

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA
ESCUELA DE DERECHO

DISERTACIÓN PREVIA A LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE
LICENCIADA DE CIENCIAS JURÍDICAS

*“ALCANCE JURÍDICO DE LA EQUIDAD EN LOS PROCESOS
ARBITRALES”*

CARLA JESSAHÉ NAVARRETE VILLALVA

DIRECTOR: DR. ROQUE ALBUJA IZURIETA

QUITO, MAYO DE 2012

DEDICATORIA

Dedico este trabajo a todas las personas que a lo largo de este tiempo han contribuido en mi formación académica, personal y espiritual. En primer lugar a mi padre y a mi madre que con su amor, esfuerzo, dedicación y paciencia me han permitido recorrer de su mano el camino de la vida, cultivando mi deseo de seguir su ejemplo con mi crecimiento. A mi hermana, mi mejor amiga, la persona que me inspira para cada día ser mejor y continuar tomando las decisiones que le hagan sentir orgullosa de mi. A mi familia, en especial a mis abuelitos que desde el cielo me guían y que en vida me dieron sus sabios consejos, que han contribuido a ser lo que ahora soy. A mi novio que con su amor, apoyo y confianza me han instado a ser mejor y superarme con metas lejanas pero certeras. A mis amigas que son parte fundamental del crecimiento, porque con su consejo oportuno han estado en los momentos precisos de la vida. Por último, dedico mi trabajo a mis maestros que más allá de ocupar ese lugar han sido mis amigos, que han forjado con sus cátedras una escuela de formación personal e integral.

AGRADECIMIENTOS

En primer lugar agradezco a Dios porque me ha brindado la oportunidad de vivir este momento. A mis padres quienes han realizado mucho sacrificio para proyectar en mí una meta muy alta, y poder alcanzarla por medio de mi educación. Agradezco a mi hermana por el amor y el aporte en mi crecimiento personal. Por último, agradezco al Director de este trabajo, a quien escogí no solo por su excelencia académica y profesional, sino por su maravillosa trayectoria como ser humano y amigo, quien impulsó parte fundamental de este trabajo.

TABLA DE CONTENIDOS

RESUMEN.....	1
INTRODUCCIÓN	2
DESARROLLO DEL TRABAJO.....	4
1. PANORAMA GENERAL DEL ARBITRAJE EN EL ECUADOR.....	4
1.1. <i>Aceptación de la sociedad frente a la posibilidad de resolver conflictos por arbitraje en equidad.</i>	9
1.2. <i>Concepto Jurídico</i>	12
1.3. <i>Fundamento Legal</i>	18
2. ELEMENTOS ESTRUCTURALES DEL ARBITRAJE EN EQUIDAD	20
2.1. <i>Principio Kompetenz – Kompetenz</i>	20
2.2. <i>El principio de la Autonomía de la voluntad</i>	22
2.3. <i>La capacidad para transigir</i>	26
2.4. <i>La materia transigible</i>	28
3. CONCEPTO DE EQUIDAD Y SUS FUNCIONES EN DERECHO.....	31
3.1. <i>Necesidad jurídica de la equidad</i>	32
3.2. <i>Teorías filosóficas sobre la equidad</i>	35
3.3. <i>Negación y admisión de la equidad como institución válida</i>	37
3.4. <i>La equidad en los distintos sistemas jurídicos</i>	40
3.5. <i>Diversas acepciones del concepto de equidad para el Derecho</i>	45
3.6. <i>Funciones de la equidad en el Derecho</i>	47
3.7. <i>El laudo arbitral. Requisitos y elementos del laudo en equidad.</i>	48
4. EFECTOS JURÍDICOS DEL LAUDO ARBITRAL EMITIDO EN EQUIDAD	66
4.1. <i>Efectos del laudo arbitral</i>	66
4.2. <i>Acción de nulidad frente a los laudos arbitrales dictados en equidad</i>	69
4.3. <i>Acción extraordinaria de protección frente a laudos arbitrales</i>	78
CONCLUSIONES	87
BIBLIOGRAFÍA.....	91

RESUMEN

El Arbitraje en equidad es uno de los mecanismos alternativos de solución de conflictos que se encuentran contemplados en nuestra legislación. Pero a pesar de ello la doctrina y la jurisprudencia se han preocupado muy poco de su desarrollo, lo que ha repercutido en su casi nula aplicación en determinados ámbitos.

Este trabajo no tiene otra finalidad distinta que la de aclarar los conceptos necesarios para dilucidar no solo el arbitraje en equidad, sino los efectos que genera su aplicación el momento en que se debe considerar dentro de los procesos arbitrales, los efectos que provoca en la práctica de la prueba a lo largo de un juicio arbitral y el alcance que tiene esta figura frente a los límites de la discrecionalidad en su aplicación, derivada de la jurisdicción convencional.

Esta investigación también se encuentra enfocada a la búsqueda de una solución de los conflictos que se han derivado de los vacíos legales que han sido encontrados como producto de la relación del arbitraje en equidad con figuras como la acción de nulidad, el recurso de casación y la posibilidad de plantear una acción extraordinaria de protección frente a un laudo emitido en equidad.

Para esta finalidad este trabajo de disertación se ha estructurado siguiendo los lineamientos lógicos deductivos, partiendo desde un panorama general de la justicia en el Ecuador, pasando por los Métodos Alternativos de Solución de Conflictos, el arbitraje en equidad y sus funciones para el Derecho, desembocando la investigación en las conclusiones que se plasmaron al final de este trabajo.

INTRODUCCIÓN

Este trabajo está inspirado en la afirmación que cuando las partes suscriben un acuerdo arbitral en un determinado contrato, hacen mucho más que simplemente comprometerse a no utilizar el litigio como método de resolución de un posible conflicto, sino que pone en marcha un complejo sistema internacionalmente reconocido y denominado como arbitraje.

El derecho arbitral es un área sui géneris, ya que está compuesta tanto por el derecho sustantivo como por el adjetivo, al igual que en su conocimiento convergen dos vertientes regulatorias, la local y la internacional.

El tema en específico a desarrollarse en este trabajo, alude no solo al arbitraje en derecho, sino a una institución muchas veces ignorada por los doctrinarios, “el arbitraje en equidad”. La dificultad práctica y filosófica que comporta el tema de la equidad, su alcance jurídico en relación a las instituciones y principios generales del derecho, aunada a la escasa y contradictoria literatura que pude recopilar, hacen que este tema sea de gran interés para la investigación.

En el inicio del trabajo, desarrollaré la búsqueda de las bases históricas y filosóficas tanto del arbitraje como de la equidad, su concepción y armonía en su convivencia con el Derecho, no solo desde el punto de vista actual, sino su interpretación y connotación a lo largo de la historia.

Posteriormente se analizarán las problemáticas prácticas derivadas de la aplicación de la equidad en los procesos arbitrales, las controversias jurídicas que se generan en torno a la diversa interpretación de este concepto. Y en la parte concluyente se sugerirán las alternativas desde el punto de vista normativo para su aplicación más eficaz.

Toda la exposición de mi trabajo demuestra que esta figura posee muchas aristas por definir en la comunidad jurídica, pero habré cumplido mi objetivo trazado si una vez concluido este trabajo puedo determinar más que respuestas satisfactorias, nuevas interrogantes por descubrir, porque el Derecho en todo momento va más allá de nuestro conocimiento, porque como dijo Marco Tulio Cicerón: *“La ley no ha sido establecida por el ingenio de los hombres, ni por el*

mandamiento de los pueblos, sino que es algo eterno que rige el Universo con la sabiduría del imperar y del prohibir.”

DESARROLLO DEL TRABAJO

1. PANORAMA GENERAL DEL ARBITRAJE EN EL ECUADOR

Desafortunadamente en nuestro país, a pesar de las numerosas reformas políticas y fallidos intentos de modernización judicial, enfrentamos a diario la crítica expresada en el calificativo: “inoperancia de la justicia ordinaria” una apreciación generalizada en el tiempo y en el espacio que nos ha tocado enfrentar.

Es un concepto arraigado en el espacio, debido a que la Administración de Justicia, no solo en nuestro país, sino también en muchos otros países de América Latina, se ha caracterizado por la falta de una dispensa de justicia pronta, por ser el escenario predilecto para la corrupción y materialización de la injusticia social. Así por ejemplo, el colombiano Eduardo Silva Romero resume de manera muy acertada las causas de la explosión del uso del arbitraje *“lo nuevo del arbitraje, son en mi opinión, vox populi: la congestión de los despachos judiciales; la corrupción de algunos jueces; la lentitud del sistema judicial; los costos del sistema judicial (en particular los intereses que causan las obligaciones dinerarias).”*¹

Si confrontamos los motivos señalados, con la rapidez del arbitraje tanto en derecho como en equidad, sus costos moderados, la ventaja de que este método alternativo de solución de conflictos tiene una única instancia de sustanciación (a diferencia de los procesos judiciales que ordinariamente cuentan con dos instancias de litigio y la posibilidad de plantear un recurso de casación), sin dejar de lado la importancia que conlleva la especialización de los profesionales que se desempeñan como árbitros, lo cual está muy ligado a la neutralidad de sus laudos, podemos encontrar una motivada razón para que las controversias en nuestro país hayan dado un giro de 360 grados en su método de resolución, ya que con la creación de varios centros de Arbitraje estamos convirtiendo paulatinamente a este método alternativo de solución de conflictos en un método principal de resolución de conflictos.

¹ Silva Romero Eduardo. (2005). *El Contrato de Arbitraje*. Santa Fe de Bogotá: Legis Editores.

Una vez que he señalado el por qué consideremos a la inoperancia de la justicia ordinaria como un concepto arraigado en el espacio, procederé a detallar por qué también se encuentra radicado a través del tiempo.

*“Que, el cambio radical de la justicia es una de las demandas populares más importantes que llevó a las ecuatorianas y ecuatorianos a convocar a una Asamblea Constituyente el 15 de abril de 2007 a través de una consulta popular, y encomendar a las y los asambleístas electos el 30 de septiembre de 2007 la elaboración de una nueva Constitución”*² Es así como comienza la exposición de motivos para la expedición del Código Orgánico de la Función Judicial, lo cual demuestra claramente el sentimiento generalizado de la población ecuatoriana de encontrar la solución o la alternativa que les ofrezca un despacho eficiente, ágil y justo en la resolución de los conflictos.

Por lo tanto, de lo expuesto se evidencia la inconformidad frente a la situación actual de los órganos jurisdiccionales, pero este sentir es únicamente el comienzo para impulsar el desarrollo de los procesos arbitrales como una alternativa a este problema.

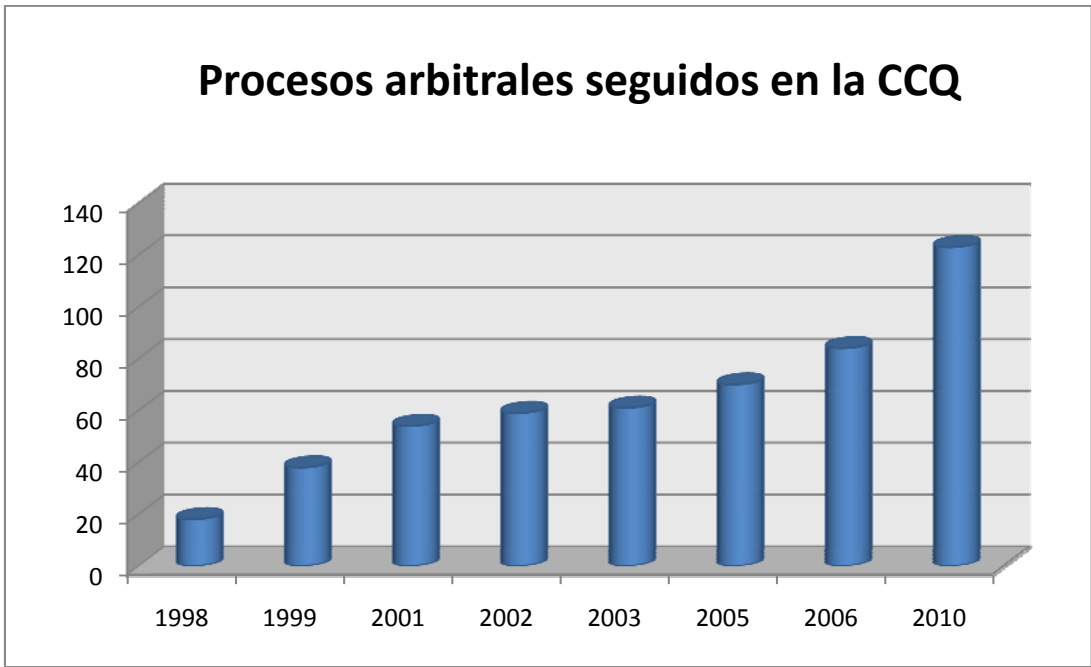
De acuerdo con los registros del centro de arbitraje de y mediación de la Cámara de Comercio de Quito³, en el año 1998 se iniciaron apenas 18 procesos arbitrales, de los cuales apenas 8 terminaron en laudo, 4 en mediación o transacción y 5 procesos no concluyeron.⁴ En el año 2010, es decir 12 años después, ingresaron 123 causas arbitrales. Como se aprecia en la ilustración 1, el número de procesos arbitrales iniciados ha aumentado significativamente tomando en cuenta los datos de varios años.

2 Registro Oficial Suplemento 544. (9 de Marzo de 2009).

³ Datos tomados de los registros del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito, allí es donde más procesos se administra a nivel nacional.

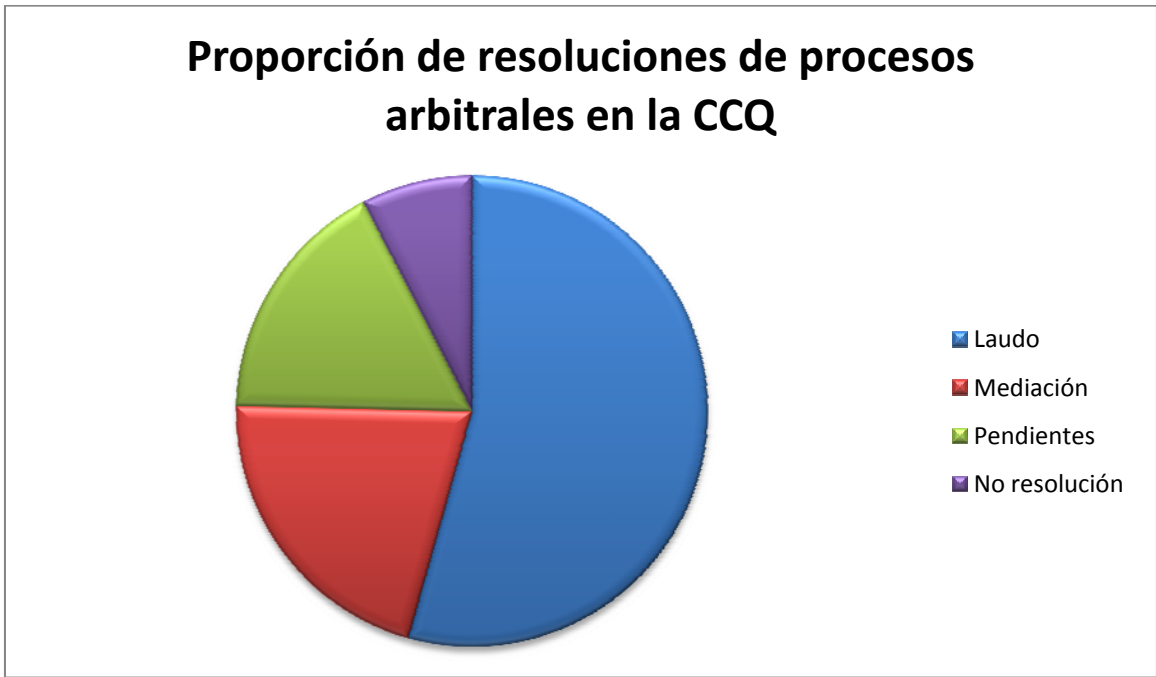
⁴ BERTINI CHIRIBOGA, Leonello, *“Acción de nulidad de Laudos Arbitrales”*, Editorial El Conejo, Quito, 2008.

Procesos arbitrales seguidos en la CCQ



Procesos arbitrales iniciados por períodos anuales en la CCQ

Proporción de resoluciones de procesos arbitrales en la CCQ



Representación gráfica de la resolución de los procesos arbitrales CCQ (1998-2010)

Los datos citados demuestran por un lado la mayor acogida que tiene el arbitraje con el transcurso del tiempo, pero por otro lado, debemos señalar la eficiencia del sistema arbitral en la resolución de los procesos, ya que como podemos observar en la Ilustración número 2, el mayor porcentaje de los procesos han sido resueltos, ya sea por laudo arbitral o por transacción de las partes en la etapa de mediación.

A modo de una breve determinación, se pueden citar las características más sobresalientes, que según lo expuesto por Leonello Bertini Chiriboga en su obra “Acción de Nulidad de los Laudos Arbitrales” han permitido en nuestro país considerar al arbitraje tanto en derecho como en equidad, como un método más conveniente para la resolución de conflictos:

- a) Convencional: Para su existencia se requiere del acuerdo voluntario de las partes, manifestado por escrito
- b) Jurisdiccional: Los dictámenes de los árbitros son equivalentes a los de los jueces de justicia ordinaria y además son exigibles judicialmente
- c) Participativo: Si bien no deja de ser adversarial y confrontativo, las partes tienen mayor control sobre su responsabilidad de las condiciones en que se resuelve la controversia.
- d) Inmediación: La interacción de los árbitros con las partes es permanente y permite con más facilidad alcanzar la verdad.
- e) Celeridad: Es una alternativa mucho más rápida (aproximadamente y en promedio un proceso arbitral demora en su sustanciación nueve meses).
- f) Económico: Esta característica está relacionada a la anterior, ya que al durar menos el arbitraje ofrece una reducción de gastos y costos frente a lo que incurrimos en la justicia ordinaria.
- g) Especializado: La conformación del Tribunal está a disposición del acuerdo de las partes, lo que permite elegir árbitros expertos en los temas que se envuelva la controversia o litigio.
- h) Imparcial: Las partes tienen más seguridad, ya que tienen la libertad de escoger el Centro de Arbitraje y el Tribunal que sea de su absoluta confianza.
- i) Confidencial: A diferencia de la justicia ordinaria en la cual, salvo ciertas excepciones, los procesos son públicos, en el arbitraje la información es reservada a menos que las

partes estipulen lo contrario. Esto permite que el “buen nombre de las partes” no se vea afectado por el litigio.

- j) Mayor satisfacción de las partes: En vista de que se presume que el arbitraje es un procedimiento que permite a las partes estar más cerca del proceso y que tienen la oportunidad de elegir a quienes van a tomar la decisión final, los niveles de satisfacción y confianza en el mecanismo son mucho más elevados que en la justicia ordinaria. “Muchas partes después de la lectura del laudo han salido dándose la manos. Procesos que se resolvieron en 40 días y las partes salieron contentas”.⁵
- k) Eficaz: Los laudos arbitrales producen los mismos efectos que las sentencias emitidas por los jueces ordinarios.
- l) Universal: Por medio de la justicia arbitral se pueden resolver todo tipo de conflictos. Siempre y cuando versen sobre materia transigible
- m) Flexible: Las normas del arbitraje son mucho más flexibles que las que rigen la justicia ordinaria.

