

ALCANCE Y LÍMITES DEL ARBITRAJE EN EQUIDAD

Ana María Larrea*

RESUMEN:

El Arbitraje de Equidad descansa sobre el concepto de equidad, no obstante este arbitraje, como institución, ha sido escasamente regulado en la ley y brevemente tratado en la doctrina, que presenta dos concepciones sobre este arbitraje, la libre o altamente subjetiva, y aquella que no se aparta del derecho, que contiene soluciones generalmente justas, pero busca la solución más justa y adecuada posible. Debemos apoyar y motivar la idea de un arbitraje ex aequo et bono, sobre este concepto, y sobre la base de la racionalidad.

PALABRAS CLAVES:

Arbitraje; Equidad; Interpretación del Derecho; Justicia; Igualdad Procesal; Conflictos.

ABSTRACT:

The arbitration of equity is based on the concept of equity, however this arbitration, as an institution, has been poorly regulated in the law and briefly dealt with in the doctrine, which presents two conceptions on this arbitration, free or highly subjective, and one that does not depart of law, containing generally fair solutions, but seeks the most just and proper solution. We must support and encourage the idea of arbitration ex aequo et bono, on this concept, and on the basis of rationality.

* Abogada, Doctora en Jurisprudencia, Egresada de Especialista y Máster en Derecho Procesal, Universidad Católica de Guayaquil. Árbitro de la Cámara de Comercio de Guayaquil, Profesora Invitada de Derecho Mercantil, Directora y Asesora Jurídica de APIVE, Asociación de Promotores Inmobiliarios de Vivienda del Ecuador. Socia y Gerente del Estudio Jurídico Larrea, Ortiz y Cía. Sociedad de Abogados.

KEYWORDS:

Arbitration; Equity; Interpretation of the law; Justice; Procedural equality; Conflict.

SUMARIO:

1.- Introducción.- 1.1.- ¿Qué es la equidad?.- 2.- La equidad como medio de interpretación del derecho.- 3.- Arbitraje en Derecho y Arbitraje en Equidad.- 4.- ¿Diferencia entre Arbitraje en Derecho y Arbitraje en Equidad?.- 5.- Límites del Arbitraje en Equidad.- 6.- Recursos del Arbitraje en Equidad.- 7.- Materias sobre las que puede recaer un arbitraje en equidad.-

1. INTRODUCCIÓN.-

Conforme nuestra Ley de Arbitraje y Mediación, expedida en el año 1997, reformada en el 2005 y codificada en el 2006, el arbitraje en equidad pasó a ser la modalidad adoptada como regla general del arbitraje; es decir, la modalidad por la que opta la ley para suplir el silencio de las partes respecto al tipo de arbitraje al que se someten en la cláusula arbitral. Dicho en otras palabras, es el sistema que la ley prefiere para la solución de controversias.

En este sentido, es de destacar que en Latinoamérica, solo Ecuador Bolivia y Uruguay contemplan este sistema, pues lo común es lo contrario, es decir que, ante el silencio de las partes, se entienda que el arbitraje es en derecho, regla que adopta la Ley Modelo de Arbitraje Internacional propuesta por la CNUDMI.

Tal antecedente tiene por finalidad relevar la importancia de estudiar el concepto de equidad, del cual los abogados tenemos un conocimiento más bien teórico, y hasta cierto punto insuficiente para enfrentarnos a la práctica usual de esta forma de arbitraje, que se sustenta en esta noción.

Lo anterior va de la mano con el hecho que, estadísticamente, la mayoría de los arbitrajes administrados que se han sustanciado en el

país, tomando como base las cifras de los Centros de Conciliación y Arbitraje de Guayaquil y Quito, han sido en derecho y no en equidad. ¿Por qué se da esta circunstancia? ¿Es por temor a la arbitrariedad que, se piensa, podría implicar un arbitraje en equidad, o por simple desconocimiento de la figura? Como conocemos, la ex Corte Suprema de Justicia, actuando como tribunal de instancia, podía aplicar el criterio de equidad¹; no obstante, y pese a conservarse la disposición en el Código de Procedimiento Civil², al convertirse ésta en tribunal de casación, dejó de ejercerla debido a la estricta sujeción al derecho que caracteriza al recurso extraordinario de casación.

En consecuencia, los abogados no hemos tenido mayor contacto práctico con la aplicación de la equidad judicial o arbitral, lo que me lleva a concluir que, el que abiertamente se prefiera un arbitraje en derecho es el desconocimiento de lo que es la equidad, o la percepción de ser ésta ajena u opuesta al derecho, y de consecuencias imprevisibles.

Ciertamente la equidad es una idea difícil de aprehender, y al estar íntimamente relacionada con la justicia, no es factible conocer de forma absoluta, por lo menos en el plano del derecho. No obstante, siendo en definitiva el objeto de una disciplina tan dinámica y práctica, como es el arbitraje, procuraremos aproximarnos a ella, mediante un análisis teórico; posteriormente analizaremos temas más concretos como, qué se puede y no se puede hacer en equidad, qué materias son susceptibles de someterse a tal modalidad de arbitraje y cuáles no, así como sus razones; de igual forma cómo debe ser el procedimiento, cómo debe fundamentarse el laudo, y qué recursos cabrían.

¹ Gaceta Judicial, Serie XIII, No. 9, pág. 1956. Sala de lo Civil y Comercial (23-VI-1980). Gaceta Judicial XIV, No. 13, p. 2931, Sala de lo Civil y Comercial (24-XI-1986). Gaceta Judicial XIII, No. 5, p. 1085, Sala de lo Laboral y Social (22-I-1979), entre otros fallos.

² Art. 1009.- (Reformado por la Disposición Reformatoria segunda, nums. 2 y 3 de la Ley s/n, R.O. 544-S, 9-III-2009).- Las juezas o jueces de la Corte Nacional de Justicia, en las sentencias y autos con fuerza de sentencia, cuando dicha Corte actúe como tribunal de instancia, tendrán la facultad de aplicar el criterio judicial de equidad, en todos aquéllos casos en que consideren necesaria dicha aplicación, para que no queden sacrificados los intereses de la justicia por sólo la falta de formalidades legales.

