo, para otro sector tal interpretación no resulta ajustada al sentido y alcance de la disposición legal que permite el ejercicio de dicha potestad, comoquiera que la modificación de las solicitudes de prueba implica, también, la posibilidad de pedir la práctica de pruebas que no se había solicitado en oportunidad pasada, derecho que tiene por igual cualquiera de las partes que se encuentran en litigio. Creemos que la segunda de las posiciones es la acertada si se tiene en cuenta que tal facultad es por entera igual a todas las partes (salvo algunas excepciones que se dan dada la especialidad del trámite arbitral⁸), a lo que se le puede adicionar que modificar implica

⁸ Nos referimos especialmente a los terceros que pueden ser vinculados al proceso arbitral o

una acción dentro de lo cual vale agregar algo que inicialmente no se había pedido, en este caso pruebas, lo cual tendría razón de ser si se tiene en cuenta que para esta etapa procesal se encuentran plenamente identificados los hechos que alegan las partes, así como la totalidad de sus pretensiones o excepciones.

Otro punto que se debe tener en cuenta es si el Tribunal de Arbitramento, una vez instalado, y una vez practicada la audiencia de conciliación que no condujo a ningún arreglo total del litigio, puede, inmediatamente terminada la diligencia de conciliación, pasar a llevar a cabo la primera audiencia de trámite o si imperativamente debe practicar dicha audiencia una vez agotado el término adicional de pruebas al cual nos referimos⁹. El punto es importante porque, como se sabe, es en la primera audiencia de trámite en la cual el Tribunal declara su propia competencia, momento para el cual debería tener todos los elementos de juicio (incluyendo pruebas) para definir tal competencia.

En nuestro sentir, lo más prudente sería que el Tribunal espere la culminación del término adicional para pedir pruebas, al que hace referencia el tercer párrafo del artículo 101 del CPC, y luego de agotado dicho término sí proceder a llevar a cabo la primera audiencia de trámite. Tal solución se ofrece ante la posibilidad de que una de las partes pueda dentro de dicho término, por ejemplo, presentar una prueba con la cual se concluya que el Tribunal no puede declararse competente ante el litigio propuesto, lo cual, entre otras cosas, en defensa del principio de economía procesal, debe declararse en la primera audiencia de trámite y no en el laudo, salvo excepciones que pueden darse.

Referencias

- BEJARANO GUZMÁN, Ramiro (2005). *Los Procesos Declarativos* (3ª edición). Bogotá: Temis.
- ____ (2005). El procedimiento arbitral colombiano. En *El Contrato de Arbitraje*. Bogotá: Universidad del Rosario y Legis.

al liticonsorte necesario que se vincula luego de surtida la audiencia de conciliación o dentro de la primera audiencia de trámite.

⁹ Se aclara que este supuesto puede darse eventualmente si el Tribunal una vez instalado y luego de surtirse las etapas de admisión y traslado de la demanda principal y la de reconvenición, si la hubo, antes de la audiencia de conciliación fijó los honorarios y gastos del Tribunal, consignando las partes, o una de ellas, la totalidad de los mismos.

- BENETTI SALGAR, Julio (2001). *El Arbitraje en el Derecho colombiano*. Bogotá: Temis.
- BOUTINI, Gilberto (2001). *Del Arbitraje Comercial*. Panamá: Editorial Mizrachi & Pujol.
- CAIVANO, Roque J. (2000). *Arbitraje*. Buenos Aires, República Argentina: AD HOC.
- GIL ECHEVERRY, Jorge Hernán (2004). *Nuevo régimen de arbitramento. Manual práctico* (3ª edición). Bogotá: Cámara de Comercio de Bogotá.
- LÓPEZBLANCO, Hernán Fabio (2004). *Procedimiento Civil. Parte Especial*, tomo II (8ª edición). Bogotá: Dupré.
- RODRÍGUEZ MENDOZA, Fernando (2004). *Procedimiento Arbitral*. Bolivia: el País.
- Decreto 1818 de 1998.
- Ley General de Arbitraje N° 26572 del 3 de enero de 1996 de Perú
- Ley de Arbitraje y Conciliación N° 1770 del 10 de marzo de 1997 de Bolivia
- Ley de Arbitraje y Mediación N° 145 del 4 de septiembre de 1997 de Ecuador
- Ley 23 de 1991
- Decreto 2651 de 1991
- Ley 446 de 1998
- Decreto 1818 de 1998
- Setencia C-1038 de 2002