El arbitraje por lo tanto es un mecanismo que debido a sus características representa una alternativa que crece y se difunde cada vez más. Lo cual hace relevante e importante el análisis para su desarrollo.

⁵ Dra. Paulina Velarde, Secretaria arbitral y abogada litigante en arbitraje, Entrevista 24 de agosto de 2006.

1.1. Aceptación de la sociedad frente a la posibilidad de resolver conflictos por arbitraje en equidad.

En los últimos diez años, la legislación ecuatoriana sobre arbitraje ha sufrido un profundo cambio. Durante este lapso, la ley de arbitraje y mediación fue creada, modificada y finalmente codificada, adecuando sus reglas, de manera general, a los modernos principios que rigen el sistema.

Por tradición y desde una visión general del Arbitraje Internacional, el Ecuador, apegado muy profundamente al concepto de la soberanía del Estado, ha visto grandes inconvenientes en que éste, o las entidades del sector público que lo conforman, se sometan a este método alternativo de solución de conflictos.

Esta circunstancia se ha hecho evidente en dos frentes: el interno, donde la resistencia –empujadas por intereses de diversa índole- ha sido férrea y sostenida; y el externo, donde, a pesar de estar el Ecuador –casi sin excepción- vinculado y adherido a los tratados internacionales más importantes sobre arbitraje o en asuntos donde el arbitraje es considerado como el mecanismo más idóneo para solucionar controversias, se desconocen de manera olímpica estas herramientas bajo el pretexto de la soberanía y la preponderancia de la Constitución, sobre los compromisos adquiridos en desarrollo y con observancia de ésta, llegando al extremo de incluir en las reformas a la Ley, criterios subjetivos para calificar la internacionalidad del arbitraje, alejándose así de todo principio universalmente establecido sobre el tema. Esto último obedece a una clara falta de política gubernamental sobre el tema o como cuando ocurre con frecuencia, debido al fanatismo o a una total ignorancia.

El primer inciso del artículo 190 de la Constitución de la República del Ecuador reconoce como legítimos el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la solución de conflictos siempre y cuando se manejen conforme a la ley y sobre materias que se pueda transigir.

En concordancia con este artículo, el primer inciso del artículo 3 de la Ley de Arbitraje y Mediación dispone: *“Las partes indicarán si los árbitros deben decidir en equidad o en derecho, a falta de convenio el fallo será en equidad...”*⁶

Como podemos observar, la legislación ecuatoriana contempla la posibilidad de resolver las controversias por vía arbitral, e incluso en equidad, lo cual posibilita la administración de justicia en un sentido que no se restringe al contenido de las disposiciones legales, sino que busca como su finalidad máxima la justicia con la aplicación de la sana crítica y el leal saber y entender de los árbitros.

Si bien no me concierne profundizar en la meta filosófica de justicia como tal, quisiera aprovechar este espacio para llamar la atención sobre algo evidente, que se ha dejado pasar por mucho tiempo, que es el hecho de que la Justicia como meta filosófica no está librada a la voluntad de jueces, políticos y abogados. Mientras no acojamos este presupuesto no vamos a dejar de ser, el pintoresco país de incondicional apego a la falsa retórica que pretende cambiar su realidad con la sola sustitución de palabras en las leyes.

Al hacer un análisis histórico, apreciamos que los árbitros en equidad se han contemplado desde el Fuero Juzgo, en el cual el rey nombraba a los jueces árbitros compromisarios, pero se advirtió un tipo especial de arbitraje, porque su objeto era buscar la avenencia de los litigantes, es decir, se consagraron como amigables componedores, lo cual constituyó un antecedente para la finalidad misma del Arbitraje en general.

De igual forma, en la ley 23 de la Partida Tercera del libro de las Siete Partidas, se consagró un reglamento profundo de la institución arbitral, ya que allí los árbitros eran de dos clases, la primera de los denominados avenidores que decidían en derecho y la segunda de los arbitrades, albedriadores o comunales amigos que eran quienes decidían del modo que tuvieran a bien. Los Albedríos castellanos o “fazañas” -verdadero antecedente de los fallos

6 Registro Oficial 145. (4 de Septiembre de 2005).

“*ex aequo et bono*”-dictados con arreglo a la conciencia y prescindiendo de las leyes y costumbres, que pasaban a constituir precedentes vinculantes.⁷

Citadas algunas de las formas primigenias de entender el arbitraje en equidad, el enfoque que actualmente tenemos acerca de esta institución es producto del desarrollo sociocultural y la evolución del Derecho, pero más específicamente de la rama de Derecho Público, debido a que inicialmente se instauraron mecanismos jurídicos para impartir justicia por parte de la rama jurisdiccional, la cual inicialmente era depositaria exclusiva de esta parte del poder estatal.

Esta administración de justicia fundada únicamente en el empleo de la normativa procesal, por múltiples razones comenzó a adolecer de diversas falencias en los distintos ordenamientos adjetivos y prácticos. Es así como el Derecho dejó de ser ajeno a aquellos otros medios que en la sociedad se han utilizado desde siempre para desatar desavenencias y los ha ido implementando para sí con el desarrollo de los llamados *Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos – MASC o ADR*⁸, por sus siglas en inglés- los cuales se alzan ahora como alternativas jurídicas.

Frente a estos mecanismos que se han instaurado, específicamente el arbitraje en equidad, la población ecuatoriana los está acogiendo paulatinamente debido a los altos niveles de conflictividad y a la inoperancia de la justicia ordinaria.

Como pudimos observar el arbitraje en equidad es una de estas alternativas establecidas en la normativa de nuestro país, pero a la vez es una de las que menos desarrollo ha tenido, a pesar de la disposición legal contenida en el artículo 3 de la Ley de Arbitraje y Mediación, la cual dispone que frente al no especificar en la cláusula compromisoria el tipo de arbitraje al que las partes se someten, se debe llevar el proceso en base a la equidad.

⁷ MARICHALAR. (1862). *Historia de la Legislación y Recitaciones del Derecho Civil en España*. Madrid.

⁸ (Alternative Dispute Resolution)

1.2. Concepto Jurídico

Cuando nos referimos al Arbitraje en equidad, es necesario citar a los llamados “Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos” con los cuales nos remontamos a los medios que la sociedad ha utilizado desde siempre para desatar desavenencias sin recurrir a la violencia.

La noción de medios alternativos de resolución de conflictos rescata la idea de que son las partes las dueñas de su propio problema o litigio, y que por tanto, ellas son quienes deben decidir la forma de resolverlo, por lo que pueden optar por un catálogo amplio de posibilidades, en las que el proceso es una opción, pero ni la única ni la más recomendable.

En cuanto a sus orígenes, no puedo establecer con exactitud, pero la historia está abarrotada de menciones de éstos y datan desde la antigüedad; por citar algunos ejemplos: en la literatura hebraica, en el primer libro del Torá⁹, específicamente en el Génesis, se hace una primera invocación de este tipo de método de alcanzar a la justicia humana, en el que se encarga la solución de un conflicto a un tercero particular, cuando Jacob le alcanza a Labán, en su huída en el monte de Galaad y le reclama por el robo de unos dioses de su propiedad y una vez que termina la persecución, Labán le dice a Jacob¹⁰:

*¿Por qué culpa mía o por qué pecado mío te
has enardecido tanto en perseguirme hasta
escudriñar todo mi equipaje? ¿Y qué es lo
que has hallado de todos los haberes de tu casa?
Ponlo aquí, a la vista de mis hermanos y de los tuyos,
y sean ellos jueces entre nosotros dos.”*

⁹ El “Torá” está formada por los cinco primeros libros del Antiguo Testamento: Génesis, Éxodo, Levítico, Números y Deuteronomio. En estos libros se recogen las normas prácticas del pueblo judío que todavía hoy cumplen

¹⁰ Génesis 31, 22-44.

En Grecia, en el período clásico, existieron los Tesmotetes, que eran personas facultadas para examinar los hechos motivos de los litigios que, con base en esos análisis, procuraban convencer a las partes de resolverlos a través de lo que hoy definimos como acuerdos transaccionales.¹¹

En cambio, en el Imperio Romano, este mismo concepto estuvo incluido en las *Doce Tablas*¹², en donde se facultaba a los principales líderes, quienes aconsejaban la realización de acuerdos conciliatorios a las partes en disputa, como Cicerón, quien lo hacía fundado en el aborrecimiento que decía él que debía tenerse a los pleitos.

En estricta referencia al arbitraje, según Antonio Fernández de Buján, si bien el origen es privado, es en las relaciones de los comerciantes en el ámbito que hoy denominaríamos internacional donde debemos buscar el comienzo del arbitraje pues en esa área se practicaba, desde tiempos primitivos, la costumbre de encomendar la solución de las controversias a unos árbitros que –serían a la vez garantes y peritos-; la práctica, como era lógico que sucediera, se introdujo en los mercados de Roma quizá desde antes del período republicano, según se deduce del contenido del Foedus Cassianum.¹³

Como acertadamente lo reseña en riguroso orden cronológico DUQUE ECHEVERRI¹⁴, las alusiones a la justicia arbitral en conciencia se encuentran en el Génesis y el Éxodo, en las Leyes Hindúes, en la Ley Romana de las Doce Tablas e inclusive en la Mitología Griega, donde el propio Paris sirvió de árbitro entre Minerva Juno y Venus para adjudicarle a esta última la legendaria manzana.¹⁵

En fin, son incontables las menciones que puedo seguir haciendo, pero con estas pocas ya podemos concluir que el ser humano tiene conciencia social y que a lo largo de la historia ha actuado en apego a instituciones que le han permitido preservar sus intereses particulares pero respetando el orden social, el orden de la colectividad, acudiendo al poder divino, al poder

¹¹ VALDÉS SÁNCHEZ, Roberto. *El Pacto Compromisorio con Opción Múltiple*. Febrero. 2003.

¹² Texto legal que contenía normas para regular la convivencia del pueblo romano.

¹³ A. FERNÁNDEZ, BUJÁN. *A propósito de la naturaleza contractual del arbitraje*. Estudios de derecho civil-Obligaciones y contratos-Bogotá. 2003.

¹⁴ DUQUE ECHEVERRI J. Emilio, *“Del Arbitramiento Mercantil”*, Colección Jurídica Bedout 1976.

¹⁵ GAMBOA MORALES, Ernesto. *El Arbitraje en Equidad*, Santa Fe Bogotá. 2003.

institucional, y a la razón o al buen criterio de uno o de varios de los individuos para que den solución a los conflictos.

El ser humano frente al conflicto puede hacer dos cosas: simplemente ignorarlo o propender a su solución.

Si escoge la segunda opción, dentro de la misma pueden actuarse de tres maneras distintas, la primera, inaceptable, es tratar de resolverlo por las vías de hecho, contrarias a la ley y al orden público, para lo cual debería considerarse que lo más probable es que acarreará consecuencias jurídicas indeseables, imprevistas o funestas; la segunda, es acudir a la justicia ordinaria; y la tercera, es recurrir al método alterno de resolución que considere propicio.

En nuestra legislación la ley no define a la resolución alternativa de conflictos, pero en la doctrina nacional e internacional ésta engloba el conjunto de mecanismos que permiten resolverlos sin recurrir a la violencia o a alguna justicia institucional, tradicional u ordinaria, pero gozando sus soluciones de algún tipo de reconocimiento legal.

Así, si centramos la atención en estas dos últimas opciones, es decir, en las que estrictamente se pueden calificar de jurídicas, nos encontramos con que se puede optar por cualquiera de los tres tipos de mecanismos de solución de conflictos que se encuentran a continuación:

- a) Mecanismos de **Autotutela**, que son aquellos por virtud de los cuales una parte impone su voluntad, sacrificando o exponiendo un bien jurídico de la contraparte. Son rezagos y manifestaciones de la “justicia por propia mano” en el Derecho y por eso, aún cuando la tendencia es a prohibirlos, se permiten pocos. Un ejemplo de este mecanismo se encuentra contemplado en el artículo 19 del Código Penal, el cual dispone: *“No comete infracción de ninguna clase el que obra en defensa necesaria de su persona, con tal que concurran las siguientes circunstancias: actual agresión ilegítima; necesidad racional del medio empleado para repeler dicha agresión, y falta de provocación suficiente de parte del que se defiende.”*¹⁶ Es oportuno citar que frente a este mecanismo el Dr. Juan Isaac Lovato, se pronunció al siguiente tenor: "Según la

¹⁶ Código Penal Ecuatoriano.

doctrina antigua la legítima defensa fundamentalmente debe entenderse como el derecho natural que tiene todo hombre, de utilizar la fuerza física para repeler en el acto toda agresión injusta, contra la cual no quepa en el momento otro medio de defensa"¹⁷

- b) Mecanismos de **Autocomposición**, son aquellos a través de los cuales los interesados directamente dan solución a sus diferencias y si hay intervención de terceros, se limita a coadyuvar a las partes en la consecución de esta finalidad. Entre éstos se encuentran la conciliación, el arreglo directo, la transacción y la mediación.
- c) Mecanismos de **Heterocomposición**, que son aquellos por virtud de los cuales se defiende la solución del conflicto a un tercero imparcial e independiente, a cuya voluntad las partes tienen que apegarse. Comprenden la vía judicial y el arbitraje.

Teniendo en cuenta el tratamiento que la ley les ha dado a los anteriores mecanismos y para concretar una aceptación de lo que debemos entender en el país por “Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos”, me adhiero a la definición dada por el doctor Roberto Valdés Sánchez¹⁸, quien respecto de la resolución alternativa dice que podemos identificarla como “*el conjunto de métodos que sirven para que toda persona, con capacidad legal para transigir sobre determinado objeto, resuelva-con plena eficacia legal y sin acudir a la justicia ordinaria- los conflictos sobre la materia que la ley acepte como transigibles*”.

Una vez que podemos definir al arbitraje en equidad como un método alternativo de solución de conflictos de heterocomposición, procederé brevemente a caracterizar jurídicamente el arbitraje en equidad.

¹⁷ http://www.revistajuridicaonline.com/index.php?option=com_content&task=view&id=321&Itemid=34

¹⁸ VALDÉS SÁNCHEZ, Roberto. *Los elementos estructurales para la práctica de la Resolución Alternativa de conflictos*. Bogotá. 2002.

La aplicación de la equidad en el tema del arbitraje guarda mucha coincidencia con lo conocido como “equidad correctiva”¹⁹, ya que tiene estrecha coincidencia con los criterios que señalaré a continuación:

- a) A un sentido de la Justicia, como concepto filosófico último y medular de la equidad
- b) A un medio de determinación del derecho justo a través de la adaptación de la ley a las peculiares circunstancias de las personas, de las cosas, del tiempo y del lugar, o a su visión jurídico procesal

A mi juicio, no existe oposición entre estas dos formulaciones realizadas por Ernesto Gamboa Morales en su libro: *“El arbitraje en equidad”*, pues para mi punto de vista resultan complementarias. Pero el hecho de que me permita emitir más de un concepto de equidad, realza la dificultad que esta idea envuelve.

Como bien lo señala Castan Tobeñas: *“No es extraño ciertamente que existen muchas incertidumbres y muchas imprecisiones en torno a un concepto de ontología jurídica tan fino y sutil como el de la equidad, muy difícil de deslindar de los derechos y la justicia”*²⁰

Y en relación a esta segunda, como se observa la equidad está estrechamente ligada a la justicia, Kelsen llegó postreramente a la conclusión relativista y escéptica de que era imposible saber racionalmente que es la justicia, ya que señaló: *“en rigor, yo no sé ni puedo decir que es la equidad, la equidad absoluta, ese hermoso sueño de la humanidad. Debo conformarme con la justicia y la equidad relativa: tan solo puedo decir que es para mí la justicia”*

En una aproximación más apegada al tema de nuestra investigación, puedo definir que el Arbitraje en equidad, es un mecanismo que surgió en concordancia con uno de los verdaderos ideales de la justicia, también surge con evidencia este criterio de relatividad que cité anteriormente, pues aún en nuestros días la clásica formulación de Ulpiano de “dar a cada cual lo que le corresponde” se oponen a otras alternativas conocidas comúnmente como válidas: “dar a cada uno lo mismo” o “dar a cada uno según su naturaleza”, etc.

¹⁹ Es la figura que aparece cuando el intérprete debe moderar la ley para salvaguardar la justicia.

²⁰ CASTAN TOBEÑAS, José. *“La Formulación Judicial del Derecho y el Arbitrio de la equidad”*, Madrid 1953.

Como procederé a analizar posteriormente la equidad - dentro de la complejidad de su concepto- es un elemento que actúa como ponderación en los procesos arbitrales, que hace posible que el operador jurídico atribuya y distribuya las cargas impuestas por la norma general, proporcionalmente de acuerdo con aquellos elementos relevantes que la ley no considera explícitamente.

Es atrevido señalar que el arbitraje en equidad es más conveniente que un arbitraje en derecho, pero se puede intuir que si las partes están estableciendo que su arbitraje será en equidad, disponen una cláusula de exclusión²¹ al no señalar que el arbitraje será en derecho y se entiende que los árbitros resolverán en equidad. Ello significa que en la práctica aparentemente existirá prevalencia de la sana crítica sobre el derecho, por la sencilla justificación de que aquel no necesita invocarse expresamente a diferencia del de derecho que si ha de ser elegido de modo expreso por las partes (o por la materia en caso de un arbitraje en equidad forzoso).

Ahora bien, respecto a la conveniencia de optar por el arbitraje en equidad antes que en derecho, en un primer nivel la respuesta sería que un arbitraje en equidad es más favorable ya que este proceso no queda constreñido por el complejo normativo o jurisprudencial, y adicionalmente aporta a la ventaja, el acercamiento de árbitros no jurídicos o licenciados en derecho cuyos laudos podrían sustentarse en normas o en criterios no jurídicos y por lo tanto basados en la equidad, que como pudimos analizar, por ser un concepto tan complejo, permite que el laudo tenga una carga mayoritaria de subjetividad.

Por lo cual, analizando desde otro punto de vista, en niveles distintos al subjetivo, la fórmula del arbitraje en equidad no siempre se ofrece como la modalidad más adecuada, ya que en estos procesos se esfuma el factor de la “previsibilidad” que se configura por la ausencia de normas técnicas y jurídicas el momento de resolver la controversia, lo cual puede atraer resultados no deseados el momento de estipular la cláusula arbitral.

²¹ LORCA NAVARRETE, Antonio María- SILGUERO ESTAGNAN, Joaquín. *“Derecho de arbitraje español”*, Editorial Dykinson, Madrid, 1994.

A todo ello se une otra desventaja, toda vez que en el arbitraje en derecho, las partes pueden combatir con más facilidad los errores de los árbitros, ya que su laudo puede ser confrontado mediante reglas objetivas (normativa jurídica), las cuales son preexistentes al arbitraje mismo. Más adelante analizaremos con detenimiento los mecanismos previstos para combatir los laudos resultantes de estos procesos.