1.1. ¿Qué es la equidad?

Conforme al Diccionario de Legislación y Jurisprudencia de Joaquín Escriche, la equidad es un término que tiene dos acepciones en jurisprudencia, pues: *“ora significa la moderación del rigor de las leyes, atendiendo más a la intención del legislador que a la letra de ellas, ora se toma por aquel punto de rectitud del juez que a falta de ley escrita o consuetudinaria consulta en sus decisiones las máximas del buen sentido y de la razón, o sea de la ley natural. Así es que unos llaman a la equidad legis supplementum”*.³

Según el Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual de Guillermo Cabanellas De la Torre, la equidad, etimológicamente, viene del latín “*equitas*” que significa igualdad, por lo que la *equidad implica la idea de relación y armonía entre una cosa y aquello que le es propio, y se adapta a su naturaleza íntima*.⁴

Aristóteles, en su estudio sobre la equidad constante en su “*Ética a Nicómaco, Libro V*”, señala que *ésta es de la misma índole que lo justo legal pero superior, porque “la equidad es la expresión de lo justo natural en relación con el caso concreto. Es decir la equidad es lo justo, pero no lo justo legal tal y como se desprendería de las palabras de la ley, sino lo auténticamente justo respecto del caso particular”*. Observa así mismo Aristóteles que el derecho positivo está formulado en reglas universales, pero sobre ciertas cosas no es posible formular una norma universal que sea correcta para todos los casos habidos y por haber. Siendo necesario formular una norma universal, no es posible hacerlo correctamente de modo absoluto, por lo que la ley positiva toma en consideración el caso usual, corriente, aquel que se presenta de ordinario; aunque no por eso la ley ignora la posibilidad de que su fórmula general falle para otros casos diferentes al caso típico habitual que ella tomó en cuenta. *El error que resultase de aplicar esa fórmula a tipos diferentes de casos no es un error que esté en la ley, ni un error que haya cometido el legislador, sino que es algo que está en la índole misma de las cosas*.

Cuando la ley habla en términos generales, y después surge un caso relativo a su materia -que sin embargo no está cubierto por lo que la

³ Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia, Editorial Temis, 1991, pág.467

⁴ Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Editorial Heliasta, 1997, pág. 491

norma previó-, por excesiva simpleza, es justo que se subsane la omisión, y, entonces, corresponde decir lo que el legislador mismo habría dicho si se hubiera enfrentado con el pensamiento de ese caso, y formular lo que el legislador habría formulado en su ley, si hubiera previsto tal caso.

Según Aristóteles, lo equitativo es lo justo, y aún es mejor que una determinada clase de justicia (la formulada o depositada en leyes positivas); aunque en cambio no se pueda decir que la equidad es mejor que la justicia absoluta, pero ciertamente es mejor que el error que se deriva del carácter universal de formulación que la ley adopta. Así pues, la naturaleza de lo equitativo consiste en ser una adaptación de la ley positiva, cuando la formulación de ésta resulta defectuosa por su carácter general, es decir, por su universalidad. Añade Aristóteles *“cuando la cosa está indeterminada e indefinida, entonces la norma debe estar también indeterminada, de modo similar a la regla de plomo usada para hacer el molde lésbico: la regla se adapta a la figura de la piedra y no es rígida; así, de modo singular, el fallo se adapta a los hechos”*.⁵

Según Cicerón, *la equidad no es un corregir de la ley en la aplicación de ésta a determinados casos singulares. Por el contrario, consiste en interpretar de modo correcto la ley, precisamente de acuerdo con la verdadera voluntad del legislador, por encima del equívoco significado de las palabras.* No hay que atenerse a las palabras, hay que atenerse a las intenciones y a las causas que motivaron la acción del legislador. Es decir, hay que atenerse a la situación o circunstancia que motivó la ley, y a los efectos que con la misma se quiso lograr. Por lo tanto tendríamos que concluir que cualquier interpretación que ignore los motivos y los fines de la ley, o que los contradiga, es disparatada, por mucho que parezca ajustarse a las palabras de ésta.⁶

2. La equidad como medio de interpretación del derecho.-

Conforme analiza el tratadista Luis Recasens Siches, en su Tratado de Filosofía del Derecho,⁷ algunos de los filósofos que escribieron sobre la

⁵ Aristóteles, *Ética a Nicómaco* Libro V capítulo 10

⁶ Citado por Fausto Rodríguez García, *Justicia y Equidad*, Tesis, 1950.

⁷ *“Filosofía del Derecho”*, Editorial Porrúa, 1997, pág. 654

equidad, acertaron no solo en la esencia de lo que se trata de indicar con esta palabra, sino que además visualizaron correctamente cuál es el principal de los problemas de interpretación del derecho, especialmente el que se plantea cuando una ley, justa en sus términos generales, si fuese aplicada mecánicamente, en función de un nombre o una etiqueta, a un determinado caso singular, produciría efectos no solo notoriamente injustos, sino evidentemente indebidos. Estos filósofos (Aristóteles, Platón, Cicerón, Francisco Suárez) no solo se percataron muy bien del problema, sino que aportaron la solución correcta, esto es, que en tal situación hay que reconocer que dicha ley no es aplicable al caso singular, a pesar de lo que se pudiese creer a primera vista dejándose llevar superficialmente por una coincidencia de nomenclatura. *Así pues, a pesar de que esto fue dicho con claridad por los citados Filósofos, en general la teoría y la ciencia jurídicas no tomaron suficiente cuenta y razón de ella y por el contrario se aferraron a la versión más endeble e incluso notoriamente incorrecta de la equidad como "corrección de la ley" al aplicarla a casos particulares, cuando una interpretación literal llevaría a una injusticia. El problema de la equidad no es el de corregir la ley al aplicarla a determinados casos particulares. Se trata de interpretarla razonablemente.*

Pensar en una interpretación literal, ordenada o no por el legislador, es un dislate enorme, hasta cierto punto comprensible en la época en que Montesquieu pronunció la conocida frase *"el juez es la boca de la ley"*, pretendiendo poner fin al poder ilimitado que en su momento tuvieron los jueces, íntimamente vinculados a las clases dominantes, y fundado en la intención de fortalecer la ley dictada por el pueblo soberano, a efectos de que ésta se aplique sin ninguna consideración adicional, puesto que *la ley lleva implícita una idea de rectitud y corrección, una idea de justicia*⁸.