Para el autor Antonio María Lorca Navarrete, no es correcto hacer énfasis en la distinción y en la dicotomía que existe entre el arbitraje en derecho y en equidad, ya que se debe considerar únicamente como una aporía del lenguaje. Esta afirmación la justifica en el caso de que el árbitro o los árbitros no son abogados, esto es, cuando son arquitectos, comerciantes, jardineros, etc. Estos profesionales también deben resolver conforme a “derecho”, esto significa que han de resolver apegados y con arreglo a las reglas propias de su arte, su oficio o su profesión. Tales reglas propias son las que tipifican en tales casos el “arbitraje en derecho” por lo que los abogados lo deben resolver “en derecho” toda vez, que esa es su profesión.

Por lo tanto, apegada a la tesis antes expuesta, podríamos concluir que la dicotomía entre arbitraje de derecho y equidad no es válida para expresar la riqueza objetiva que puede ofertar un arbitraje de “derecho” que no necesariamente debe apoyarse en “derecho”, aunque este tema no resuelve el fondo del asunto, es una válida aclaración de la semántica del lenguaje que se emplea para su definición.

1.3. Fundamento Legal

La ley de Arbitraje y Mediación, define el sistema arbitral como

... “un mecanismo alternativo de solución de conflictos al cual las partes pueden someter, de mutuo acuerdo, las controversias susceptibles de transacción, existentes o futuras para que sean resueltas por los Tribunales de arbitraje administrado o por árbitros independientes que se conformaren para conocer dichas controversias”²²

²² Ley de Arbitraje y Mediación, artículo 1, Registro Oficial No. 417, jueves 14 de diciembre de 2006.

Como pudimos citar brevemente, los Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos en nuestro país cuentan también con respaldo jurídico de la Constitución, principalmente en la disposición contenida en el artículo 190, que transcribo en su totalidad a continuación:

“Art. 190.- Se 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 las que por su naturaleza se pueda transigir.

En la contratación pública procederá el arbitraje en derecho, previo pronunciamiento favorable de la Procuraduría General del Estado, conforme a las condiciones establecidas en la ley.”

Adicionalmente la citada Ley de arbitraje y mediación, cuya codificación fue publicada en el Registro Oficial 417 del 14 de diciembre de 2006 la cual regula con disposiciones específicas el procedimiento a seguir en el caso de someter la solución de un conflicto al arbitraje o a la mediación. Al igual se describen en esta normativa los requisitos que deben cumplirse para configurar un proceso arbitral.

Cabe anotar que cada uno de los centros autorizados de arbitraje y mediación deberán contar con un reglamento interno de funcionamiento.

Por lo tanto, el arbitraje es el mecanismo jurisdiccional, reconocido por la ley, mediante el cual las partes, previo convenio someten sus controversias susceptibles de transacción, para que sean resueltas ante un tribunal privado distinto de la justicia ordinaria.

2. ELEMENTOS ESTRUCTURALES DEL ARBITRAJE EN EQUIDAD

2.1. Principio *Kompetenze – Kompetenz*

Un pilar fundamental para la existencia del arbitraje en general, es el reconocimiento de la competencia que tienen los árbitros en los procesos de resolución que se les ha puesto a su conocimiento por medio de una cláusula compromisoria o arbitral.

Por motivos introductorios, me parece trascendente dar una explicación breve del principio *Kompetenze – Kompetenz*, ya que es la institución que legitima la actuación preferente de los árbitros en la solución de conflictos que se someten a ellos.

La expresión *Kompetenze – Kompetenz* es de origen alemán, y según la doctrina significaba que los árbitros eran los “únicos” que podían dirimir la controversia relativa a su propia competencia. Esta figura también se la conoce como *Competence - Competence* ó *Kompetenz – Kompetenz*.

Actualmente este principio se halla consagrado y reconocido por convenciones internacionales y por nuestra legislación nacional, es así como el artículo 22 de la Ley de Arbitraje y Mediación dispone claramente:

“Una vez constituido el tribunal, se fijará día y hora para la audiencia de sustanciación en la que se posesionará el secretario designado, se leerá el documento que contenga el convenio arbitral y el tribunal resolverá sobre su propia competencia.

Si el Tribunal se declara competente ordenará que se practiquen en el término que el tribunal señale las diligencias probatorias solicitadas en la demanda, contestación, reconvencción, modificación y contestación a ésta, siempre que fueren pertinentes, actuaciones que deberán cumplirse durante el término señalado por el tribunal arbitral.

Si las partes se encontraren presentes en la audiencia podrán precisar las pretensiones y los hechos en las que ésta se fundamenta.”

En esta disposición se puede advertir que los árbitros tienen la capacidad y obligación legal de resolver sobre su competencia en la audiencia de sustanciación.

La prioridad en el tiempo de la que gozan los árbitros para decidir toda controversia relativa a su propia competencia, como pudimos observar, constituye el fundamento básico para reconocer la existencia, la validez y el alcance del contrato de arbitraje, ya que si este principio junto con el de la autonomía del pacto arbitral no fueran reconocidos por el derecho arbitral, la afirmación de la inexistencia o de la nulidad del contrato de arbitraje, acarrearía la suspensión del mismo y por otra parte la necesidad jurídica de acudir a la justicia estatal para que resuelva la validez de esta controversia.

También es importante señalar que la doctrina del arbitraje internacional y en especial lo señalado por el profesor Emmanuel Gaillard, quien sostiene que el principio *Kompetenze – Kompetenz* produce dos efectos fundamentales que se aplican de igual manera en el Arbitraje en equidad, estos efectos consisten en:

- a) Efecto Positivo: consagración y reconocimiento del poder a favor de los árbitros de dirimir toda controversia relativa a su propia competencia, esto es toda controversia en cuanto a la existencia, la validez y el alcance del contrato de arbitraje.
- b) Efecto Negativo: obligación que existe por parte de las cortes que estén conociendo de una pretensión relativa a la competencia de un tribunal arbitral respecto, por ejemplo, de la constitución del tribunal arbitral o a la validez del pacto arbitral a abstenerse de estudiar los argumentos sustanciales relativos a la competencia de los árbitros hasta que estos últimos hayan tenido la oportunidad de hacerlo primero.²³

Por último hay quienes consideran que este principio es ilógico, ya que algunos sostienen que si el poder que se le confiere a los árbitros de administrar justicia proviene del contrato de arbitraje, no es lógico que los mismos árbitros tengan la facultad de dirimir toda controversia sobre su propia competencia, esto es, toda controversia relativa a la existencia, la validez y el alcance del contrato de arbitraje.

²³ SILVA ROMERO, Eduardo. *Breves observaciones sobre el principio "Kompetenze – Kompetenz"*, Universidad del Rosario. 2005.

En realidad la crítica anterior parte de una premisa que para mi punto de vista es errada, ya que el efecto de poder de los árbitros de dirimir toda controversia sobre su propia competencia no podría provenir del contrato de arbitraje, en realidad es el principio kompetenze – kompetenze el que les faculta esta atribución, y este principio recibe su fuerza jurídica de la ley, es decir, la fuente es la ley.

2.2. El principio de la Autonomía de la voluntad

Este principio, cuya expresión más concreta se encuentra contenido en el artículo 1454 del Código Civil que dispone: *“Contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser una o muchas personas”*.

Esta disposición es el fundamento para que toda persona capaz para transigir pueda optar por la vía de la resolución alternativa de conflictos, a través de cualquiera de los métodos que la integran, en vez de acudir a la justicia ordinaria, pero siempre y cuando recaigan éstos sobre materias transigibles. Esta opción existe en virtud de la capacidad de disposición que en aplicación de este principio el ordenamiento jurídico otorga a los particulares.

El principio de la autonomía de la voluntad en el pacto arbitral se encuentra consagrado por diversas disposiciones que regulan el arbitraje a nivel nacional e internacional. Este principio en materia de arbitraje internacional hace énfasis en el hecho de que el pacto arbitral no se ve afectado por la extinción o nulidad del contrato principal.

Por ejemplo, el reglamento de arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional de París dispone en el párrafo cuarto del numeral seis lo siguiente:

“Salvo estipulación en contrario, y siempre que se haya admitido la validez del acuerdo de arbitraje, el Tribunal arbitral no perderá su competencia por causa de pretendida nulidad o inexistencia del contrato. El Tribunal arbitral conservará su competencia, aún en caso de inexistencia o nulidad del contrato, para determinar los respectivos derechos de las partes y pronunciarse sobre sus pretensiones y alegaciones”

Igualmente, el reglamento de arbitraje de Uncitral dispone en su artículo 21 numeral segundo lo siguiente:

“El Tribunal arbitral estará facultado para determinar la existencia o la validez del contrato del que forma parte una cláusula compromisoria. A los efectos del artículo 21, una cláusula compromisoria que forme parte de un contrato y que disponga la celebración del arbitraje con arreglo al presente Reglamento se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del contrato. La decisión del tribunal arbitral de que el contrato es nulo no entrañará ipso jure la invalidez de la cláusula compromisoria”²⁴

El principio de la autonomía de la voluntad con el tiempo va tomando importancia en varias legislaciones a nivel mundial, ya que para muchos doctrinarios, en materia de Arbitraje internacional este principio debe considerarse como un principio de derecho comercial internacional.

La legislación arbitral ecuatoriana, no es la excepción ya que el artículo 5 de la Ley de Arbitraje y Mediación dispone:

“El convenio arbitral es el acuerdo escrito en virtud del cual las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica contractual o no contractual.

El convenio arbitral deberá constar por escrito y, si se refiere a un negocio jurídico al que no se incorpore el convenio en su texto, deberá constar en un documento que exprese el nombre de las partes y la determinación inequívoca del negocio jurídico al que se refiere. En los demás casos, es decir, de convenios arbitrales sobre las indemnizaciones civiles por delitos o cuasidelitos, el convenio arbitral deberá referirse a los hechos sobre los que versará el arbitraje.

La nulidad de un contrato no afectará la vigencia del convenio arbitral...”

²⁴ CÁRDENAS MEJÍA, Juan Pablo. “El principio de la autonomía del contrato de arbitraje pacto arbitral.” *El Contrato de Arbitraje*. Universidad del Rosario. 2005

Como se puede observar, el tercer inciso del artículo citado contiene y salvaguarda el principio de la autonomía de la voluntad, en el cual se aclara que el pacto o convenio arbitral es distinto al contrato en el cual se le incluye, y por ello el hecho de que el contrato esté viciado o sea nulo, no determina que el pacto arbitral deba seguir esa suerte.

Para comprender mejor podemos citar a manera de ejemplo el artículo 3 del Decreto 2279 de 1989, que es parte de la legislación colombiana, el cual dispone que el pacto arbitral no se presume; las partes deben manifestar expresamente el propósito de someterse a la decisión arbitral, es decir, manifestando su voluntad de someterse al arbitraje, sin dejar a interpretación de un tercero el inicio del mismo.

En el arbitraje en equidad el principio de la autonomía de la voluntad no cambia su esencia, ya que el momento en que éste principio se aplica no es el momento de la resolución misma del conflicto, pero frente a esta aseveración se pueden plantear una hipótesis de conflicto, ya que la legislación no señala con certeza el momento exacto de aplicación de la “equidad” en el proceso arbitral, por lo cual puede existir discrecionalidad por parte de los árbitros para acogerse o no al principio de autonomía de la voluntad, así sea un principio mundialmente aceptado y que esto se vea reflejado en que en caso de que el documento que contiene la cláusula compromisoria sea nulo, el Tribunal arbitral en equidad decida declarar nula también la estipulación para someterse al proceso arbitral.

Debemos tomar en cuenta el punto de vista práctico de la aplicación del principio de la autonomía de la voluntad, ya que en efecto si el pacto arbitral es autónomo porque constituye un contrato distinto a aquel que lo contiene, nada puede ser más natural que aseverar que el pacto arbitral no tiene porque sujetarse a la ley que rige el contrato.

Ahora bien, es importante determinar si con la definición del principio de autonomía de la voluntad existe en realidad un solo contrato, o son dos acuerdos de voluntades distintos. La doctrina ya se ha pronunciado al respecto, por ejemplo Messineo²⁵ señala que el criterio válido para determinar si se considera como uno o dos contratos, es la causa del contrato, ya que si la

²⁵ Francesco Messineo. *Il Contrato in Genere. Trattato di Diritto Civile e Commerciale. Volumen XXI. Tomo I*, p.720. Ed. Dott Giufré, 1972.

causa es unitaria existirá un solo contrato, y si hay pluralidad de causas serán varios contratos. Es decir, al ser la causa la función concreta del contrato, si existen claramente varias “finalidades del contrato” podemos hablar que existen dos contratos autónomos respecto a la cláusula compromisoria, con la obligación principal ya que la finalidad que persigue el contrato es distinta a la que persigue el pacto arbitral. Todo esto sin desconocer los vínculos que existen entre ambos acuerdos.

Adicionalmente se debe señalar que el principio de arbitrabilidad en esencia no es lo mismo que el principio de autonomía de la voluntad, toda vez que el primero se refiere únicamente a la posibilidad de someter las controversias que así se hayan pactado a la decisión de un Tribunal Arbitral, mientras que el principio de autonomía de la voluntad busca conceptualizar que el pacto arbitral es un contrato distinto al documento que lo contiene, y por ello si el contrato está viciado o es nulo no determinaría que el pacto arbitral deba seguir la misma suerte.

Pero como señala Juan Pablo Cárdenas en su obra: “El principio de la autonomía del contrato de arbitraje o pacto arbitral”, esta aseveración puede ocasionar una contradicción, ya que sería jurídicamente cuestionable que el Tribunal Arbitral pueda ordenar el pago de daños y perjuicios por el incumplimiento de un contrato, a pesar de que este sea nulo. Frente a esta realidad algunos Tribunales arbitrales se han pronunciado en el sentido que deberían tener facultad para resolver el fondo del Contrato, y que esto es parte del alcance del principio de autonomía de la voluntad, que por cierto está muy ligado al de arbitrabilidad.

En conclusión, cualquiera que sea la explicación del principio de autonomía de la voluntad, podemos afirmar que ésta se encuentra estrechamente vinculada a la voluntad de las partes, ya que aquellas deciden los asuntos que van a ser resueltos a través del arbitraje, pero la duda se presenta cuando éstas no fueron explícitas en que si el Tribunal deberá o no pronunciarse sobre la nulidad del contrato principal, y esto es lo más usual, ya que no se previene que el documento va a estar viciado. Pero frente a esto, dependerá el alcance de interpretación del tribunal para que determine cuál exactamente es la voluntad de las partes.

Por lo tanto, podemos señalar que los principales alcances del principio de autonomía de la voluntad en los procesos arbitrales en derecho y en equidad son los mismos, y se pueden considerar los siguientes:

- a) La sobrevivencia de la cláusula compromisoria frente a la desaparición del contrato que la contiene. (Así esta desaparición sea por vencimiento del plazo, mutuo acuerdo de las partes o por cualquier causa)
- b) La independencia de la ley aplicable al pacto arbitral, frente a la ley aplicable al contrato que contiene la obligación principal, ya que depende al Tribunal que las partes hayan querido someterse.

2.3. La capacidad para transigir

Para llegar a una instancia de solución alternativa de conflictos, no se requiere únicamente tener la capacidad legal para contratar, sino también se requiere la capacidad para transigir, esta afirmación la debemos traducir en que quien acuda a los medios de resolución alternativa deberá tener la plena capacidad de disposición sobre los bienes jurídicos que van a ser objeto del litigio, la cual además deberá recaer sobre materias transigibles como lo analizaré más adelante.

El artículo 4 de la Ley de Arbitraje y Mediación la contempla como un requisito para que las personas puedan iniciar un proceso arbitral, toda vez que dispone: *“Podrán someterse al arbitraje regulado en esta ley, las personas naturales o jurídicas que tengan capacidad para transigir...”*

Esta concepción también está prevista en nuestro ordenamiento jurídico en el artículo 2349 del Código Civil, el cual dispone: *“No puede transigir sino la persona capaz de disponer de los objetos comprendidos en la transacción”*.

Esta afirmación se deriva de lo que hemos explicado a lo largo del trabajo, ya que al ser el pacto arbitral un contrato entre las partes, quienes lo suscriban deben apegarse a la teoría

general del contrato y sus reglas, es decir deben cumplir con la capacidad como un elemento esencial para suscribir el contrato.

En este sentido el artículo 1461 del Código Civil contempla: *“Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad es necesario: i) Que sea legalmente capaz (...)”*

Por lo tanto, si para celebrar un contrato de arbitraje se aplican las normas generales para la suscripción de los contratos, conforme al contenido del artículo 1462 del Código Civil, todas las personas son legalmente capaces para suscribir los contratos de arbitraje excepto las que la ley declara que son incapaces. Y atento a esta disposición en concordancia con el artículo 1463 del Código Civil, son incapaces los impúberes, los sordomudos que no pueden darse a entender por escrito, los menores adultos, los que se hallan en interdicción para administrar sus bienes. Se considera a los entes jurídicos como incapaces relativos.

Sin embargo, en nuestro país es raro que personas naturales suscriban contratos con cláusulas de arbitraje, ya que por lo general en éstos intervienen personas jurídicas que desarrollan su capacidad de transigir a través de sus representantes legales, quienes deben actuar conforme a los estatutos que rigen su funcionamiento, lo cual implica que para la celebración válida del contrato de transacción deben concurrir la acreditación de la calidad de representación legal, como demostrar la capacidad de disposición de acuerdo al respectivo reglamento.

Es decir, podemos concluir que el fundamento de esta exigencia relativa a que las personas que suscriban cláusulas compromisorias deben ser capaces para hacerlo, está identificado en que la transacción implica disponer de derechos en aras de llegar al acuerdo correspondiente.

Así las cosas, solamente pueden transigir quienes tengan facultad para disponer de los derechos y de los bienes sobre los cuales recae la relación jurídica materia de diferencia que se quiere solucionar.

2.4. La materia transigible

Este es el elemento determinante para la efectividad del método de resolución alternativa de conflictos, toda vez que representa aquello sobre lo cual se puede o no pactarla. Es decir, es el límite de las materias en que puedo o no estipular cláusula compromisoria, independientemente que el arbitraje sea en equidad o en derecho, excepto en algunas circunstancias como ya lo veremos.

Al ser la materia transigible, todo aquello sobre lo cual la ley nos faculta para llegar a acuerdos extrajudiciales, tenemos que señalar que la ley no tiene una enumeración taxativa sobre aspectos transables, pero en los diversos cuerpos legales hay prohibiciones expresas de materias que no puede someter a arbitraje, por ejemplo el artículo 2352 del Código Civil dispone: *“No se puede transigir sobre el estado civil de las personas”*.

Uno de los principios universales en materia de arbitraje consiste en que las cuestiones que las partes someten a decisión de los árbitros deben ser “arbitrales”. El concepto de arbitrabilidad se relaciona con la naturaleza de los derechos que están en disputa en el proceso arbitral, al igual que considera el concepto de “disponibilidad” que las partes tengan sobre los derechos.²⁶

La disponibilidad debe ser entendida como la posibilidad que una parte tenga de decidir libremente sobre un derecho, es decir, esta es la cualidad que la hace susceptible de transacción y de renuncia. El análisis debemos hacerlo desde el punto de vista que si el derecho es susceptible de ser incluso renunciado, puede ser cedido a favor de un tercero como resultado del proceso arbitral.

Este poder de disposición es esencial en la clasificación de las materias que se consideran transigibles. Para comprender voy a citar el significado de transigir según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, el cual lo define como: *“ajustar algún punto dudoso o litigioso, conviniendo las partes voluntariamente en algún medio que componga y parta la diferencia de la disputa”*.

²⁶ Jorge Suescún Melo. Facultades de los árbitros para interpretar y aplicar normas de orden público. El contrato de arbitraje. Universidad del Rosario. 2005.

La doctrina ha señalado que la transacción puede recaer sobre cualquier cosa, derecho (real, de crédito o sobre bien inmaterial, etc.). Por tanto no sobre los derechos de personalidad o sobre las relaciones de familia, o el estado civil como pudimos observar.

Es importante señalar que las disposiciones legales que regulan el contrato de transacción, de acuerdo al ámbito en que este se encuentre, son las que precisan las materias que no pueden ser objeto de un proceso arbitral. Así por ejemplo el artículo 2351 del Código Civil establece que no se puede transigir respecto de una acción penal, pero si sobre la acción civil que nace como producto de un delito y por su parte el artículo 2353 del mismo cuerpo legal establece limitaciones y requisitos para la validez de la transacción que verse sobre los alimentos futuros de las personas a quienes se les deba por la ley.

Creo oportuno señalar, que una estipulación en una cláusula compromisoria que hace referencia a alguna de las materias restringidas por la ley para este efecto, generaría la nulidad del acuerdo, porque sería una estipulación con objeto y causa ilícita, que por lo tanto no podría someterse a arbitraje.

Es importante citar las cuestiones que en noción del orden público deben excluirse de la “jurisdicción” de los árbitros, ya que para esta circunstancia el orden público debe entenderse conforme lo trata de explicar el Código Civil en su artículo 11, que dispone: *“Podrán renunciarse solo los derechos conferidos por las leyes, con tal que solo miren al interés individual del renunciante y que no esté prohibida su renuncia”*. Por lo tanto se puede definir que en los casos en que se admite la renuncia del derecho y se ha establecido en interés únicamente individual o particular se puede considerar materia transigible, pero cuando se hayan concedido en mira del interés público se prohíbe.

Se puede concluir que las cuestiones no arbitrables son aquellas que involucran derechos de los cuales los particulares no pueden disponer en razón de haber sido establecidos en protección de un interés general, por estar en juego normas de orden público que generen intereses superiores que deban ser conservados aún en contra de la voluntad de las partes.

Así por ejemplo, el Código de Trabajo en su artículo 4 establece: “*Los derechos del trabajador son irrenunciables. Será nula toda estipulación en contrario*”. Por lo tanto en este campo jurídico no pueden pactarse cláusulas arbitrales, ya que se entenderán como no escritas, pero se puede someter a procesos arbitrales las meras expectativas generadas de una relación laboral, mas no los derechos adquiridos por los trabajadores.

En conclusión podemos señalar que cuando el interés que se tutela es meramente individual, es decir, cuando no se involucran posibles afectaciones al conjunto de la sociedad, nos encontramos frente a una materia transigible en la que se pueden transar los derechos del titular, pero si estamos frente a derechos que los particulares no pueden disponer, por su propia protección y de la sociedad en general, hablamos de materias no transigibles, las cuales tenemos reflejadas en el sector público por la protección que la legislación le brinda a los bienes del Fisco y del Estado en general.

3. CONCEPTO DE EQUIDAD Y SUS FUNCIONES EN DERECHO

“Ubi homo, ibi societas; ubi societas, ibi ius”²⁷. El ser humano es un ser por su naturaleza social, y con fundamento en esta realidad indiscutible se ha organizado y se ha asociado con la finalidad de subsistir, para lo cual, ha creado normas, reglas e instituciones que han facilitado su convivencia, entre las que podemos encontrar el Estado, la familia, la empresa, etc.

El ordenamiento jurídico surgió como una respuesta a una necesidad ontológica, toda vez que su finalidad máxima fue alcanzar la reglamentación de su propia conducta, lo cual ha logrado su desarrollo individual y su inserción colectiva.

El concepto de derecho, se extiende como un gran manto que cobija todos los aspectos de la vida en sociedad, y es más la hace posible, ya que esta ciencia permite objetividad en la vida humana.

Tanto así se considera la objetividad de la normativa legal, que desde siempre se ha tenido que su inobservancia y toda actuación que la contraríe es un comportamiento “no justo”. Para corroborar quiero citar lo sabiamente dicho por Ulpiano: “iniuria est omne quod non iure fit”²⁸

La justicia humana en general y por lo tanto en nuestro país, se imparte con respecto al deber ser estrechamente relacionado con lo moral y lo ético, lo cual se determina conceptualizando como lo jurídico. Pero no debemos limitar nuestra comprensión a esta definición, ya que estaríamos afirmando que solamente las actuaciones apegadas a derecho pueden considerarse como justas, únicamente aquellas resoluciones o actuaciones que se apeguen estricta y directamente al ordenamiento que denominamos “legal” sin considerar los errores en que pudieron incurrir los legisladores el momento de crear dicho ordenamiento.

Sabemos por ejemplo, que existen otras formas de impartir justicia que poco a poco han sido reconocidas por varios ordenamientos jurídicos a nivel mundial e incluso en nuestro país, como por ejemplo la “justicia indígena”, a la cual al atribuirle validez legal, se le está

²⁷ “Donde está el hombre, allí hay sociedad; donde hay sociedad, allí está el derecho”

²⁸ MANS PUIGARNAU, Jaime M. *Los Principio generales del Derecho*. Barcelona: Bosh Casa Editorial, 1947. Locución latina que se traduce: “Injusticia es todo lo que no se hace con derecho”.

convirtiéndose en una institución jurídica que antes podía considerarse como inobservante de la ley, pero por la evolución del derecho se le debe aceptar dentro de éste..

Por lo tanto, no podemos calificar como correcta la premisa de que únicamente lo que se resuelve apegado a derecho es legal, sino que lo es lo que se actúa según lo permitido por el ordenamiento jurídico. Porque en estricto apego a la primera afirmación, el Arbitraje en equidad no podría considerarse como legal, ya que no existe la obligación de emplear la normativa jurídica en su resolución, pero no por este considerando se torna en una solución extrajurídica.

Ya había citado anteriormente, la dificultad conceptual que envuelve el tema de la Equidad, lo cual adicionado con la poca literatura doctrinaria y jurisprudencia existente sobre el tema, me exime de dar una conclusión terminada del Arbitraje en equidad y sus alcances jurídicos, pero a continuación procederé a tratar los puntos más controvertidos y esenciales respecto a este tema, que con el tiempo ha ido incrementándose en la aceptación de los usuarios de los diversos Centros de Arbitraje y por las estadísticas suponemos que así seguirá.

3.1. Necesidad jurídica de la equidad

Es evidente que el legislador se mueve en una esfera muy distinta a la que actúan los órganos jurisdiccionales y los árbitros, ya que el primero trabaja redactando la ley sobre supuestos hipotéticos y abstractos, mientras que los segundos resuelven y actúan frente a casos fácticos y se encuentran con que en la verdad surgen eventos que se escapan de las previsiones legislativas, lo que no obsta para que deban ser resueltos, en aplicación del principio jurídico según el cual el Derecho no puede dejar situaciones irresolutas.

Es así como los legisladores no pueden más que prever soluciones a las contingencias sociales más recurrentes y probables, y esto lo hacen a través de la norma, proporcionando al contorno jurídico la herramienta para que el juez o el árbitro encajen el supuesto fáctico dentro del contenido de la norma y puedan llegar finalmente al fallo.

Por lo tanto la actividad de los jueces y los árbitros está circunscrita en un marco delimitado por los dos extremos (el caso concreto y la normativa hipotética), frente a lo cual deben ejercer una actividad discrecional.

Como expresa José María Roca Martínez: “La equidad entendida como sentido natural de lo justo permite la resolución de controversias de una forma más flexible que la aplicación rígida de las normas jurídicas”²⁹

En este esfuerzo por adecuar la generalidad de las normas jurídicas a las particularidades de los hechos es donde el concepto de la equidad se vuelve relevante para el Derecho, ya que los jueces y árbitros deben aplicar la norma y resolver en base a ésta apegados a su criterio y concepto de justicia. En este proceso es inevitable que no apliquen su leal saber y entender al dictar su resolución, pero únicamente como una colaboración íntima mas no como una concurrencia.

Como lo señala ENNECCERUS³⁰:

“La Evolución del Derecho revela un tránsito de las reglas rígidas e inflexibles, que de un hecho fácil de reconocer y determinado exactamente derivan consecuencias taxativas, a las reglas flexibles y elásticas, que en sus supuestos y efectos tratan de tener en cuenta las circunstancias de hecho con un sentido justo, pero a la vez flexible y previsor (humano). Verdad es que esa característica diferencial, que designamos mediante las expresiones “derecho estricto y derecho equitativo” es meramente gradual pues ni el derecho más rígido puede prescindir de todas las diversidades, ni el derecho más equitativo ajustarse a toda especialidad imaginable, sino que tiene que generalizar y prescindir de las particularidades posibles, dentro de los supuestos determinados de un modo general”.

²⁹ ROCA MARTÍNEZ, José María. *Arbitraje e Instituciones arbitrales*”. Obra citada por Ernesto Salcedo Verduga en su obra: “El Arbitraje: La justicia alternativa.”

³⁰ ENNECCERUS, Ludwig, *Tratado de Derecho Civil*, Bosch-Barcelona, 1953.

A partir de este acertado criterio, podemos concluir que la necesidad jurídica de la equidad se configura cuando podemos señalar que entre la norma y la justicia pura (fin de la equidad) no existe una batalla, ni una contraposición ni un conflicto o una pugna, únicamente existe un “roce tangencial”³¹ porque la ley lleva siempre el principio de justicia que es su factor “desideratum”.

Si nos remontamos al sistema anglosajón, podemos señalar que la base ideológica que ellos emplearon para introducir las apelaciones en equidad, fue la reacción útil frente al rigor formalista que impedía estimar como derecho cuanto no hubiere sido previamente promulgado. Esta institución apegada a la equidad, les permitió manejar una aplicación del derecho mucho más flexible y justa con la realidad que vivían.

Al igual otra justificación de la aplicación de la equidad como una necesidad jurídica, la encontramos en el fallo arbitral en equidad emitido por los árbitros colombianos Carlos Neira, Carlos Navia y Hector Marín, quienes en la parte resolutive pertinente a lo que tratamos, señalaron lo siguiente:

*“Entre las diversas acepciones del concepto de equidad, los doctrinantes hacen resaltar la que indica una norma individualizada (sentencia judicial o resolución administrativa), que resulte justa en el caso particular y concreto para el cual se dictó. En este sentido se entiende por equidad aquella facultad que el juez debe poner en práctica para lograr que resulte justa la conversión de la norma abstracta de la ley en la concreta e individualizada de la sentencia. A lo anterior se agrega que la escuela científica busca precisamente adecuar la interpretación de la norma a las exigencias de la justicia, teniendo en cuenta las realidades sociales a las cuales va a aplicarse”*³²

³¹ ENTRENA KLETT, Carlos María. “La Equidad y el Arte de Juzgar”. Citado por Ernesto Gamboa Morales en su obra “El Arbitraje en Equidad.”

³² La Jurisprudencia arbitral en Colombia, Investigación dirigida por Hernán López Blanco, Colombia, 2002.

De esta afirmación podemos ratificarnos en lo expresado anteriormente, en especial en que la norma abstracta no puede considerarse Derecho por sí sola, ya que necesita de la equidad como un elemento determinante en su aplicación para la búsqueda y consecución de los árbitros para un fallo justo.

3.2. Teorías filosóficas sobre la equidad

Para comprender en su real dimensión el concepto de equidad, es importante remontarnos al fundamento filosófico principal que trata a la equidad, y para esto quiero citar la noción que formula el Estagirita en su “Ética a Nicómano”, y lo medular se contrae a esto:

“Lo equitativo y lo justo son una misma cosa; y siendo buenos ambos, la única diferencia que hay entre ellos es que lo equitativo es mejor aún. La dificultad está en que lo equitativo siendo justo no es lo justo legal, sino una dichosa rectificación de la justicia rigurosamente legal. La causa de esta diferencia es que la ley necesariamente siempre es general, y que hay ciertos objetos sobre los cuales no se puede estatuir convenientemente por medio de disposiciones generales. Y así, en todas las cuestiones respecto de las cuales es absolutamente inevitable decidir de una manera puramente general sin que sea posible hacerlo bien, la ley se limita a los casos más ordinarios, sin que disimule los vacíos que deja. La ley no es por esto menos buena; la falta no está en ella; tampoco está en el legislador que dicta la ley; está por entero en la naturaleza misma de las cosas; porque esta es precisamente la condición de todas las cosas prácticas. Por consiguiente cuando la ley dispone de una manera general y en los casos particulares hay algo excepcional, entonces viendo que el legislador calla o que se ha engañado por haber hablado en términos generales, es imprescindible corregirle y suplir su silencio y hablar en su lugar, como el mismo lo haría si estuviese presente, es decir, haciendo la

ley como Él la habría hecho, si hubiera podido conocer los casos particulares de qué se trata. Lo propio de lo equitativo consiste precisamente en restablecer la ley en los puntos en los que se ha engañado, a causa de la fórmula general de la que se ha servido...tratándose de cosas indeterminadas la ley debe permanecer indeterminada como ellas, igual a la regla de plomo de que se sirven en la arquitectura de Lesbos; la cual se amolda y acomoda a la forma de la piedra que se mide”³³

Previo a analizar la frase de Aristóteles, es muy importante aclarar que en la Grecia clásica la justicia siempre fue considerada como una virtud. Nació de una concepción moral, donde ciertos principios fundamentaron la solución de cuestiones éticas junto a las de convivencia social. Es importante recalcar que los griegos carecían de un equivalente al latín “ius”, pero su noción más próxima estaba conformada por varios elementos, entre los que se encontraban “dikaion” y “nomos”.³⁴ El primero era el contenido o lo conocido como lo justo, mientras que el segundo se lo consideraba como el continente, es decir la normativa no solo en la expresión escrita sino lo verbal.

Aristóteles sienta en el texto transcrito la doctrina fundamental que se ha considerado como eje central en la aplicación de la equidad dentro del Derecho, sosteniendo como base una justicia “correctiva” como clave en la justicia aplicada a cada caso particular, marcando así una distinción entre los conceptos de justicia legal y justicia equitativa. Por lo tanto el segundo concepto busca corregir la injusticia en un supuesto de que se haya cometido en la aplicación de la norma general y abstracta en un caso particular; se debe considerar de suma importancia que la “corrección técnica” a dicha generalidad, no debe contradecir sus preceptos, únicamente debe acomodarse a las particularidades pertinentes, convirtiendo al juez en verdadero árbitro, porque como veremos más adelante, el árbitro evidencia la equidad

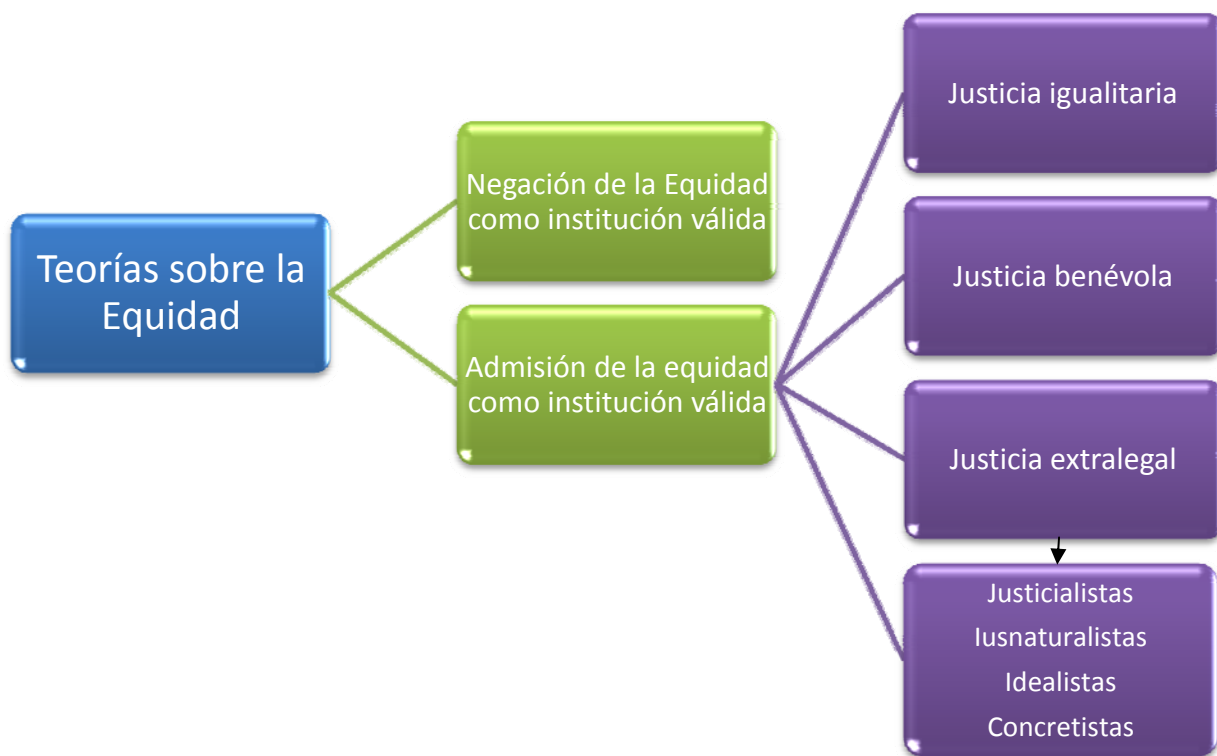
³³ ARISTÓTELES. *Ética a Nicómano*. Libro V. Capítulo X.

³⁴ ÁLVAREZ-CORREA DUPERLY, Eduardo. *Curso de Derecho Romano. 2- Tomo I*. Bogotá, Universidad de los Andes, Facultad de Derecho. 1998.

y le da fuerza, mientras que el juez no vislumbra más allá del contenido de lo estrictamente legal.