Superada esta tendencia, los tratadistas y filósofos del derecho han dedicado mucho tiempo al complejo problema de la interpretación de la ley, sobre el que mucho se ha escrito sin obtenerse consensos. Nos encontramos entonces, con varios métodos,⁹ pero ninguno de ellos

⁸ Sobre el Derecho y la Justicia, Alf Ross, Editorial Universidad de Buenos Aires (EUDEBA), 1997, pág. 25.

⁹ El Literal, que se atiene al significado de las palabras de la ley, del reglamento o de la doctrina establecidas en la jurisprudencia; el subjetivo, que trata de indagar qué fue lo que el legislador pensó, quiso decir y quiso lograr con la norma por él elaborada; el

resuelve satisfactoriamente el problema de la interpretación, como lo señaló oportunamente Fritz Scheier, quien luego de estudiar profundamente el tema, no pudo encontrar una razón justificada para preferir, ni en general, ni en situaciones singulares, un método interpretativo por sobre los otros.¹⁰

Benjamín Cardozo, magistrado de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, también citado por Recasens¹¹, se planteó el problema con absoluta sinceridad: al procurar determinar cuál de los métodos de interpretación del derecho era el que empleaba para la resolución de las controversias judiciales que se le presentaban, siendo que a veces aplicaba el método “lógico filosófico”; otras veces buscaba ilustración en los antecedentes históricos de la institución en juego; en ocasiones se remitía a los usos y costumbres sociales vigentes, y en otros casos procedía a un estudio sociológico de los hechos que le aclarase el sentido de éstos, recurriendo a una ponderación estimativa basada en ideas de justicia y bienestar social; concluía que no podía definir cuál de esos cuatro métodos de interpretación debía tener prioridad sobre los demás, y cuales otros y en qué orden debían tener solo aplicación subsidiaria, pero sí podía concluir que lo verdaderamente importante respecto de cada litigio sometido a su resolución era encontrar la solución justa, es decir, la más justa entre todas las posibles soluciones.

Siendo las leyes dictadas de forma general y abstracta, tomando en cuenta elementos circunstanciales, es decir, gestadas y elaboradas bajo el estímulo de unas ciertas necesidades de una sociedad determinada, en una época determinada, *están pensadas para producir en esa realidad*

subjetivo objetivo, que consiste en indagar cual habría sido la voluntad del legislador ante los casos no previstos por la norma jurídica, si efectivamente hubiera pensado en ellos; el objetivo, que va a la caza del sentido que radica en la ley misma, en sus ideas, proponiéndose desentrañar el sentido de las ideas contenido en la ley; el histórico, que intenta conseguir la luz buceando en sus antecedentes; el analógico, que busca establecer la semejanza entre un caso cubierto en la ley y otro no previsto por ésta, para determinar el criterio del caso previsto, el de la referencia a los principios generales del derecho, el de la equidad, entre los principales.

¹⁰ Schieier Fritz, “De la Interpretación del Derecho”, 1929.

¹¹ Obra citada pág. 631. (Benjamín Cardozo, The Nature of Judicial Process, Yale University, 1921)

precisamente unos determinados resultados y no otros. No obstante, el orden jurídico positivo consta no solamente de normas generales, sino de normas individualizadas o concretas, siendo éstas las sentencias judiciales y resoluciones administrativas. Las normas generales se elaboran para que, en su día, puedan dictarse las sentencias y resoluciones, por lo que, al final de cuentas, las únicas normas jurídicas perfectas, es decir, que serán impuestas incuestionablemente, son las normas individualizadas, puesto que las leyes son siempre inconclusas, y su sentido abstracto y general queda completado en la norma individualizada.¹², individualización que se produce previa interpretación, no de la letra sino de su espíritu: “La letra mata y el espíritu vivifica”.

Quienes así opinaron trazaron adecuadamente el derrotero de la solución al problema de interpretación; no obstante, siendo el espíritu una palabra equívoca y de múltiples significados, que intentan cubrir muchas cosas no suficientemente explicadas, hay que dar un paso más allá, en opinión de Recasens. Así: *“No se trata de que el espíritu, como noble caballero andante, salga a romper lanzas destrozando la corteza imperfecta de unas palabras, y que, de ese modo, corrija leyes imperfectas. No es eso, no puede serlo. Hay que acabar con tales confusiones. Lo que se solía llamar equidad no es un procedimiento para corregir leyes imperfectas. Es la manera correcta de interpretar todas las leyes, absolutamente todas. Es la manera correcta de entenderlas. Es la manera correcta de tomarlas como base para elaborar normas individualizadas, siempre y en todos los casos. Sin excepción. La equidad no es un recurso extraordinario para suavizar la aplicación de ciertas leyes. Por el contrario debemos adoptarlo como el “procedimiento ordinario” para tratar con todas las leyes. Si el legislador lo ha prohibido alguna vez, esto no tiene ningún alcance, no puede tenerlo.... El legislador tiene poder para abrogar o derogar una ley y dictar nuevas normas; tiene incluso poder para aclarar en términos generales el sentido y alcance que quiso dar a una ley suya anterior, pero en términos generales. Con esto no se trata, de modo alguno, de debilitar el nivel de obediencia a la ley que pesa sobre todo juez, puesto que ese deber se refiere a la norma general, pero no comprende la tarea de individualización, la cual no pertenece a la función legislativa, puesto que sería como si al legislador se le ocurriese legislar sobre las leyes de la naturaleza o las matemáticas. Aquí no se trata de la ciencia o las*

¹² Cita Resumen de Luis Recasens Siches, obra citada, pág. 628.

matemáticas, se trata de algo igual o más respetable: el logos de la vida humana, el logos de lo razonable".¹³

En conclusión, la equidad es el medio de interpretación, adaptación de las normas jurídicas a los casos prácticos. Es la aplicación del logos de lo razonable y de lo humano en la aplicación de las normas jurídicas.