3.3. Negación y admisión de la equidad como institución válida

Lo citado anteriormente constituye la doctrina fundamental sobre este concepto, pero no es la única percepción que se ha formulado desde la iusfilosofía. Simplemente a manera informativa, me parece pertinente, dada la dificultad del tema, presentar una esquematización que incluye el Magistrado español Carlos María Entrena Klett en su obra “La equidad y el arte de juzgar”³⁵:



- a) Negación de la Equidad como institución válida: Emmanuel Kant apegado a su positivismo, calificó a la equidad como fuente de inseguridades y puerta de acceso a

³⁵ ENTRENA KLETT, Carlos María. “La equidad y el arte de juzgar”, Segunda edición. Pamplona. Editorial Arazandi, 1990.

la arbitrariedad. Este criterio lo plasmó en su libro “Principios metafísicos del Derecho”

b) Admisión de la equidad como institución: En contraposición a la postura anterior, se detallan las teorías que desde varios puntos de vista consideran a la equidad como institución válida:

b.1) La equidad como justicia igualitaria: Es aquella que identifica en igualdad al concepto de equidad con el de justicia, los asimila en sustancia. Esta es la posición clásica en la cual se encuadran pensadores clásicos como Pitágoras, Platón y también Cicerón.

b.2) La equidad como justicia benévola: Esta noción tiene sus antecedentes en Aristóteles, y sus orígenes data de la confusión entre los conceptos de equidad y epiqueya (epikeia), quien consideró género a la primera y especie a la segunda. Otro autor que es citado por Carlos María Entrena, (P. Suárez), en este mismo orden de ideas, estima a la equidad como origen o como la regla primaria del Derecho y a la epiqueya como la “prudente moderación de la ley escrita y por encima del rigor de las palabras”.³⁶

Así mismo, en Derecho canónico se han introducido expresiones que darían a entender que existe una confusión entre conceptos como equidad, justicia, misericordia y caridad. Por ejemplo la expresión en latín: “*aequitas est ipsa iustitia misericordia temperata*”, que traducido al español significa: “Equidad es la misma justicia templada por la misericordia” demuestra que las nociones cristianas también confundieron la terminología.

b.3) La equidad como justicia extralegal: En este apartado el autor incluye a todos aquellos doctrinantes que tienen como sustancia de la equidad a aquellos principios superiores a la ley promulgada y que sirven, precisamente, de base para ésta. De la

³⁶ ENTRENA KLETT, Carlos María. Op. Cit.

posición filosófica de cada uno de ellos depende el tipo de principio superior que acepten, y en tal sentido se distinguen los siguientes subgrupos:

b.3.1) Justicialistas: Son aquellos autores que basan la equidad en la pura e inadjetivada justicia. Para ellos la equidad es el sentido de lo justo, afinado por la formación jurídica, o el instinto jurídico que permite llegar a la buena solución del litigio. Es decir lo definen como el sentimiento natural de la justicia.

b.3.2) Iusnaturalistas: Son aquellos quienes defienden que la esencia de la Equidad proviene del Derecho Natural. Aristóteles es un representante de este grupo, y afirma que: *“la justicia política se divide en natural y legal”*, al igual que Santo Tomás de Aquino, quien explica que: *“lo equitativo es mejor que lo justo legal, pero está contenido en lo justo natural”* ³⁷

Con estas afirmaciones, es oportuno señalar que la Equidad no es únicamente una interpretación benigna de la parte positiva de la ley, lo cual implicaría un perfeccionamiento de la normativa legal, sino que en la aplicación de los casos concretos, se puede dar la pérdida absoluta de la eficacia legal de la norma, sin dejar de considerar que la equidad es una fuente de interpretación de la ley.

b.3.3) Idealistas: El desarrollo de las ideas positivistas en el siglo XIX y sus consecuencias, que se pueden resumir en la soberanía del concepto de ley y la subyugación de las facultades del juez, trajo como consecuencia la infravaloración del concepto de equidad y su desaparición de los textos legales. La teoría del Derecho Natural como fundamento básico de la ley se sustituyó como el ideal jurídico de la comunidad.

b.3.4) Concretistas: En este grupo se encuadran todos aquellos autores que sitúan la médula de la equidad en la adaptación de la ley a las peculiaridades del caso concreto.

³⁷ ENTRENA, KLETT, Carlos María. Op. Cit.

Es decir, la equidad se limita al momento de discrecionalidad del juez para escoger la norma adecuada o entendida como justa para tratar un determinado proceso litigioso. Por lo tanto se puede definir como el conocimiento inductivo del Derecho justo, según la naturaleza de la cosa.

A continuación estudiaré cómo estos conceptos fueron aprehendidos en su época, por los diferentes sistemas jurídicos.

3.4. La equidad en los distintos sistemas jurídicos

Si bien la generalización no es buena en ninguna aseveración, he podido concluir que todos los principales sistemas jurídicos en algún momento han tenido su forma de flexibilidad a manera de ser un atenuante para lo riguroso de las acciones y procedimientos que se encontraban en la ley. Esto se dio por métodos como la valoración de la prueba, etc.

Es decir, la equidad a lo largo de la historia, ha sido recogida por varios ordenamientos o sistemas jurídicos que han creado instituciones particulares y propias en cada uno de ellos, a continuación analizaré los más representativos:

3.4.1. El sistema Romano: Roma, la patria del Derecho, ha sido fuente de un sinnúmero de antecedentes legales. Es una obra de varios siglos (753 AC- 476 DC en Occidente y Siglo VI en Oriente), en la que confluyen varias políticas sociales por lo cual el concepto de equidad no aparece de manera clara e invariable.

En la época preclásica la equidad se utilizó como una especie de exigencia moral, que no se confundió con el Derecho establecido, pero sirvió de principio inspirador y valorativo. Así el paso de lo abstracto a lo concreto se daba el momento mismo de la elaboración de la norma, conforme a la idea de *aequitas*, que se refiere al concepto de igualdad.

Mientras que en la época clásica equidad se entendía como un igual trato para todos los interesados. Se hacía diferenciación entre lo justo y lo equitativo, ya que lo justo se entendía como el ordenamiento positivo, a lo estrictamente legal, a diferencia de lo equitativo.

Posteriormente la noción indicada se afinó en el período bizantino y Justiniano, por la influencia de la cultura griega y cristiana, apareciendo las siguientes interpretaciones al concepto de equidad:

- a) La equidad como justicia natural (*aequitas naturalis*), como conjunto de reglas universales, fijas e inmutables, fundadas en lo que se refiere estrictamente a la naturaleza del hombre.
- b) La equidad como criterio orientador de la función del juez y de una interpretación amplia y flexible del Derecho (*ius aequum* en contraposición al *ius strictum*), se consideraba como el espíritu de la ley.
- c) La equidad como modo de aplicación benigna y humana de la ley (*benignitas, humanitas, benevolentia, charitas*, etc.) de acuerdo a la circunstancia del caso, y como ya observamos si provenía de una interpretación cristiana o no.

En Roma también encontramos significativos antecedentes de Arbitraje en Equidad. El sistema de arbitraje era práctico e imaginativo. Quien rehusaba al arbitraje equivalía a declararse culpable y a reconocer con alcances de una verdadera confesión la falta de convicción sobre su propio derecho.

Con el derecho Justiniano nació lo que hoy se conoce universalmente como el principio de la “habilitación de las partes”, pues la fuerza del fallo arbitral dependía del acuerdo entre ellas, de suerte que sin ese pacto previo no podía haber arbitraje.³⁸ De allí surgió la equivalencia entre Arbitramiento y Compromiso, que se hicieron términos indisolubles y de allí también surgió la aplicación como sinónimos de árbitro y compromisario.

3.4.2 La equidad islámica: En principio para el mundo musulmán, el Derecho tiene que estar apegado y sometido a la palabra de Allah o a la conducta del profeta. Por los elementos

³⁸ GAMBOA MORALES, Ernesto. *El Arbitraje en equidad*. Op. Cit.

culturales y religiosos es muy complicado separar los conceptos del Corán con lo considerado equitativo, por lo cual están muy relacionados.

En la cultura musulmana, los procedimientos que más se acercan en búsqueda de llegar a una acertada definición de equidad, fueron el *ichtihad o istislah* que son métodos subsidiarios de argumentación personal para buscar la resolución de problemas que se suscitan en determinadas circunstancias.

Tradicionalmente esta justicia ha sido calificada como arbitraria, toda vez que se la critica por atender contra bienes y personas en lo que se refiere a su integridad física y a su vida en general. Pero se trata de una actuación que puede ser considerada en equidad dentro de un modelo de justicia de corte religioso y moral.

3.4.3 La Equity Anglosajona: Este es un Derecho histórico que tuvo una evolución muy particular. Tal como lo expresa la doctora Marta Morineau ³⁹, por cuya obra me guiaré en este tema.

La “romanización” de Inglaterra, fue superficial tomando en cuenta la de las otras provincias del imperio, ya sea por razones económicas y geográficas básicamente, lo cual permitió que se desarrolle un tipo de Derecho muy distinto al romano.

Según lo narra ENNECCERUS ⁴⁰, en el amanecer de la monarquía inglesa, los reyes anglosajones y los primeros reyes normandos personificaban lo que se denomina una “fuente de justicia”, dado que ellos mismos dispensaban justicia.

El derecho aplicado por los jueces procedía de dos grandes ramas que eran el Common Law y Equity.

El Common Law es consuetudinario, es un precedente de uso de las bases de derecho, basado en lo que los Tribunales buscaban como “común” en las costumbres locales del pueblo inglés, para poder llegar al objetivo de lograr una unificación en el Derecho.

³⁹ MORINEAU, Marta. *Una introducción al Common Law*. Instituto de investigaciones jurídicas, 2001. Obra citada por Andrés Felipe Guzmán Villalobos en su trabajo para defender la tesis de grado. Pontificia Universidad Javeriana. Colombia.

⁴⁰ ENNECCERUS Ludwig. *Tratado de Derecho Civil*. Bosch-Barcelona. 1953.

En el siglo XV, los particulares, cuando no pudieron acceder a los Tribunales Reales, dirigieron sus quejas directamente al Rey, quien cuando aumentó el volumen de los reclamos que se le hicieron, nombró al Canciller como su hombre de confianza para dispensar justicia, y el Canciller a su vez creó la “Court of Chancery”. Este Tribunal, desde el principio hizo las veces de un Tribunal de Equidad, ya que para el momento de la resolución era totalmente discrecional.

La Equity se entendía como “el conjunto de institutos, reglas y preceptos singulares que, a partir del siglo XV fueron introducidos caso por caso por el Lord Chancellor y por su Tribunal, la Court of Chancery con los cuales se corregía e integraba el Common Law y que eran distintos de este.”⁴¹

La Equity nació como una rama complementaria del Common Law, repitiéndose la fórmula de moderación expuesta, pues lo hizo para remediar situaciones que este último debido a su carácter menos flexible fue incapaz de resolver.

Equity se extendió a situaciones y procederes no contemplados por el Common Law, dando lugar en el ámbito procesal a la inserción de nuevas instituciones, que de cierta manera ampliaron el campo del Derecho, como por ejemplo la institución de “trust”. *(La figura del trust nace y se desarrolla en el ámbito de los países de common law. F.W. MAITLAND (Equity: A course of Lectures, Cambridge, 1936, pp.23 y 129) la describió como la parte más importante de la Equity y el mayor logro de la jurisprudencia inglesa. Sea esto cierto o no, es indudable que la figura representa una peculiar manera de razonar del jurista anglosajón: permitir una fragmentación de las facultades inherentes al derecho de propiedad entre dos personas (trustee y beneficiario), quedando obligada una de ellas (el trustee) a ejercer sus facultades en exclusivo beneficio de la otra (el beneficiario). Luego, en una primera aproximación, podemos definir la figura angloamericana como una **relación fiduciaria**, en virtud de la cual un sujeto, denominado trustee, ostenta la titularidad de determinados bienes*

⁴¹ GAMBOA MORALES, Ernesto. *El Arbitraje en Equidad*, Santa Fe Bogotá. 2003.

*con la obligación de administrarlos, junto con sus frutos, en beneficio de las personas designadas como beneficiarios del trust o del fin establecido en el trust).*⁴²

Con el tiempo los jueces del Tribunal de Cancillería, adoptaron la regla de la obligatoriedad del precedente judicial, en virtud del cual, antes de dictar sentencia se examinan las decisiones anteriores, emitidas por otros jueces en casos similares, creándose así lo que vino a constituirse como la jurisprudencia de Equity.

Posteriormente para evitar el paralelismo que existió entre los Tribunales de Common Law y de la Cancillería, se buscó fusionar la administración de justicia, por medio de la creación de la Suprema Corte de la Judicatura, y también se dispuso que cualquier tribunal tenga la competencia de conocer asuntos derivados tanto del Common Law como de Equity.

En conclusión los principios que componen la Equity, y se han plasmado a lo largo del tiempo, han conformado lo que se ha denominado como “Las Doce Tablas de la Equidad”, se puede enunciar de la siguiente manera:⁴³

- I. La Equity no tolera agravio sin reparación
- II. La Equity actúa sobre las personas no sobre las cosas
- III. La Equity sigue a la ley
- IV. La Equity prescinde de las formas para tomar en consideración preferente la naturaleza de las relaciones
- V. La Equity presume perfeccionado aquello que debe tener futura realización
- VI. La Equity supone siempre la intención de cumplir lo pactado
- VII. La igualdad es en principio la equidad.
- VIII. La Equity protege al diligente, no a quien descuida su derecho.
- IX. El que pide un fallo en Equity no debe estar incurso en dolo o mala fe
- X. El que solicita Equity debe proceder con equidad
- XI. Si la resolución en Equity es por igual favorable a las dos partes, se confía la solución al Derecho estricto (Common Law)

⁴² <http://www.legaltoday.com/practica-juridica/penal/trust/que-es-un-trust>

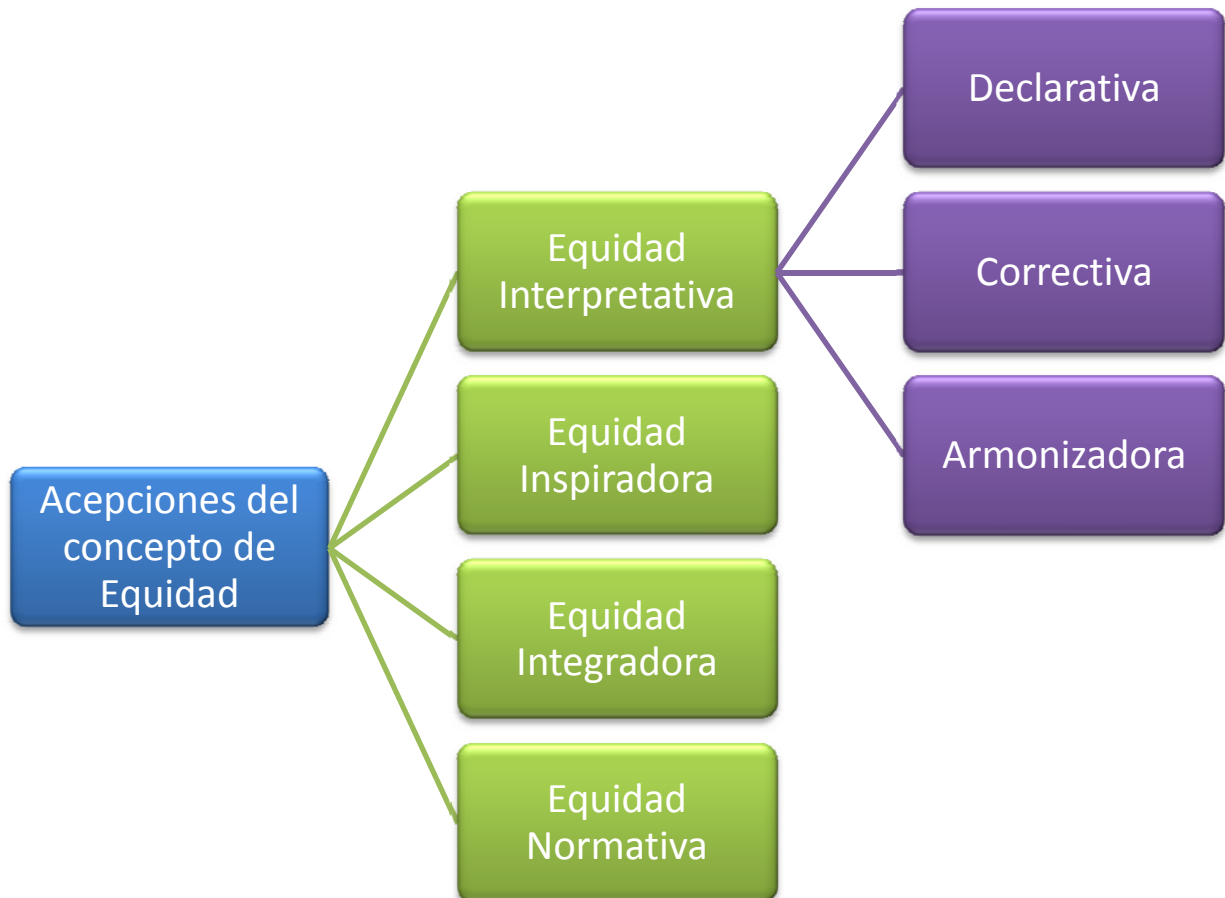
⁴³ ENTRENA KLETT, Carlos María. Citado por Andrés Felipe Guzmán Villalobos en su trabajo para defender la tesis de grado. Pontificia Universidad Javeriana. Colombia.

XII. Cuando la Equity favorece por igual a las dos partes prevalece el derecho de quien es anterior en el tiempo

3.5. *Diversas acepciones del concepto de equidad para el Derecho*

Para poder comprender la aplicación de la equidad dentro de los procesos arbitrales, me parece importante encontrar el alcance y el verdadero significado de este concepto, conforme se puede interpretar desde un punto de vista jurídico.

Siguiendo a ENTRENA KLETT⁴⁴, para poder comprender mejor la clasificación de este concepto me permitiré realizar el siguiente esquema:



⁴⁴ ENTRENA KLETT, Carlos María. Citado por Ernesto Gamboa Morales en su obra "El arbitraje en equidad". Bogotá. 2003.

- a) Equidad interpretativa: Tiene relación con la perduración que debe tener la ley en el tiempo, ya que debe adaptarse a los cambios sociales y nuevos factores que se presenten. Pero este concepto de equidad tiene una subdivisión, según se detalla a continuación:
- a.1) Equidad Declarativa: La equidad es el instrumento de adaptación de la vieja ley a la realidad y a las circunstancias presentes.
- a.2) Equidad Correctiva: Muchas veces la ley responde a circunstancias coyunturales, por lo cual su aplicación produce resultados inicuos. Frente a esta situación la Equidad se encarga de salvaguardar la justicia corrigiendo errores involuntarios que pudo tener el legislador.
- a.3) Equidad armonizadora: En muchas ocasiones existen contradicciones en los preceptos legales. Cuando estas contradicciones se dan entre normas de distinta jerarquía el problema se soluciona con la aplicación del principio de jerarquización normativa. Pero si la contradicción existe entre normas de igual jerarquía a más de indagar en el espíritu de la ley se debe decidir y escoger un precepto, para lo cual se debe utilizar la equidad como la herramienta que lo permite.
- b) Equidad inspiradora: Es aquella equidad en la que se basa el legislador para promulgar la ley. Pues es muy claro que toda norma lleva en sí misma el sentido de la equidad como tal.
- c) Equidad integradora: Muchas veces en la realidad y en la práctica jurídica aparecen nuevas circunstancias que no fueron previstas ni consideradas por el legislador en el momento de crear la norma, y en esta coyuntura el Juez tiene la obligación de resolver los casos con la ayuda de la costumbre o jurisprudencia complementadora en búsqueda de lo que se conoce como derecho justo.
- d) Equidad normativa: Existen algunas ocasiones en las cuales la ley expresamente remite al uso de la equidad, para la aplicación de una determinada norma. Por ejemplo,

el Art. 18 del Código Civil, relativo a la interpretación judicial de la ley, expresa en su numeral 6, que en caso de no poder aplicarse las cinco reglas anteriores, los pasajes oscuros y contradictorios se interpretarán, del modo que parezca más conforme al espíritu general de la legislación y a la equidad natural. Por su parte, el artículo 1931 del Código Civil dispone que en materia de contratos de confección de una obra material se establece que si las partes no acordaron un precio, este será estimado de manera equitativa. Adicionalmente, el Art. 557 del mismo cuerpo de leyes, respecto a los curadores de bienes y los especiales, se expresa que el juez fijará una remuneración equitativa de los frutos de los bienes que administran, o una cantidad determinada, en recompensa de su trabajo. También en los Arts. 1134 y 2191 se contempla la aplicación de la equidad.

3.6. Funciones de la equidad en el Derecho

La equidad es una función de la justicia en sí misma, eso debemos tenerlo claro y considerar que se trata de una justicia individualizada en lo concreto. Si bien no se considera como una fuente formal, autónoma y directa del Derecho, es una fuente en sentido material, pues es un instrumento para generar soluciones que se crean por la abstracción de la normativa.

Las funciones de la equidad en el Derecho están íntimamente relacionadas con las acepciones que revisamos en el capítulo anterior, por lo tanto se consideran las siguientes:

- a) **Función interpretativa:** Se basa en examinar si el caso concreto se subsume dentro de las previsiones contenidos en la norma general, es lo que comúnmente conocemos como interpretación. Existen reglas de interpretación judicial de la ley que en nuestra legislación se contemplan en el artículo 18 del Código Civil, en cuya regla 6ª se contempla la aplicación de la equidad natural, como ya se expresó antes.
- b) **Función integradora:** Esta función permite a la equidad llenar algunas “lagunas” que existen en los ordenamientos jurídicos. Desde este punto de vista la Equidad se aplica en los casos concretos en que no hay normas de Derecho aplicable.

- c) Función correctora: Es una función muy controvertida, ya que significa resolver incluso en contra del texto normativo por dar una solución que se pueda considerar justa. Es controvertida ya que permite vulnerar la seguridad jurídica.

3.7. El laudo arbitral. Requisitos y elementos del laudo en equidad.

Es importante señalar que de forma general, el concepto de laudo ha sido discutido a lo largo del tiempo, sin llegar con unanimidad a una definición unívoca. No existe una definición internacionalmente aceptada, ya que ninguno de los instrumentos que rigen en el arbitraje internacional incluye una definición para ello, sin embargo en la Ley Modelo de la UNCITRAL se discutió una posible definición, pero no se aceptó una definitiva, el texto más cercano a ser adoptado fue el siguiente:

“Laudo significa un laudo final que dispone de todos los puntos legales controvertidos sometidos al tribunal arbitral y cualquier otra decisión del tribunal arbitral que determine/decida en forma definitiva cualquier cuestión de substancia o de su competencia o procesal, siempre y cuando, en el último caso, el tribunal arbitral califique su decisión como laudo”⁴⁵

La decisión fue objeto de mucha discusión y desacuerdo, razón por la cual no fue adoptada. Otra definición recientemente sugerida es: *“la decisión de un tribunal arbitral que decide definitivamente sobre todo o parte del fondo de una controversia o sobre una cuestión procesal que tiene como resultado poner fin al procedimiento arbitral o que contempla una transacción celebrada entre las partes, emitida dentro del entorno de un arbitraje vinculado con un orden jurídico estatal, en principio el de la sede del arbitraje.”*⁴⁶

De lo anotado se desprende que el laudo es la decisión emanada de los árbitros que pone término al proceso arbitral, resolviendo en forma definitiva la controversia que las partes

⁴⁵Broches, “Resource against the award, Enforcement of the award” UNCITRAL’s Project Model Law on International Commercial Arbitration, ICCA Congress Series No. 2, 1994, pg. 208. Holtzmann y Neuhaus.

⁴⁶Poudret/Besson, Droit Comparé de l’Arbitrage, Pg. 870. González de Cossio, Francisco, *ARBITRAJE*, Editorial Porrúa, México, 2008.

sometieron a su conocimiento. De la definición propuesta se puede concluir que el laudo arbitral, reúne los siguientes elementos esenciales:

- a) El laudo arbitral está hecho por árbitros: El documento final (laudo) debe ser elaborado exclusivamente por los árbitros escogidos para sustanciar la causa. Es importante diferenciar que las decisiones que toman las instituciones arbitrales son de naturaleza exclusivamente administrativa y no pueden interponerse recursos en contra de las mismas, como ocurrió en el caso *Opinter*.⁴⁷
- b) El laudo arbitral resuelve un punto controvertido: Por su naturaleza el laudo arbitral resuelve los puntos contenciosos que fueron inicialmente sometidos al conocimiento del Tribunal arbitral.
- c) El laudo arbitral es una decisión vinculante: El laudo emitido como consecuencia de un proceso arbitral es de obligatorio cumplimiento para las partes, razón por la cual existen métodos para ejecutarlo en caso de que ello no suceda. Esta es una principal diferencia con las recomendaciones de un “tercero” o “neutral” en los diversos tipos de mecanismos alternativos de solución de conflictos.

Existen autores, que señalan que existen diferentes tipos de laudos. Según Francisco González de Cossío, su pueden clasificar a los laudos de la siguiente manera: ⁴⁸

- a) Laudo sobre su competencia: Según este autor, el laudo en el que el tribunal acepta o rechaza su competencia, debe ocupar un lugar especial. Según lo dispuesto por nuestra legislación, el Tribunal arbitral debe resolver sobre su propia competencia en la Audiencia de sustanciación.
- b) Laudo incidental: Este laudo es una decisión interina que tiene lugar durante el procedimiento, pero no le pone fin. Algunos autores califican como este laudo a las

⁴⁷ En el caso *Opinter* (Corte de Casación, *Revue de l' Arbitrage*, 1987, pg. 479) la Corte de Casación francesa hizo clara la inadmisibilidad de un recurso en contra de la decisión de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI que versó sobre una recusación bajo el razonamiento de que dicho órgano no llevaba a cabo una función jurisdiccional, por consiguiente su decisión no constituía un laudo. El laudo únicamente proviene de un Tribunal arbitral.

⁴⁸ González de Cossío, Francisco, *ARBITRAJE*, Editorial Porrúa, México, 2008.

decisiones sobre competencia, derecho aplicable o cuestiones interinas, en la medida en que no son decisiones sobre los aspectos sustantivos del caso, es decir no son laudos parciales porque no ponen fin al proceso arbitral.

- c) Laudo parcial: Este laudo es el que versa sobre una parte del objeto litigioso, es decir, sobre uno o varios puntos de la demanda o de la contestación, pero nunca sobre la totalidad.
- d) Laudo final: Es aquel que ha resuelto la totalidad de los puntos controvertido poniendo fin al proceso arbitral.
- e) Laudo en rebeldía: Es el producto de un proceso en el que una de las partes se rehúsa a participar en el procedimiento y el tribunal arbitral se ve en la necesidad de proseguir sin la participación activa de la parte en rebeldía. Existen algunos autores que tratan el laudo en rebeldía de forma especial, toda vez que los árbitros deben controlar de oficio su competencia. Pero esto puede ser discutido, toda vez que el requisito para iniciar el proceso arbitral es la validez de la cláusula compromisoria, en la cual se expresó la voluntad de ambas partes, y la competencia del tribunal se derivó directamente de este acuerdo.
- f) Laudo consentido: Este laudo tiene como objeto aprobar la transacción a la que llegaron las partes dentro del proceso arbitral con los efectos respectivos del laudo. El motivo es constituir en título ejecutivo la transacción. La ley de arbitraje y mediación de nuestro país, en su artículo 28 contempla el mandato que en caso que las partes lleguen a un acuerdo y el arbitraje termine por transacción, esta tendrá los mismos efectos que el laudo y se le deberá hacer constar por escrito. Es importante señalar que este laudo se diferencia claramente del laudo final, en cuanto su objeto es la resolución como resultado del acuerdo de las partes mas no proviene de la decisión del tribunal arbitral, por lo tanto carece de motivación fáctica y jurídica.

Una vez que hemos señalado la definición y los tipos de laudo que se pueden encontrar, procederemos a constatar los elementos y estructura del laudo arbitral.

El laudo, ya sea en derecho o en equidad en mi punto de vista, siempre deberá ser sustentado y también deberá expedirse por mayoría de votos. Siendo un acto de naturaleza procesal debe mantener su esquema estructural, ya que debe contener un resumen de los

hechos, el análisis de los presupuestos procesales, la legitimación en la causa y el interés para obrar, el examen de los fundamentos de la pretensión incoada y de las excepciones deducidas.

El contenido estructural del laudo como acto procesal tanto en derecho como en equidad está sometido a ciertos requisitos, ya que al igual que la sentencia dictada por un Juez de la justicia ordinaria, exige ciertas formalidades en cuanto al orden o a la estructura de su contenido. Según el abogado Ernesto Salcedo Verduga, en el laudo hay que distinguir tres grandes partes: ⁴⁹

- a) El encabezamiento comprende los antecedentes, los datos señalados por los sujetos procesales, el objeto la descripción de los lugares y la fecha de la sentencia arbitral. En esta parte se transcriben las peticiones, las excepciones y los principales aspectos ocurridos durante el trámite.
- b) La parte de motivación del laudo, comprende la invocación de los fundamentos de hecho y de derecho, y en caso de tratarse de un arbitraje pactado en equidad, es en este punto donde podemos encontrar una de las marcadas diferencias, ya que los motivos que se consideraron en conciencia para la resolución, al igual que en caso de existir se hacen constar los motivos de derecho que el tribunal estime pertinente para sustentar el fallo. Mucho se ha discutido a nivel doctrinario, si el fallo en equidad debe ser motivado o si por el contrario, en él puede soslayarse el requisito de la fundamentación del laudo, considerando que los árbitros aplican el principio procesal de la verdad sabida y buena fe guardada. En mi personal apreciación si bien los árbitros de un proceso arbitral pactado en equidad están facultados para emitir un fallo apartado de las normas legales, esto no significa necesariamente que estén permitidos para dictar laudos carentes de motivación, conforme procederé a detallarlo más adelante.
- c) Finalmente el fallo constituye la parte resolutive del laudo, ya que es el pronunciamiento estricto, determinado y preciso sobre las cuestiones de fondo que

⁴⁹ Salcedo Verduga, Ernesto. El arbitraje: la justicia alternativa, Editorial jurídica Míguez Mosquera, Ecuador, 2001.

generaron la controversia y fueron planteadas por las partes. Esta parte del laudo las resuelve de forma definitiva y liquida las costas en caso de que se haya incurrido.

Una vez que hemos señalado los elementos estructurales del laudo en equidad, podemos analizar dos interrogantes que se derivan de la información señalada:

1. ¿Debe citarse normativa jurídica en los fallos en equidad?
2. ¿Los árbitros están obligados a motivar los laudos que dictan apegados a la sana crítica?

En relación a lo manifestado en la primera pregunta, considero que al permitir el artículo 3 de la Ley de arbitraje y mediación actuar a los árbitros conforme a su leal saber y entender, inicialmente no están obligados a citar normas de derecho en la parte de fundamentación del laudo, ya que los mismos, por su naturaleza tienen la facultad adicional de *crear eventualmente derecho*⁵⁰ ya que para cada caso en específico tratarán de enderezar la ley en el evento de que su generalidad haya fallado. Así podrán aplicar en detalle la especificación de lo que consideran mejor para ese proceso. En tal efecto, el fallo en equidad implica necesariamente que el árbitro pueda crear derecho aplicable para el caso en particular y deberá abandonar razonadamente – solo por motivos de equidad- la solución estrictamente legal, por lo tanto se sugiere que a la sentencia en equidad se lleve por un proceso meramente interpretativo de la ley; pero sin distorsionar la finalidad de la equidad al considerar que los fallos apegados a la sana crítica deben estar reñidos con el derecho y que en ellos deben indiscutiblemente evitarse los postulados de las normas jurídicas, ya que si un presupuesto fáctico de un caso en concreto se apega perfectamente a una norma del ordenamiento jurídico, no debería forzarse a no citarla.

Respecto a las afirmaciones contenidas en el párrafo anterior, la Corte Constitucional colombiana se ha pronunciado de forma muy precisa, razón por la cual me permito transcribir el texto pertinente contenido en una sentencia que resolvió una demanda de inconstitucionalidad:

⁵⁰ GAMBOA MORALES, Ernesto. *El Arbitraje en Equidad*, Santa Fe Bogotá. 2003.

“... La equidad resulta de la aplicación de la Justicia al caso concreto, según la máxima que prescribe que se debe tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales. Sin embargo en un estado pluralista, que reconoce la autonomía de los individuos, la realización de dicha máxima a partir de un conjunto limitado de categorías de igualación de las personas atribuida por la ley, no está exenta de problemas. Por ello al estar inserta en el momento de la aplicación de la ley, la equidad permite llevar a la realidad dicha máxima y, en tal medida corregir o moderar al menos dos problemas que surgen del carácter general de la ley.

En primer lugar, la equidad le permite al operador jurídico evaluar la razonabilidad de las categorías generales de hechos formulador por el legislador, a partir de las situaciones particulares y concretas de cada caso. En este sentido, la equidad se introduce como un elemento que hace posible cuestionar e ir más allá de la igualdad de hecho que el legislador presupone. La equidad permite al operador jurídico reconocer un conjunto más amplio de circunstancias en un caso determinado. Dentro de dichas circunstancias el operador escoge no sólo aquellos hechos establecidos explícitamente en la ley como premisas, sino que, además puede incorporar algunos que, en ciertos casos pueden ser límites que resulten impertinentes y ponderables y permitan racionalizar la igualdad que la ley presupone.

En segundo lugar, la equidad actúa como un elemento de ponderación que hace posible que el operador jurídico atribuya y distribuya las cargas impuestas por la norma general, proporcionalmente, de acuerdo con aquellos elementos relevantes, que la ley no considera explícitamente. La consecuencia necesaria de que esta ley no llegue a considerar la complejidad de la realidad social, es que tampoco puede graduar conforme a ésta los efectos jurídicos que atribuye a quienes se encuentren dentro de una determinada premisa fáctica contemplada por la ley. Por ello la equidad – al hacer parte de ese momento de aplicación de la ley al caso concreto- permite una graduación atemperada en la distribución de cargas y beneficios a las partes. En este sentido, el operador al decidir tiene en cuenta no las prescripciones legales sino los efectos concretos de su decisión entre las partes”⁵¹

⁵¹ Corte Constitucional colombiana. Sentencia C1547 de 2000. MP (e) Cristina Pardo. Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 38 numeral 1 del Código de Procedimiento civil de la República de Colombia.

Para recoger lo expuesto por la corte, podemos señalar que un fallo en equidad se constituye como una válvula de escape⁵² al principio “dura lex sed lex”.

Adicionalmente a lo señalado, no debemos perder de vista que la equidad no tiene como fin último ni inmediato que la norma de derecho sea infringida, por el contrario, la equidad sigue a la ley “*aequitas sequitur legem*”, como lo dice PARRA QUIJANO⁵³ :

“...que esta se pliegue a las varias contingencias de hecho, porque así lo requiere su propio fin y función, de allí que el fallo en equidad consiste en fraguar la ley para el caso concreto y nada más, sin que implique desconocerla.”

En similar sentido se pronunció el Académico Felipe Vallejo, cuando en su ensayo “Idea de la justicia en la Constitución Política de 1991” señaló que un Juez en equidad no deja de aplicar la ley, pero la diferencia con un juez ordinario es que no la aplica a rajatabla. A todo esto puedo agregar que el fallo en equidad se caracteriza porque puede ir más allá de la ley, pero debe seguir su camino.

La Corte Constitucional colombiana, respecto al tema en cuestión mantiene el siguiente pensamiento:

“aún cuando la equidad como tal no constituye una fuente de derecho positivo, las pautas que se deriven de su aplicación y las que surgen del derecho legislado, no tienen contenidos necesariamente diferente. En tal medida, como resultado de la actividad judicial, no son opciones materialmente excluyentes, y por lo tanto una decisión en equidad, sin dejar de serlo, puede ser también una decisión jurídicamente aceptable”⁵⁴

Lo que señala la Corte colombiana es el principio que consiste en que la seguridad jurídica no se vulnera con la aplicación de la equidad o la sana crítica al momento de emitir un determinado fallo.

⁵² GAMBOA MORALES, Ernesto. *El Arbitraje en Equidad*, Santa Fe Bogotá. 2003.

⁵³ PARRA QUIJANO, Jairo. “Derecho Procesal Civil”. Tomo I. Parte General. Temis, 1992.

⁵⁴ Sentencia C-1547/00. Exp. 3997. MP. Cristina Pardo.

El laudo arbitral en equidad expedido en el caso H.J.Hoteles de Colombia S.A. contra Fiduciaria Tequendama S.A. en Bogotá⁵⁵, en su parte resolutive de forma resumida señaló que el laudo en conciencia y equidad no se opone a que el debate se encuadre en la norma concreta de carácter jurídico, sin perjuicio de que, por tratarse de una decisión en conciencia y equidad, de una manera más amplia que un fallo en derecho, se busque la interpretación y aplicación de una determinada disposición legal en forma que no se reduzca a establecer simple legalidad, sino que también se persiga la equidad, para de esa manera suavizar el principio *summa injuria*.

Por lo tanto, de todo lo que hemos señalado se puede desprender que la aplicación de las normas jurídicas en los laudos arbitrales que han puesto fin a procesos de arbitraje en equidad, no es un requisito para su validez, pero tampoco existe una prohibición para hacerlas constar, ya que lo que busca la equidad es la subsanación de los errores contemplados en la generalidad de la ley.

Por último, para concluir el análisis de la primera interrogante y en adición a los análisis realizados considero trascendental que para no romper la seguridad jurídica con la discrecionalidad que permite la aplicación de la equidad en un laudo, siempre se debe apoyar las decisiones en los Principios Generales de Derecho que son, como lo indica SPOTA⁵⁶:

“... los que emanan de la ciencia del derecho, en otras palabras, principios que reciben una aplicación general en la Jurisprudencia, en la Doctrina, en las legislaciones universales; principios que forman parte del fondo común legislativo supranacional”.

Estos principios se identifican con los Principios Generales de Derecho reconocidos por las naciones civilizadas, de los cuales habla el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, artículo 38.

⁵⁵ La Jurisprudencia Arbitral en Colombia. Investigación dirigida por Hernán Fabio López Blanco. Universidad Externado de Colombia. Colombia. 2002.

⁵⁶ Citado por GAMBOA MORALES, Ernesto. *El Arbitraje en Equidad*, Santa Fe Bogotá. 2003.