3. Arbitraje en Derecho y Arbitraje en Equidad.-

La Ley de Arbitraje y Mediación señala, en su artículo 3, que las partes decidirán si los árbitros deben decidir en equidad o en derecho, y a falta de convenio el fallo será en equidad. Si el laudo debe expedirse fundado en la equidad, los árbitros actuarán conforme a su leal saber y entender, y atendiendo a los principios de la sana crítica. En este caso los árbitros no tienen que ser necesariamente abogados. Si el laudo debe expedirse fundado en derecho, los árbitros deben atenerse a la ley, a los principios generales del derecho, a la jurisprudencia y a la doctrina. En este caso los árbitros deberán ser abogados.

La citada disposición es la única norma que contiene nuestra ley sobre el arbitraje en equidad, y, en consecuencia, para entender sus particularidades, alcance y limitaciones, debemos recurrir a la doctrina.

El arbitraje en equidad, también llamado "arbitraje de conciencia", "ex aequo et bono", es aquel en el que los árbitros resuelven la controversia "según su leal saber y entender". El problema es que, así como el tratamiento legal es escaso, la doctrina también suele dedicar pocas páginas al tema, y conforme señala Fernando de Trazegnies, en su artículo "Arbitraje de Derecho y Arbitraje de Conciencia", constantemente se indica que el arbitraje de conciencia, el árbitro tiene una amplia facultad para resolver de acuerdo a su propio criterio, es decir, a su leal saber y entender, fórmula que se ha vuelto un lugar común, y que sin embargo no es satisfactoria, puesto que no da cuenta de los criterios objetivos que debe tener el árbitro. *Por eso la doctrina avanza un paso más allá y nos explica que ese leal saber y entender se encuentra orientado por la idea de equidad, de ahí que este tipo de arbitraje haya sido llamado usualmente*

¹³ Obra citada, pág. 655

*arbitraje de equidad. Sin embargo cuando queremos comprender mejor esta aparente explicación y saber en concreto lo que puede y no puede hacer este tipo de árbitro, nos encontramos en un verdadero problema, porque cuando preguntamos sobre lo que es la equidad obtenemos que es lo que según el leal saber y entender de los árbitros éstos consideran equitativo. Como puede verse, caemos en esta forma en un perfecto razonamiento circular”.*¹⁴

*La decisión en conciencia es la que adopta el juzgador frente a determinadas circunstancias de hecho respecto de las cuales se forma una íntima y personal convicción, fruto del concepto que tenga de justicia, por lo cual se explica que no sea necesario que tenga la calidad de abogado, pues no se busca en esta modalidad arbitral el fallo conforme a cánones legales, sino según el leal saber y entender del árbitro, el sentido innato de justicia que tiene como persona honrada y de buena reputación, que pertenece al común o término medio de la comunidad, en una decisión puramente subjetiva, por lo cual realmente el sentenciador es al mismo tiempo creador de una decisión particular y única para el caso concreto, sin alegar fundamento jurídico alguno, aunque no necesariamente lo excluya, en la que debe ser la aplicación concreta de la justicia en el asunto sometido al proceso.*¹⁵

Históricamente, conforme citan algunos tratadistas, la idea de arbitraje que surgió en Roma para solucionar las diferencias comerciales fue precisamente ésta del arbitraje libre o de conciencia, por la que la cuestión se resolvía “*quantun aequis et melius sit*”, es de decir, de la mejor y más equitativa forma que sea. A su vez en la edad media se reconoció la existencia de un arbitraje *ex aequo et bono*, en la que el árbitro extrae la conclusión atendiendo a lo que considera bueno y equitativo.

Así pues, dentro del ámbito de los arbitrajes de amigables componedores o arbitradores, como se denomina en doctrina a los árbitros que intervienen en este tipo de arbitrajes, cabe diferenciar entre dos modalidades de juzgamiento diferentes, conforme lo configuran la doctrina, y corresponde a la terminología empleada por las legislaciones: Arbitraje de Conciencia y Arbitraje en Equidad.

¹⁴ Fernando de Trazegnies Granda, “Arbitraje de Derecho y Arbitraje de Conciencia” www.cebac.com.bo/articulos-ensayos.php

¹⁵ Julio Benetti Salgar, El Arbitraje en Equidad, “Temas Estructurales en torno al Arbitraje, la Conciliación, la Negociación”, Editorial de la Universidad del Rosario, 2007, pág. 131.

El arbitraje de conciencia es el más libre de los arbitrajes, en el que el árbitro, una vez conocidos los hechos, el árbitro busca en su fuero interno la solución que en su criterio resuelva de manera justa el caso. Es probablemente la forma que prefieran los comerciantes u hombres de negocios que acostumbran cerrar negocios de buena fe, sin mayor conocimiento de las disposiciones legales, por lo que prefieren que la disputa se resuelva según la buena fe del árbitro.

El arbitraje de equidad parte del ordenamiento jurídico y busca la norma correcta para aplicarla, y si no la hubiere, le dará solución al caso, partiendo del precepto que regule situaciones parecidas de las reglas generales del derecho y las demás fuentes del derecho con que cuenta su actividad, incluida la equidad, que le servirá para desentrañar el sentido natural de justicia. Así mismo, si advierte que la ley, aplicada al caso concreto, no cumple su finalidad, es decir, los criterios generalmente buenos y justos que inspiraron su creación, entonces no aplica la disposición sino que se busca la solución que el legislador habría contemplado si se hubiera enfrentado con el caso particular, administrando justicia al caso particular.