Encuentro la razón por la que estos principios deben ser aplicados en los fallos en equidad, en el resumen que el mismo SPOTA realiza⁵⁷:

“Todas las veces que la vida del derecho exija una solución que no tenga apoyo en la legislación, en la regla o en la norma jurídica, el Juez debe darla inspirándose en “standards” que le indicarán el camino, la dirección o rumbo que debe seguir, la orientación que debe adoptar. Tales principios o “standares” representan la armadura de todas las legislaciones en todas las épocas y en todos los países”

Por lo tanto, el límite de la discrecionalidad de la equidad no está dado en la normativa jurídica, para mi entender está dado por los principios generales del Derecho.

En relación a la segunda interrogante, considero que es menos complejo el tratamiento que jurídicamente se le puede dar, ya que el hecho que las partes hayan querido fundamentar la decisión en equidad, no implica necesariamente que les hayan concedido a los árbitros la facultad para tomar una decisión arbitraria o carente de fundamentos legales.

Un sector de la doctrina opina que los amigables componedores no tienen que comunicar a las partes los fundamentos del laudo, ya que es parte imprescindible de su naturaleza tomar una decisión basada en la buena fe y la sana crítica, por lo que algunos autores sostienen que esos fundamentos no son necesarios transmitirlos, ya que la motivación que surge en la conciencia íntima de los árbitros no siempre es susceptible de exteriorización. Cabe aclarar que esta corriente no sostiene que los laudos deben ser carentes de fundamentación, únicamente posibilita la omisión de la difusión de los fundamentos que fueron empleados el momento de la resolución.

Discrepo con esta posición, ya que por más discrecionalidad que tengan los árbitros no pueden dejar de motivar sus decisiones, para que ello ocurra debería existir autorización expresa de las partes que conste en la cláusula arbitral, cosa que muy rara ocasión podríamos encontrar.

⁵⁷ Citado por GAMBOA MORALES, Ernesto. *El Arbitraje en Equidad*, Santa Fe Bogotá. 2003.

Los árbitros deberían exponer claramente las motivaciones que sostienen para llegar a una determinada conclusión, ya que un laudo evidentemente debe tener sustento, y en los casos de arbitraje en equidad por la naturaleza de los principios empleados, la fundamentación debe ser más compleja y mayor que en el caso de un arbitraje en Derecho; pues en definitiva a este último le bastaría con remitirse y citar las normas a las que se apega para dictar el laudo, mientras que el árbitro que resolvió en equidad a través de la fundamentación del laudo, debe demostrar que la decisión adoptada es la más justa. Al respecto, el Art. 13 de la Ley de Arbitraje y Mediación, concede gran importancia al esclarecimiento de los hechos, como un requisito indispensable para dictar un laudo, para lo cual ha previsto las pruebas o diligencias para mejor proveer, que caben de oficio o a petición de parte.

La única herramienta para lograr que las partes no reprochen la sentencia es convencerlas que es lo más apegado a la equidad y proporcional a ambas partes. Para lograr esto, debe quedar expuesto en el fallo el proceso lógico inductivo que siguió el árbitro para llegar a la conclusión que plantea como la solución.

Como señala Roque Caivano⁵⁸, la equidad es uno de los índices más seguros que permite verificar la razonabilidad de la interpretación. Siguiendo con el texto, la interpretación es un proceso lógico que se da en el fuero interno de cada persona, por lo tanto la dificultad de exponer los motivos para llegar a una u otra decisión debe ser superada por los árbitros en la exposición de motivos del laudo arbitral.

3.7.1. La prueba. Valoración de la prueba en el Arbitraje en equidad.

El propósito de la prueba tanto en los arbitrajes en derecho como en equidad, es permitirle al tribunal realizar las determinaciones sobre hechos y opiniones controvertidos por las partes y en base a las cuales se podrán concluir premisas a efecto de resolver las controversias que se pusieron en conocimiento de un determinado tribunal.

⁵⁸ CAIVANO, Roque. *Arbitraje*. Segunda Edición. Buenos Aires. 2000.

Siguiendo la línea de lo que señala Francisco González de Cossío⁵⁹, es importante señalar que la prueba tiene una finalidad muy amplia, ya que constituye el elemento de información que las partes invocan para dar respaldo a las pretensiones que persiguen dentro del proceso.

Como se encuentra contemplado en varias normativas arbitrales, es el tribunal el responsable de administrar las pruebas. Ello comprende pronunciarse sobre su admisibilidad, pertinencia o relevancia y su fuerza probatoria.

En general las leyes arbitrales no reglamentan de forma detallada el proceso interno o el trámite a seguir para el manejo de las pruebas en el proceso arbitral, ni en derecho y mucho menos en equidad. Pero debemos tener en cuenta que no podemos violentar el principio constitucional consagrado en el artículo 76 de la Constitución de la República, el cual regula el debido proceso y en su numeral cuatro prohíbe practicar u obtener pruebas contrarias a la ley y a la Carta Magna, ya que carecerán de valor y eficacia probatoria.

La diferencia esencial de las diligencias probatorias en los procesos arbitrales y en los procesos judiciales, es que en éstos últimos existe el formalismo judicial, ya que le limitan de forma más exigente la forma, el momento de presentación y práctica de las mismas, esto se cumple el momento en que el tribunal en la Audiencia de sustanciación señala los días que comprenderá el término probatorio.

En el arbitraje, tienen un tratamiento distinto, ya que no debe existir el formalismo judicial, porque siempre le corresponde al tribunal arbitral decidir sobre el momento y forma en que se presentarán y desahogarán las pruebas; en el artículo 22 de la Ley de Arbitraje encontramos el momento en el cual se proveen las pruebas, mientras que en el artículo 23 se encuentra la facultad de solicitar diligencias para mejor proveer, que consisten que de oficio o a petición de parte se puede solicitar pruebas y el tribunal tiene la discrecionalidad de aceptarlas o negarlas. Esto se conoce como las pruebas supervinientes dentro del proceso arbitral y en caso que se pidan pruebas fútiles el tribunal puede considerarlo el momento de la imposición de las costas.

⁵⁹ González de Cossío, Francisco, *ARBITRAJE*, Editorial Porrúa, México, 2008.

Cabe señalar que por el principio dispositivo de las partes, se puede incluir en el convenio arbitral alguna disposición específica respecto a la regulación de las pruebas. Esto con la finalidad de aumentar su previsibilidad.

A continuación, por fines metodológicos procederé a detallar los tipos de prueba más importantes y practicados en los procesos arbitrales en derecho y pactados en equidad:

- a) Prueba documental: Es por excelencia la prueba de los procesos arbitrales. Estas pruebas se presentan junto a los escritos de demanda, contestación o reconvencción; interpreto esto como la práctica de la institución extranjera conocida como “*discovery*”⁶⁰.
- b) Prueba testimonial: Es muy común en los procesos arbitrales, que el testigo presente su relato de hechos por escrito y se deje abierta la posibilidad de que sea llamado en las audiencias para ser interrogado, por las partes que intervienen o por los miembros del tribunal. El tribunal, tanto en derecho como en equidad, determina cuántos testimonios van a formar parte del proceso, ya que si considera que no tienen relación, los desecha. En arbitraje no es muy común la tacha de los testigos, sin embargo es algo que se considera el momento de la emisión del laudo arbitral.
- c) Prueba pericial: En el caso de que los arbitrajes versen sobre cuestiones técnicas, es indispensable contar con la opinión de expertos. Existen dos posibilidades frente a la designación de los peritos, i) que sean las partes que lo solicitan las que lo designen ó ii) que sea el tribunal quien lo nombre. Cabe notar que el tribunal no está obligado con el informe pericial, en apego al principio de valoración de la prueba tiene discrecionalidad frente a lo que considera o no como pertinente. En el arbitraje en equidad debería ser menos común la designación de los peritos, toda vez que la ley contempla la posibilidad de que los árbitros no sean abogados, por lo cual debería conformarse un tribunal en el que se incluya un técnico en caso de que la materia controvertida lo requiera.
- d) Prueba confesional: Esta es una práctica probatoria muy controvertida, ya que en los procesos arbitrales no se la suele aceptar, por lo que es recomendable solicitarla como una declaración abierta de una de las partes, con la base de un interrogatorio.

⁶⁰Institución procesal norteamericana que consiste en el acceso a todos los documentos y estrategias probatorias de la otra parte que guarden razonable relación con el caso.

- e) Inspección: En caso de arbitrajes de construcciones o mercaderías, es muy común ordenar la inspección del objeto controvertido.
- f) Otras prácticas probatorias: En el arbitraje en equidad queda abierta la posibilidad de que por la discrecionalidad que poseen los árbitros o los amigables compondores, puedan ordenar de oficio la práctica de más diligencias probatorias que consideren necesarias para la resolución del caso.

Respecto a la carga de la prueba, se sostiene el principio que quien afirma un hecho debe probarlo, a menos que sea beneficiario de una presunción (*actore non probante reus absolvitur*).⁶¹

La forma de realizar la valoración de la prueba en los procesos arbitrales constituye un tema de epistemología, ya que existen diversidad de métodos lógicos para analizar hasta que punto un determinado fenómeno o información puede ser relevante o creíble. Pero es importante considerar que en arbitraje el valor de la prueba y la metodología de su análisis siempre es discreción del tribunal.

Si nos centramos exclusivamente al tratamiento de los alcances del arbitraje en equidad en temas probatorios, se centran los debates más polémicos por la falta de acuerdo que ha existido en la doctrina.

En primer lugar es importante señalar que el laudo en equidad necesariamente debe estar basado en las pruebas que se recaudaron en el proceso; en nuestra legislación no existe ninguna disposición que permita emitir un fallo a espaldas del material probatorio⁶², pero si existe una jurisprudencia del Consejo de Estado Colombiano, que señaló lo contrario, a continuación la describo:

“La sala considera que si los árbitros conculcan en forma íntegra el recaudo probatorio del proceso arbitral para consultar su propia verdad, dejarán en el ambiente un pronunciamiento en conciencia en la antesala de la decisión y entonces en la motivación del fallo, los miembros del tribunal harán saber a las partes que sus conclusiones no tuvieron

⁶¹ Si el actor no prueba el reo es absuelto.

⁶² GAMBOA MORALES, Ernesto. *El Arbitraje en Equidad*, Santa Fe Bogotá. 2003.

origen en el pronunciamiento probatorio. Sin embargo en este caso el censor reconoce que los árbitros se apoyaron en la complementación de la prueba pericial, o sea en la voluntad de la ley, hipótesis contraria al fallo en conciencia que no tiene base probatoria como ya se dijo... ”⁶³

En cambio en apoyo a la tesis que mantengo, el tribunal de arbitramento en el caso Clínica de Ojos vs Teróptic Cortés Cleves dijo:

“...Que el fallo deba dictarse en conciencia no autoriza para prescindir de la etapa instructiva. Al contrario, un fallo de esta naturaleza requiere un establecimiento minucioso de los hechos y bajo esta perspectiva adquieren sentido muchos documentos y muchas declaraciones que en un fallo en derecho podrían ser cuestionados por su congruencia con la materia probatoria”

A estas consideraciones jurisprudenciales se debe agregar la importancia de que en el arbitraje en equidad la prueba se aporte de forma regular, en apego a los principios universales de administración de prueba, sin poner en peligro principios básicos como el de contradicción o de publicidad.

El mismo tratamiento debe recibir la carga de la prueba, ya que el principio procesal versa que el actor debe probar lo que le corresponde para demostrar los hechos que pretende, como señalamos anteriormente.

Concluyo que la diferencia con el arbitraje en derecho en temas probatorios, se configura con la apreciación de la prueba en los fallos en equidad, ya que en aras del cumplimiento del ideal y fin último de la equidad que es el hilo conductor de estos arbitrajes, es totalmente aceptable que de ser el caso, el tribunal pondere y acepta pruebas imperfectas o carentes de las solemnidades que deban cumplir para ser aceptadas (excepto cuando se han vulnerado principios básicos o derechos constitucionales).

El problema se suscita en el momento en que los requisitos de los documentos probatorios son sustanciales o están contenidos en normas de orden público, por ejemplo ¿Cabría que un

⁶³ Consejo de Estado, Sección Tercera, Exp. 10468, Sentencia de septiembre 14 de 1995. Citado por GAMBOA MORALES, Ernesto. *El Arbitraje en Equidad*, Santa Fe Bogotá. 2003.

árbitro en equidad le diera validez y existencia a un contrato de compraventa de un inmueble que no consta por escritura pública? Debemos preguntarnos ¿cuál es el máximo de su elasticidad en la apreciación probatoria?⁶⁴

Frente a estas interrogantes, debemos realizar un forzado análisis, en que la idea medular consiste en saber si el Juez en equidad puede transgredir normas de orden público. En principio la respuesta sería negativa, ya que en ningún evento son inaplicables. Sin embargo no sería sorprendente que en algún caso el Juez de equidad pueda asignarle algunos efectos jurídicos a la mencionada compraventa, como considerar el pago de un supuesto precio. Pese a aquello es fundamental tomar en cuenta que son irrenunciables los derechos prohibidos por las leyes, cuando su renuncia está prohibida, de acuerdo con el Art. 11 del Código Civil y entre ellos los que organizan la propiedad, como se reconoce en la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de 22 de diciembre de 1982, publicada en la Gaceta Judicial S. XIV, No. 1, pp. 196-7.

Todo esto cuestiona el supuesto ejercicio ilimitado que tiene el árbitro en equidad, ya que su decisión la construye plenamente apegado a la sana crítica, lo cual crea casos polémicos y de dudosa aplicación.

En otras legislaciones las normas supletorias son las que dan las reglas relativas a la prueba en el juicio ante amigables componedores, así por ejemplo en la legislación chilena, los artículos 637 y 638 del Código de Procedimiento Civil regulan las facultades y limitaciones que tienen los árbitros en equidad al momento de receptar y valorar la prueba. Mientras que en nuestro ordenamiento jurídico, no existe ninguna normativa que regule la valoración de la prueba en los arbitrajes en equidad.

Otra característica de las legislaciones foráneas, es la facultad expresa que otorgan al tribunal para solicitar asistencia judicial en el desahogo de las pruebas, principalmente en las testimoniales.

La normativa más clara para establecer un lineamiento en la práctica de la prueba en los procesos arbitrales, son las Reglas para el Desahogo de Pruebas en el Arbitraje Comercial

⁶⁴ GAMBOA MORALES, Ernesto. *El Arbitraje en Equidad*, Santa Fe Bogotá. 2003.

Internacional, emitidas por la International Bar Association, estas normas buscan codificar los principios generales reconocidos en la administración de la prueba.

3.7.2 La congruencia del laudo en equidad

En términos generales, podemos definir a la congruencia como la necesidad de que la fundamentación del laudo debe adecuarse a lo que sea objeto del arbitraje, es decir, que debe existir una relación estrecha entre el laudo y la pretensión procesal solicitada y expuesta por las partes a lo largo del proceso.

La congruencia supone por lo tanto:

- a) Que el fallo arbitral no contenga más de lo pedido por las partes (fallo ultra petita)
- b) Que el fallo no contenga menos de lo pedido por las partes (fallo infra petita)
- c) Que el fallo no contenga algo distinto de lo pedido por las partes (fallo extra petita)

Francisco Rivero⁶⁵ señala el alcance de la congruencia en el laudo arbitral de la siguiente forma:

- a) Que los árbitros deben decidir la controversia en la totalidad de las partes, en caso de que la cuestión litigiosa esté compuesta por varias sub cuestiones.
- b) Que no pueden resolver cosas distintas a las que sometieron a su decisión ya que si lo hacen estarán excediéndose al encargo conferido.
- c) Los árbitros solo pueden conceder a las partes hasta el punto donde lo reclaman, no más allá. Ya que la petición que formulan es el límite de su interés.

Por lo tanto, el laudo en equidad no puede enmarcarse en las excepciones en que la congruencia no es un principio absoluto en el Derecho, ya que en determinados procesos arbitrales puede ocurrir que dependiendo de la naturaleza del asunto, el juez deba hacer pronunciamientos adicionales sobre puntos no solicitados por las partes, pero estaría vulnerando principios básicos procesales, por lo cual por más que sea discrecional e

⁶⁵ Citado por Salcedo Verduga, Ernesto. El arbitraje: la justicia alternativa, Editorial jurídica Míguez Mosquera, Ecuador, 2001.

independiente la participación del árbitro no puede irse más allá de la seguridad jurídica que vulneraría en caso de emitir un laudo incongruente.

Adicionalmente se debe considerar que una de las causales contempladas en la Ley de arbitraje y mediación⁶⁶ para interponer una acción de nulidad de laudo, es el vicio de incongruencia, que se perfecciona cuando el laudo se refiere a cuestiones no sometidas al arbitraje o en los casos que analizamos anteriormente.

3.7.3. El árbitro en conciencia y el momento en que aplica la equidad en los procesos arbitrales

Es inapropiado aseverar que son mayores las exigencias que debe cumplir quien va a arbitrar en Derecho frente a quien lo va a hacer en equidad. El primero necesariamente debe ser abogado, por lo cual lo que le diferencia es el estudio que posee y la técnica que aplica, ya que debe llevar el proceso y fallar apegado a las normas jurídicas. Mientras que el segundo no necesariamente debe ser abogado, y tiene la potestad y autorización de crear Derecho aplicable a un caso particular, así sea por una única e irrepetible ocasión.

Las partes el momento en que deciden pactar un arbitraje en equidad, confían en que el individuo que va a ser el componedor es suficientemente prudente y diligente como para solucionar de forma justa y proporcional su conflicto.

Como punto de meditación sobre este aspecto, resulta interesante traer a colación la siguiente reflexión que hizo el Tribunal Superior de Medellín en un fallo del 18 de enero de 1998:

“Es que el fallo en equidad lejos de ser menos exigente, lo es superlativamente. En cuanto a los sujetos reclama no sólo juristas sino además humanistas; hombres que puedan crear la regla de derecho aplicable, en cuanto a esa regla la requiere como más justa que la misma ley”⁶⁷

⁶⁶ Art. 31.- “Cualquiera de las partes podrá intentar la acción de nulidad de un laudo arbitral cuando: d) El laudo se refiera a cuestiones no sometidas al arbitraje o conceda más allá de lo reclamado.”

⁶⁷ Citado por GAMBOA MORALES, Ernesto. *El Arbitraje en Equidad*, Santa Fe Bogotá. 2003.

En términos formales el árbitro en derecho y en equidad comparten las funciones y ciertas características que los definen, por ejemplo, su actuación es *intuitio personae*, dado que el mandato del árbitro es personal y no puede ser delegado a otra persona.

Si bien el árbitro en equidad goza de mayor discrecionalidad para sustanciar el proceso arbitral, es muy difícil establecer el límite para la misma, toda vez que no se apegan a la normativa jurídica para sus actuaciones y no existe un momento único en que se determine la aplicación de la equidad.

Este vacío puede generar una controversia el momento en que el árbitro decida omitir el procedimiento a seguir en los procesos arbitrales, o no precise por ejemplo, realizar la Audiencia de sustanciación, motivando que a su leal saber y entender no requiere de la misma para llegar a una decisión justa y proporcional.