Luego, el arbitraje de conciencia, aunque puede sostenerse que es el que dio origen al arbitraje, y sirvió como fuente de creación del derecho comercial, bajo la idea de ser un arbitraje técnico y sujetarse al principio "verdad sabida y buena fe guardada", es un arbitraje que bien pudiera ser arbitrario, sujeto al estado de ánimo o convicciones subjetivas del árbitro, en el cual éstos no están obligados, según criterio de ciertos tratadistas, a motivar el laudo, sino únicamente a expresar su decisión sobre el fondo de la controversia.

Nuestra ley vincula el arbitraje en equidad a dos ideas: el leal saber y entender de los árbitros, que es imposible de precisar, y la sana crítica, que es un principio que permite a los jueces valorar la prueba discrecionalmente y conforme a la lógica y a las reglas de la experiencia, y como tal se haya reconocido en el Código de Procedimiento Civil Ecuatoriano, art. 115¹⁶.

¹⁶ "SEXTO.- Las reglas de la sana crítica son estándares jurídicos que actúan como principios de la conducta humana a seguir, aunque no son normas jurídicas en sentido

En lo personal me inclino a sostener que no puede existir, en un estado constitucional de derechos y justicia, un régimen de solución definitiva de controversias, pretensión última del arbitraje, configurado como arbitraje de conciencia, puesto que éste da pie a subjetividades, y cuyo resultado es imprevisible, lo que dificulta inclusive la defensa de las partes. La materia sobre la que recae el arbitraje, que en ciertos casos pudiera ser altamente técnica, no justifica prescindir del derecho, puesto que es éste el rector de la convivencia social; y tampoco debe sacrificarse su especificidad, bien que, sea por disposición de las partes o por regulación legal (siempre que previa reforma nuestra ley así lo contemple), el tribunal debería integrarse por abogados expertos en la materia; y, apoyarse en expertos que permitan aplicar correctamente las regulaciones legales aplicables, de existir, y dirimir así la controversia,¹⁷,

estricto, si lo son los artículos que se refieren a ella... aunque el legislador no impone al juez el resultado de la apreciación, sí le impone el camino, el medio concreto, el método de valoración y éste no es otro que el de la razón y la lógica como elementos de todo juicio. Son, por lo tanto, criterios lógicos los que sirven al juez para emitir juicios de valor en torno a la prueba pero, también, referidos a reglas de la experiencia común o de una rama especializada del conocimiento (como pueden ser la psicología, la lógica o la física) que aplica el órgano jurisdiccional incluso sin darse cuenta y aunque hagan referencia a una materia que él no conozca específicamente.' Por consiguiente, las reglas de la sana crítica son un instrumento que en manos del juez pueden ajustarse a las circunstancias cambiantes, locales y temporales, y a las peculiaridades del caso concreto... En definitiva, las reglas de la sana crítica, del criterio humano o del criterio racional no son más que un instrumento de la apreciación razonada, de la libre convicción, de la convicción íntima (pese a su deformación histórica), de la persuasión racional o de la libre apreciación de la prueba, llámese como se quiera. Es decir, la libertad de apreciación de la prueba dentro de la racionalidad. De ninguna manera, es una valoración arbitraria e incontrolada de la prueba o ajena a la misma pues, son un instrumento racional que actúa en la reconstrucción lógica del hecho. ...En caso contrario, se abandonaría la arbitrariedad del legislador para caer en la arbitrariedad de los órganos jurisdiccionales.' En consecuencia, la sana crítica excluye un razonamiento arbitrario...".

¹⁷ Según Jorge Hernán Gil, en su artículo "Del experticio al Arbitraje Técnico", Temas Estructurales en Torno al Arbitraje, Conciliación y Mediación, pág. 325, *"la forma más simple y primaria de intervención del experto o perito se presente cuando éste tiene como misión complementar el contrato, porque así lo han dispuesto expresamente las partes. Su intervención equivale a una forma parcial de cumplimiento en la que el perito entra a determinar uno de los extremos contractuales necesarios para la debida ejecución y cumplimiento del contrato, sin necesidad de que exista conflicto entre las partes, es más éstas están de acuerdo en que un aspecto eminentemente técnico sea definido por un perito. La función podría también venir impuesta por*

creándose la solución equitativa siempre que no exista regulación legal, o ésta no produzca un resultado justo. Es decir, el arbitraje que existe en nuestra ley, y al que debemos aproximarnos, es el arbitraje “en equidad” conforme lo perfila la doctrina, y no el libre o en conciencia.

En este sentido nuestra Constitución, como norma jurídica suprema que irradia todos los ámbitos del derecho, reconoce y legitima al arbitraje como medio de solución de conflictos, siguiendo la tendencia moderna de países como Colombia, Costa Rica, El Salvador, Paraguay y Perú. Así, su artículo 190 se refiere a los métodos alternativos de solución de conflictos reconoce el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la solución de conflictos. Estos procedimientos se aplicarán con sujeción a la ley, en materias en que por naturaleza se pueda transigir. La doctrina menciona la doble dimensión del proceso arbitral: subjetiva en cuanto su fin es proteger los intereses y voluntad autónoma de las partes que se someten a él; y objetiva, definida por el respeto a la supremacía normativa de la constitución, dimensiones que son interdependientes y requieren reconocimiento legal y jurisprudencial, conforme lo señala César Landa Arroyo, en su artículo “*El arbitraje en la Constitución de 1993 y en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*”. El autor sostiene “*que la dimensión objetiva del arbitraje no hace sino reconocer que, si bien esta institución ha sido constitucionalmente reconocida como jurisdicción independiente, las facultades conferidas a los árbitros y a las partes en el desarrollo de un proceso arbitral no pueden ser ejercidas irrazonablemente, con desconocimiento de normas constitucionales, ni tampoco al margen del respeto a los derechos fundamentales*”¹⁸

Por su parte, el Código Orgánico de la Función Judicial, en su artículo 7 señala que los árbitros ejercen funciones jurisdiccionales con sujeción a la ley. Y la Ley de Arbitraje y Mediación, en su artículo 3 contempla el arbitraje de derecho y el arbitraje en equidad, incluyendo la posibilidad de que los árbitros que fallen en equidad no sean abogados, posibilidad que encuentro criticable por cuanto tal ausencia ocasionaría que la

disposición legal, sea para la adecuada ejecución de un contrato o para la dirimencia de una controversia sujeta a arbitraje”.

¹⁸ César Landa Arroyo, “El Arbitraje en la Constitución de 1993 y la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, Arbitraje: Ponencias del Segundo Congreso Internacional de Arbitraje, Palestra, 2009, pág. 24.

sustanciación del proceso, un verdadero juicio, pueda verse afectada por vicios que atenten contra la igualdad de las partes, el derecho a la defensa efectivo y real, la contradicción de las pruebas, Es cierto que las partes pueden modificar las reglas de sustanciación previstas en la Ley, no obstante lo cual, sea cual fuere el modelo que se aplique no puede prescindir de criterios jurídicos que orienten su desarrollo, no tanto por el sometimiento a un rito, sino por los derechos que se precautelan tras determinadas solemnidades, cuya omisión acarrearía la nulidad del arbitraje, dada la sumisión de éste a la constitución y el respeto a los derechos fundamentales, conforme mencionamos. En este sentido se pronuncia el Dr. Ernesto Salcedo Verduga¹⁹ al afirmar: *“Es importante señalar que fallar en equidad o en conciencia no significa resolver un litigio de manera arbitraria irrespetando toda regla de procedimiento, pues sus principios son de orden público y de obligatorio cumplimiento. Por eso se ha dicho que el fallo en equidad no autoriza al árbitro ni a las partes para informalizar el proceso. Las reglas, principios y el régimen propio del proceso arbitral deben ser observados como una garantía de orden, de discusión suficiente, de conocimiento real del conflicto y de terminación oportuna del mismo”*.

4. ¿Diferencia entre Arbitraje en Derecho y Arbitraje en Equidad?

Entonces, de lo que hemos visto, la equidad no es un criterio opuesto al derecho, ni ajeno a éste, sino por el contrario, el medio de interpretación correcto de éste, en función de lo humano y razonable, como lo planteó en su momento el profesor Recasens. Y, en definitiva, siendo el derecho el *“arte de lo bueno y lo equitativo”*, la equidad no se aparta de él, y mucho menos de la justicia, puesto que ésta es el fin mismo del derecho. Entrar a definir lo que es justicia, no cabe en un estudio de esta naturaleza, que busca profundizar nuestro conocimiento del arbitraje en equidad. No obstante, como diría Hans Kelsen en su clásica obra: *¿Qué es Justicia?* al intentar descubrir la justicia absoluta, sin éxito, expresó: *“ninguna otra cuestión se ha debatido tan apasionadamente; ninguna otra cuestión ha hecho derramar tanta sangre y tantas lágrimas; ninguna otra cuestión ha sido objeto de tanta reflexión para los pensadores más ilustres, de Platón a Kant. Y, sin embargo, la pregunta sigue sin respuesta. Parece ser una de esas cuestiones que la sabiduría se ha resignado a no poder*

¹⁹ Ernesto Salcedo Verduga,, “El Arbitraje: La Justicia Alternativa”, Distrilib, 2007, pág. 69.

contestar de modo definitivo y que solo pueden ser replanteadas. La justicia es en primer lugar, una cualidad posible, pero no necesaria de un orden social que regula las relaciones entre los hombre...He empezado este ensayo preguntándome qué es la justicia. Ahora al concluirlo sé que no he respondido a la pregunta... Verdaderamente, no sé ni puedo afirmar qué es la justicia, la justicia absoluta que la humanidad ansía alcanzar. Sólo puedo estar de acuerdo en que existe una justicia relativa, y puedo afirmar qué es la justicia para mí. Dado que la ciencia es mi profesión, y por lo tanto, lo más importante en mi vida, la justicia, para mí, se da en aquel orden social bajo cuya protección puede progresar la búsqueda de la verdad. Mi justicia, en definitiva, es la de la libertad, la de la paz; la justicia de la democracia, la de la tolerancia"

En consecuencia, y, de ahí que el presente párrafo conste en signos de interrogación, puesto que la pregunta que cabe formularse es si realmente existen diferencias entre un arbitraje de derecho y un arbitraje en equidad.

Personalmente, asumo la tesis de que la "equidad" es la forma correcta de interpretar la ley, para administrar justicia, aquella que va de la justicia general implícita en la ley, a la justicia particular del caso concreto, y en consecuencia no debe entenderse como una facultad excepcional. Y, no se trata, como se ha sugerido, de que la equidad busque la justicia absoluta, aquella que existió antes que el derecho se creara, sino simplemente de interpretar razonablemente, humanamente el derecho. Desde esta perspectiva, podemos concluir que conceptualmente no deben existir mayores diferencias entre un arbitraje en derecho y un arbitraje en equidad, puesto que en ambos se tendrá como norte el derecho y la justicia.²⁰

No obstante lo dicho, debemos reconocer que en la práctica difícilmente los jueces aceptan la interpretación equitativa de las normas, puesto que entienden que cumplen su deber con una mera subsunción de los hechos a las premisas de la ley, y estiman que obrar de otra forma

²⁰ Posición por la que anteriormente se han inclinado ciertos autores, entre ellos Carlos Alconada Aramburú, en su obra "Arbitraje y Abogacía" citado por Ernesto Salcedo Verduga, en su obra citada, pág. 74. "Otros en cambio minimizan la diferencia entre una y otra modalidad, argumentando que no hay tal diferencia ya que la ley tiene implícito un contenido de equidad, de manera que aplicándola se satisface igualmente la pauta de justicia".

supone privar a la ley de su carácter vinculante, siendo más sencillo, desde el punto de vista de su tranquilidad personal, interpretar literalmente la ley. Además tradicionalmente se ha considerado a la equidad como una facultad reservada a los jueces de mayor jerarquía, siendo necesario que se acepte que ordinariamente la ley debe interpretarse de forma equitativa.²¹

5. Límites del Arbitraje en Equidad.-

El arbitraje en equidad, se dice en doctrina²², de forma contradictoria en nuestro criterio, permite a los árbitros resolver la controversia sin necesidad de acudir a normas de derecho sustantivo, lo que les permite crear el derecho aplicable al caso particular que sustancian, alejándose de la solución enmarcada en lo estrictamente legal. Y acto seguido se expresa que aquello no implica razonar el laudo al margen de nuestro ordenamiento jurídico: *“si fuese legalmente posible que los árbitros pudiesen actuar de cualquier forma que ellos tengan a bien con tal que sea de buena fe y sin engaño, con prescindencia del ordenamiento jurídico, se habría legitimado la arbitrariedad y establecido un estado de inseguridad incompatible con la certeza que requieren las transacciones comerciales”*.

Por lo que, debemos colegir, que el fallo en equidad parte siempre del derecho, y solo de encontrarse que las disposiciones aplicables al caso resultan injustas, o existe vacío legal, procedería buscar la solución justa que el legislador se habría planteado, teniendo presente el objetivo de la ley, para ese mismo caso concreto, y según su conciencia. En este sentido, el árbitro de equidad siente mayor tranquilidad al flexibilizar el texto de la ley a efectos de ajustarla a su propósito, que el juez de derecho, receloso de enmarcar su accionar en el texto de la ley; no obstante lo cual, dicho árbitro bien pudiera considerar que cumple su misión por la mera

²¹ Sobre el tema la SAP de Madrid, en fallo de 14 de septiembre de 1990 señaló: *“tampoco se puede decir que por aplicar o moderar los efectos de un contrato con criterios de equidad, para obtener un reequilibrio de las prestaciones de las partes, haya convertido el arbitraje de derecho en un arbitraje de equidad, porque una cosa es el juicio de equidad, y otra muy distinta es hacer uso de la equidad como criterio de interpretación de las normas o de los contratos”*. Cita incluida por Faustino Cerdón Moreno, en su Obra *“Arbitraje y Jurisdicción: algunas cuestiones polémicas”* Thompson Reuters, 2010, pág.172.

²² Ernesto Salcedo Verduga, obra citada, pág. 71

subsunción de los hechos al derecho vigente, supuesto en el cual no viola la ley, como sí lo hace, a la inversa, un árbitro que estando obligado a fallar en derecho, lo hace a conciencia, lo que constituye causal de nulidad del laudo conforme a las legislaciones de otros países.

En segundo lugar el fallo en equidad no puede contradecir normas imperativas o de derecho público, puesto que éstas son de cumplimiento obligatorio y no queda al arbitrio de las partes renunciar a su aplicación, por razones de orden social. No obstante la hipótesis de tener que aplicar o inaplicar normas imperativas, no se presentará frecuentemente en la práctica, dado que la mayor parte de los litigios que deben ser resueltos aplicando este tipo de normas versan sobre materias que no son susceptibles de arbitraje, como lo menciona el tratadista español Faustino Cordón Moreno.²³ Y en otros casos, pese a la arbitrabilidad de la materia, la ley dispone que el arbitraje sea en derecho, como es el caso de la contratación pública que por expreso mandato de la Constitución, art. 190, solo puede someterse a arbitrajes de derecho.

Sobre este punto la doctrina considera que existen distintas clases de normas de orden público, entre ellas normas de dirección y normas de protección; normas de interés público y de interés privado, siendo las primeras ineludibles, pero las segundas en ciertos casos susceptibles de renuncia. Sobre este tema, Fernando de Trazegnies sostiene en su ensayo citado que *“aún cuando estemos dentro del campo de lo arbitrable, tropezamos a menudo con situaciones que contempladas desde la perspectiva de alguna ley de orden público no serían amparables; y que, sin embargo nuestra conciencia nos lleva a olvidar la ilegalidad inherente a la situación y laudamos como si el acto fuera válido, resolviendo en consecuencia directamente en contra de lo establecido por la ley con carácter imperativo”*.²⁴

²³ Obra citada, página 177.

²⁴ Y pone el ejemplo de una donación de bienes inmuebles que debe hacerse por escritura pública, con indicación de su valor real, bajo pena de nulidad, según manda el Código Civil. Y es bueno que así sea porque ello proporciona seguridad al sistema; en otras palabras es buena política que se exija la formalidad de la escritura pública, y cuando se legisla de manera general debe sin duda establecerse una norma en tal sentido. Pero puede suceder que el árbitro de conciencia encuentre que en un caso específico existe una donación, cuya minuta no ha sido elevada a escritura pública, pero está perfectamente acreditado que existió el ánimo de donar. En ese caso el árbitro de

En tercer lugar, el arbitraje en equidad debe fundarse en pruebas obradas por las partes, y no solamente en sus afirmaciones. Los árbitros tienen que resolver en base a hechos probados procesalmente, sin perjuicio de tener mayor libertad para efectos de valorar la prueba, según sus elementos de convicción, y no tanto conforme las prescripciones normativas que existen en nuestra ley, pese a que ésta adoptó el modelo de la sana crítica, principio que, junto con las reglas de la experiencia, debe inspirar el razonamiento de los árbitros de equidad.

En cuarto lugar, los árbitros deben motivar el laudo, es decir sustentarlo. Los árbitros ejercen jurisdicción por la delegación – reconocimiento constitucional ya analizado, y por voluntad de las partes al someterse al arbitraje. El artículo 76 literal l) de la Constitución de la República del Ecuador incluye la motivación dentro del derecho a la defensa de las personas, sin que consideremos que exista excepción a tal deber tratándose de un arbitraje en equidad, con mayor razón en cuanto sostenemos que el árbitro en equidad no falla en base a sentimientos, emociones o prejuicios, sino en base a razones coherentes. Aun cuando sobre el tema haya existido una antigua discusión doctrinaria, la tesis que ha prevalecido es la favorable a la motivación, puesto que el árbitro debe dar a conocer los argumentos que le permiten llegar a las conclusiones que consigna en su fallo, y las partes tienen derecho a conocer las razones por las cuales se les concede o niega su petitorio, incluidas las pruebas apreciadas por los árbitros. La tesis contraria se funda en que el árbitro de conciencia no falla conforme al derecho positivo, sino a razones de justicia natural, lo que lo exime de justificarlas.²⁵ Sobre el tema, Ernesto Salcedo sostiene que, *aunque no estén obligados a motivar su decisión, es preferible que el fallo exprese los motivos en que se funda*.²⁶

equidad puede optar por considerar la donación como válida porque esa decisión particular no afecta la política general ni debilita la seguridad jurídica del sistema. Por el contrario corresponde mejor a la voluntad de las partes.

²⁵ El laudo emitido por la Fundación de Fomento al Cooperativismo de la Comunidad Valenciana, el 4 de octubre del 2003, publicado en el sitio web de dicha cooperativa, sostiene que aunque el expediente se resuelva en equidad, y por ello no es exigible la motivación del fallo, el árbitro cree conveniente motivarlo. Y procede en una extensa motivación en la que resulta interesante destacar que el árbitro sostiene que son aplicables las normas sobre caducidad previstas en la ley, inclusive en un arbitraje en equidad.

²⁶ Obra citada, pág. 73

El laudo en equidad no puede, bajo ningún concepto, vulnerar normas constitucionales o incluidas en tratados internacionales sobre derechos fundamentales, argumento que merece especial atención pese a estar incluido dentro del concepto de normas de orden público.

La Corte Constitucional Colombiana introdujo el concepto de debido proceso en la modalidad de arbitraje en equidad, mediante sentencia dictada en el caso no. 837 en octubre del 2002, con base a ciertos criterios, de los cuales, citaré aquellos que complementen los ya expuestos:

- a) Los árbitros en equidad no deben ignorar a una de las partes en la contienda. Esto no impide que descarten las pretensiones de una de ellas cuando existan razones que lo justifiquen, no obstante debe existir igualdad procesal, mediante la garantía del debido proceso.
- b) Los árbitros deben tener en cuenta las circunstancias fácticas del caso, es decir que no pueden pasar por alto la información empírica. Esto es así ya que una decisión en equidad no puede prescindir del contexto ni desentenderse de los efectos que puedan recaer sobre las partes como consecuencia de lo que los árbitros determinen.
- c) Los árbitros deben abstenerse de decidir con base en prejuicios como son las opiniones racistas, sexistas o exclusivamente ideológicas. La razón es obvia: los árbitros son autoridad y ejercen una función pública por lo que están llamados a aplicar la igualdad con el rigor del juez.²⁷

6. Recursos del Arbitraje en Equidad.-

El artículo 30 de la Ley de Arbitraje y Mediación señala que sobre los laudos no caben recursos salvo la aclaración o ampliación. Por su parte el art. 31 establece la acción de nulidad que puede intentarse contra los laudos, por las causales contempladas en la citada disposición, sin que en ninguna de ellas se limite al arbitraje en derecho, por lo que debemos concluir que el arbitraje de equidad también puede ser objeto de recurso

²⁷ Incluidos en el artículo "El Arbitraje en Equidad" de Julio Benetti Salgar, ya citado.

de nulidad, siempre que se presenten una o más de las causales contempladas en la norma. Y, si existiera la posibilidad de recurrir judicialmente de un laudo, situación que es ajena a las consideraciones que motivan a las partes a someterse a un arbitraje, por ejemplo, de presentarse defectos que justifiquen una acción extraordinaria de protección, conforme al art. 94 de la Constitución de la República del Ecuador, no está excluido de aquel control constitucional el laudo en equidad, puesto que, como vimos, éste debe respetar las normas constitucionales, especialmente las relativas a derechos fundamentales.

7. Materias sobre las que puede recaer un arbitraje en equidad.-

Se ha discutido a nivel de doctrina, principalmente en España, si pese a la arbitrabilidad de la materia y la capacidad de las partes para acudir al arbitraje, es posible que éstas se sometan a un arbitraje en equidad, existiendo por medio disposiciones de orden público que regulen el tema. Específicamente se ha debatido la posibilidad de que los socios de una compañía anónima se sujeten estatutariamente a un arbitraje en equidad, siendo que para la solución de controversias que involucren la protección de derechos de minoría, las normas aplicables son de orden público. O, si es factible que las partes de contratos de arrendamiento se sujeten a arbitraje en equidad.

Inicialmente la discusión giraba en torno a la arbitrabilidad de los conflictos societarios en determinadas materias, por ejemplo impugnación de los acuerdos sociales, vista la imperatividad de las normas regulatorias, pues existía la tendencia a equiparar disponibilidad de la materia, que es la regla para efectos de acceder al mecanismo a arbitral, con imperatividad de la regulación, siendo que la discusión se superó en el sentido de que nada tiene que ver la existencia de normas regulatorias imperativas con el carácter privado de los derechos sobre los que recae; y, en consecuencia, este tipo de conflictos son arbitrables. Finalmente, y tal como lo estableció una conocida sentencia dictada por el Tribunal Supremo Español, en abril de 1998²⁸, una vez definido que la cuestión es

²⁸ Sentencia del Tribunal Supremo del 18 de abril del 2008, citada por Manuel García Villarubia, en el artículo ¿Puede someterse estatutariamente a arbitraje en equidad la resolución de conflictos societarios, y concretamente la impugnación de acuerdos

arbitrable, no hay razones para excluir el arbitraje en equidad, puesto que la ley no establece ninguna distinción en este sentido.

La materia de inquilinato es aún debatida, no obstante, pareciera prevalecer el principio de favorable a la arbitrabilidad, inclusive bajo la modalidad de equidad, bajo el concepto de que no todas las normas de la Ley de Inquilinato son imperativas, puesto que coexisten disposiciones renunciables con otras irrenunciables, por lo que cabría el arbitraje en equidad, siempre que éste se desarrolle respetando las disposiciones que revisten el carácter imperativo.²⁹

sociales?, publicado en el Foro del Boletín Mercantil, el 19 de mayo del 2010. www.uriamenendez.com

²⁹ Mompó Buchó Joaquín, "El arbitraje en equidad en los arrendamientos sometidos a la LAU", www.eldigitalderecho.com, 2010.