Por lo tanto, al no existir una disposición que limite la aplicación de la equidad únicamente al momento de elaboración del laudo arbitral se permite a los árbitros disponer de la forma que desean llevar adelante el arbitraje, ya que como analizamos, la única restricción moral que poseen es no violentar los principios generales del Derecho, ni atentar los derechos fundamentales contemplados en la constitución.

4. EFECTOS JURÍDICOS DEL LAUDO ARBITRAL EMITIDO EN EQUIDAD

4.1. *Efectos del laudo arbitral*

La expresión máxima de la jurisdicción del arbitraje tanto en equidad como en derecho es el laudo. Esta decisión es la que pone fin al proceso arbitral y al ser elaborada por la máxima autoridad del proceso arbitral tiene fuerza vinculante y es de obligatorio cumplimiento para las partes, toda vez que voluntariamente suscribieron una cláusula compromisoria para someter las controversias a este mecanismo.

Como hemos analizado anteriormente, según Caivano esta decisión debe contener todas las cuestiones que se sometieron a juicio de los árbitros.

De conformidad a lo contenido en el artículo 32 de la Ley de arbitraje y mediación, los laudos arbitrales tanto en derecho como en equidad tienen efecto de sentencia ejecutoriada y de cosa juzgada. Por lo tanto se ejecutarán del mismo modo que las sentencias de última instancia, siguiendo la vía de apremio, sin que el Juez de la ejecución acepte excepción alguna, salvo las que puedan originarse con posterioridad a la expedición del laudo.⁶⁸

El hecho de no ser revocable, ni modificable, que adquiere el laudo cuando contra él no procede recurso alguno, es lo que se considera como cosa juzgada.

Rivero⁶⁹, traslada los conceptos de cosa juzgada formal y material al ámbito del proceso arbitral, expresando lo siguiente:

“Los efectos de cosa juzgada son conocidos en Derecho Procesal, donde su construcción es perfecta y acabada, en lo que no debo entrar. Aludiré aquí solo a lo que interesa a nuestro comentario. Recuérdese:

⁶⁸ BERTINI CHIRIBOGA, Leonello, *“Acción de nulidad de Laudos Arbitrales”*, Editorial El Conejo, Quito, 2008.

⁶⁹ RIVERO, Francisco. *“Comentarios a la Ley de Arbitraje”*. Citado por Salcedo Verduga, Ernesto. El arbitraje: la justicia alternativa, Editorial jurídica Míguez Mosquera, Ecuador, 2001.

- a) *Cosa juzgada formal: se trata de la inatacabilidad directa del laudo; no caben recursos (en sentido técnico) ni impugnabilidad de otra clase. Ya lo sabíamos por cuanto dije de la firmeza del laudo, con cuya noción coincide – hay, por tanto, en este aspecto, una reiteración y coincide la definición con lo definido-.*
- b) *Cosa juzgada material: inatacabilidad indirecta o mediata del laudo arbitral, no solo en sentido negativo (imposibilidad de replantear judicialmente la cuestión litigiosa decidida: non bis in idem), sino también con función positiva, impidiendo que se juzgue y resuelva en forma contraria a lo fallado en el laudo. Opera la cosa juzgada material fundamentalmente por vía de excepción, que puede oponer una de las partes si la otra pretende llevar la controversia, ya decidida por laudo a un proceso judicial”*

Los efectos jurídicos del laudo, incluyen que las partes, al haber acordado de común acuerdo someterse a la resolución a través de arbitraje, están obligadas a dar cumplimiento inmediato de las disposiciones dictadas por los árbitros y contenidas en el laudo. El laudo dictado debe ser acatado por las partes y respetado por terceros.

Es evidente que frente a la afirmación de que el laudo tiene efectos de sentencia ejecutoriada, nos inquieta la posibilidad de poder interponer un determinado recurso frente al laudo, es decir, en caso de que las partes se encuentren inconformes con el contenido del laudo puedan impugnarlo ya sea en características de fondo o de forma.

Mientras que en la justicia ordinaria, las sentencias dictadas por los jueces de primera instancia son casi en su totalidad susceptibles de revisión por instancias superiores, en el arbitraje existen los principios de inapelabilidad e inimpugnabilidad de las decisiones arbitrales. Es decir el arbitraje es de única instancia.

De acuerdo con el artículo 30 de la Ley de Arbitraje y Mediación, las partes solo pueden presentar recursos para ampliar, corregir y aclarar los errores cálculo en caso de existir, antes de que la sentencia se ejecutorie (tres días después de notificada). Para mayor abundancia el artículo 282 del Código de Procedimiento Civil plantea que la aclaración tendrá lugar únicamente si la sentencia fuere oscura y la ampliación cuando no se hubiere algún punto de los controvertidos, o se omitió resolver sobre costas, frutos o intereses.

De acuerdo con Salcedo⁷⁰ los recursos de aclaración y ampliación no deben interponerse como pretexto para requerir que el laudo sea reformado o alterado en ningún sentido, ya que los árbitros no pueden rebasar sus facultades, es decir no les corresponde cambiar el fondo de la decisión tomada.

A lo señalado se puede incluir lo manifestado por Piaggi⁷¹, quien sostiene que el proceso debe lograr la mayor autonomía posible, y esto lo conseguirá alejándose de la intervención judicial, ya que el Juez no puede ni debe ser un revisor de segunda instancia, puesto que el proceso arbitral no es un proceso judicial privatizado. Eso atentaría a la naturaleza y finalidad con la que se creó el arbitraje.

Como en todo, existen doctrinarios que no comparten la teoría de que no resulta prudente revisar judicialmente el fondo del laudo arbitral. Lorca y Silguero mencionan que de este punto se derivan consecuencias muy importantes, en especial en lo que tiene que ver con el arbitraje en equidad, en el cual para su punto de vista si no existe una revisión de fondo judicial del laudo, el árbitro se convierte en un dictador de las cuestiones de fondo de los laudos arbitrales.

En esta misma línea El Dr. Claudio Costa⁷² manifestó en la obra de Leonello Bertini, que su experiencia como secretario en procesos arbitrales en Ecuador, le ha permitido aseverar la necesidad de que exista una instancia de revisión del fondo del laudo, puesto que en la práctica según su criterio, se han dictado laudos cuya resolución ha llegado a desnaturalizar el negocio jurídico vinculante entre las partes, el cual dio origen a la controversia. Afirmó que esto ocurre mayormente en los arbitrajes en equidad.

Considero que un efecto jurídico del laudo arbitral en equidad es que por su naturaleza, promueve la inexistencia de recursos de impugnación o de segunda instancia, ya que este mecanismo de solución de conflictos se presentó, como fue objeto de análisis en este trabajo,

⁷⁰ Citado por BERTINI CHIRIBOGA, Leonello, *"Acción de nulidad de Laudos Arbitrales"*, Editorial El Conejo, Quito, 2008.

⁷¹ Citado por BERTINI CHIRIBOGA, Leonello, *"Acción de nulidad de Laudos Arbitrales"*, Editorial El Conejo, Quito, 2008.

⁷² Citado por BERTINI CHIRIBOGA, Leonello, *"Acción de nulidad de Laudos Arbitrales"*, Editorial El Conejo, Quito, 2008.

como una alternativa válida a la justicia ordinaria, cuyo procedimiento evita la tardanza. Es la celeridad en su tramitación una de las características por las cuales este procedimiento de resolución de conflictos tiene bastante acogida. Además las partes son quienes en su mayoría escogen los árbitros, por lo que se supone que confían en su probidad y proporcionalidad para dictar un laudo; la limitación para interponer recursos a las decisiones emitidas por esos árbitros es una forma de responsabilizar a las partes de la adecuada elección de las personas que van a conformar su tribunal.

4.2. Acción de nulidad frente a los laudos arbitrales dictados en equidad

Si bien el convenio arbitral contiene la voluntad de las partes de no someter sus controversias a la justicia ordinaria, las garantías constitucionales y principios generales del Derecho, no permiten que de modo alguno las partes renuncien a su derecho fundamental de obtener una tutela efectiva judicial, la cual debe adaptarse a las características y formalidades que rigen el proceso arbitral.

Esta limitación se verifica en la posibilidad de que las partes puedan interponer una acción de nulidad frente al laudo arbitral, lo cual es una forma de someter a revisión y verificación de los órganos jurisdiccionales del Estado, que la decisión tomada por los árbitros haya respetado los principios del debido proceso y el trámite legal que debe seguir el proceso arbitral.

De acuerdo a lo dispuesto por la Ley de arbitraje y mediación⁷³ cualquiera de las partes podrá interponer acción de nulidad de un laudo arbitral ante el árbitro o el tribunal arbitral, quien o quienes tendrán la obligación de remitir el proceso al respectivo presidente de la actual Corte Provincial de Justicia.

A lo largo de este capítulo, me referiré a la acción de nulidad como una acción mas no como recurso, ya que de la ley de arbitraje se desprende la afirmación de que la acción de nulidad es un verdadero procedimiento de impugnación autónomo, no un recurso propiamente dicho puesto que no se pretende la revisión de una resolución por parte el inmediato superior

⁷³ Artículo 31, Ley de arbitraje y mediación. Registro oficial No. 417, 14 de diciembre de 2006.

jerárquico para que pueda corregir los errores que pueden constar en el laudo arbitral a través de la verificación de la totalidad de su aspecto sustancial.

En contraposición, la acción de nulidad no es conocida por un órgano inmediatamente superior al tribunal que dictó el fallo, sino que es conocida por la Presidencia de la Corte Provincial, la cual es un órgano totalmente distinto al tribunal. La corte inicia un nuevo y autónomo procedimiento, cuya revisión está limitada únicamente a las causales de nulidad que se aducen para la interposición de la acción, sin que pueda revisar el fondo del laudo, por cuanto eso fue decidido por el tribunal que tiene competencia exclusiva para hacerlo.

De acuerdo con lo afirmado por Ernesto Salgado⁷⁴ el recurso tiene como objeto, en el ámbito procesal, privar de eficacia jurídica a una determinada resolución judicial que provoca perjuicio para una de las partes y se la debe sustituir por otra que con un nuevo examen de la cuestión que se está impugnando favorezca al recurrente, lo cual es la pretensión general en la imposición de un recurso. Para esta finalidad se lo debe proponer antes de que la resolución que va a ser impugnada haya causado ejecutoría; la impugnación del laudo arbitral tiene un tratamiento distinto, ya que el artículo 31 de la Ley de arbitraje y mediación ha dispuesto que la acción debe interponerse dentro de los días siguientes a la ejecutoría del laudo, es decir cuando el proceso arbitral ha concluido.

Dice al respecto Fairén Guillén: “... si el recurso se interpone contra resolución que aún no haya producido efecto de cosa juzgada formal, el proceso no ha terminado, sino que continúa en su estado de recursos, correspondiente a la misma acción que se instó; mientras que si el recurso se promueve contra la sentencia que ya es firme, el proceso del medio de impugnación ya es otro nuevo, a través del ejercicio de una nueva acción...”⁷⁵

En nuestro país, la Quinta Sala de la Corte Superior de Justicia de Quito, conformada por el doctor Alejandro Ponce Martínez, Alfonso Loayza y Fernando Gándara en sentencia del 9 de diciembre del 2003, señaló que la nulidad no puede considerarse un recurso, ya que la ley de arbitraje no contempla recursos ordinarios de apelación ni de impugnación, a más de las

⁷⁴ Salcedo Verduga, Ernesto. El arbitraje: la justicia alternativa, Editorial jurídica Míguez Mosquera, Ecuador, 2001.

⁷⁵ Fairén Guillén, Víctor. “Estudios del Derecho Procesal”, Madrid. Pág. 351

recursos horizontales de ampliación y aclaración, por lo que considerarlo sería contrario a la naturaleza del arbitraje.

El legislador quiso evitar que los métodos alternativos de solución de conflictos tengan los mismos inconvenientes que la justicia ordinaria, por lo cual omitió la impugnación del laudo por medio de recursos, pero para garantizar el cumplimiento de los derechos constitucionales institucionalizó la acción de nulidad en la que órgano que la sustancia únicamente debe limitarse a confirmar total o parcialmente el laudo, sin que pueda entrar a conocer el fondo del asunto, lo cual en inicio es el objeto de un recurso ordinario.

Tal sala, en su sentencia, citó a Hugo Alsina, que define a la acción de nulidad de laudos de la siguiente manera:

*“La acción de nulidad de laudos arbitrales es un medio de impugnación característico y específico del juicio arbitral, existe en la generalidad de legislaciones y constituye una figura sui generis fundamentalmente distinta de las impugnaciones del proceso ordinario y sin parangón con las utilizadas contra las sentencias de los jueces. Tal acción de nulidad provoca un juicio de control a posteriori sobre la existencia de los presupuestos y de los caracteres funcionales y formales que la ley exige para la eficacia y validez de los procedimientos y de las decisiones arbitrales”*⁷⁶

La acción de nulidad en la práctica es recurrentemente utilizada por las partes que han visto la necesidad de hacer garantizar el debido proceso en el trámite arbitral.

Existen autores que consideran que el arbitraje pierde su naturaleza el momento que sobre el laudo se ha planteado una acción de nulidad, ya que la ley no contempla una vía determinada para tramitarla y aparentemente por la disposición del artículo 59 del Código de Procedimiento Civil (en caso de no existir una vía especial para sustanciar las causas se lo hará por la vía ordinaria) se entiende que esta acción se sustanciaría por esa vía, lo que genera una preocupación ya que eventualmente de configurarse esta figura, los jueces podrían entrar a verificar el fondo del laudo.

⁷⁶ Citado por BERTINI CHIRIBOGA, Leonello, *“Acción de nulidad de Laudos Arbitrales”*, Editorial El Conejo, Quito, 2008.

Además, al ser considerado un juicio ordinario se podría concluir que es un proceso de conocimiento, lo que generaría que la decisión que tome la Corte Provincial sea sujeta a revisión de la Corte Nacional a través de la interposición del recurso de casación. Esta hipótesis es sustentada por el Dr. Jorge Masón.⁷⁷

Sin embargo, la Corte Suprema (ahora Corte Nacional), en varios fallos que constituyen precedente jurisprudencial, ha denegando por improcedente el recurso de casación frente a sentencias que resuelvan acciones de nulidad, ya que:

- a) La acción de nulidad no es un juicio de conocimiento o instancia de impugnación que ponga fin al proceso arbitral, sino que se considera un proceso independiente e incidental que busca analizar el cumplimiento de las formalidades establecidas en la Ley de arbitraje y mediación.
- b) El recurso de casación contravendría el principio de celeridad del arbitraje.
- c) *“La resolución de la acción de nulidad no es una sentencia definitiva que ponga fin a un proceso de conocimiento, por el contrario se trata de un recurso incidental que pretende anular la validez o eficacia de un laudo arbitral”*⁷⁸

Adicionalmente quiero recalcar que la Ley de Arbitraje y Mediación, para la resolución de la acción de nulidad, otorga 30 días a la autoridad resolutoria para analizar las causales que se invocan en la solicitud de nulidad de laudo. Pero en realidad tal acción no se tramita en este tiempo por la carga de trabajo que tiene la instancia responsable de resolver (Presidencia de la Corte Provincial).

Frente al vacío legal y posible inseguridad jurídica que se podría generar en la sustanciación de la acción de nulidad de los laudos arbitrales, el Dr. Patricio Carrillo Dávila, ex presidente de la ex Corte Superior de Justicia de Quito remitió su informe a la Corte Constitucional, respecto al trámite de la acción de nulidad, expresando que si esta acción se tramita por la vía ordinaria se están vulnerando los principios de celeridad, eficacia y oportunidad, al negar que el arbitraje constituye una rama independiente del derecho global.

⁷⁷ Entrevista contenida y citada por BERTINI CHIRIBOGA, Leonello, *“Acción de nulidad de Laudos Arbitrales”*, Editorial El Conejo, Quito, 2008.

⁷⁸ Sentencia emitida por la Corte Suprema de Justicia, Segunda Sala de lo Civil y Mercantil dentro del proceso 174-2004, el 11 de febrero de 2005.

Afortunadamente, frente a este informe la Corte Constitucional para el período de transición emitió un criterio en apego a la naturaleza del arbitraje, que hoy sirve de sustento para tramitar las acciones de nulidad por medio de un proceso sumario especial, en el cual no se admite término de prueba, ya que la discusión se remite únicamente a cuestiones de derecho. Lo único que la Corte Provincial acepta es audiencia de estrados, cuando ha sido solicitado por una de las partes.

La parte pertinente del pronunciamiento de la Corte Constitucional se remite al siguiente texto: *“La ley de la materia ha previsto un procedimiento para el caso de cuestionar la validez del laudo arbitral y como puede observarse, el trámite de nulidad establecido es ágil, pues el Presidente de la Corte Superior, facultado para el efecto, debe resolverlo en el término de 30 días, siendo únicamente este trámite el que debe ser observado en estas causas, como en efecto ha aplicado el Presidente de la Corte Superior de Quito, sin que para estas pueda aplicarse el artículo 59 del Código de Procedimiento Civil, ya que este precepto es aplicable a aquellos casos en que la ley no ha determinado un procedimiento especial”*.⁷⁹

Con el pronunciamiento de la Corte Constitucional quedó absuelta la inquietud expresada en párrafos anteriores, respecto al trámite que debe seguirse, sin embargo no todas las Cortes Provinciales han acatado en su totalidad esta disposición, ya que por ejemplo la Corte Provincial de Guayaquil hasta antes de este pronunciamiento sustanciaba las acciones de nulidad como juicio ordinario y actualmente a pesar de tramitar estas acciones como un “juicio sumario” en algunos casos a ordenado que se abra término de prueba, sustanciando el trámite como que fuera un proceso de conocimiento, al permitir que se discuta la verdad de los hechos.

Por otro lado, de acuerdo a lo contenido en el artículo 31 de la Ley de arbitraje y Mediación, el accionante tiene la facultad de solicitar la suspensión de la ejecución del laudo mientras se resuelve la acción de nulidad en la Corte Provincial. Para que la suspensión surta efectos, quien lo solicite (que debería ser en todos los casos el afectado por lo resuelto por el laudo) deberá rendir caución suficiente para cubrir los perjuicios estimados por la demora en la

⁷⁹ Suplemento R.O. No. 605, jueves 4 de junio de 2009.

ejecución del laudo, este valor es fijado por el tribunal dentro de los tres siguientes días que se solicitó y deberá ser cancelado en los tres días que siguen.

Antes de especificar los alcances y efectos de la equidad en las acciones de nulidad, a continuación resumo las características y observaciones más importantes para aclarar el panorama de la acción de nulidad en nuestra legislación:

- a) En un inicio el arbitraje supone la voluntad de las partes para no acudir al juez ordinario para que resuelva sus diferencias, no obstante su revisión termina en manos de la justicia ordinaria, a quien las partes quisieron eludir. Frente a esto me permito sugerir que nuestra legislación debería crear una sala especializada dentro del mismo tribunal arbitral para la resolución de las acciones de nulidad.
- b) Por otro lado, la ley de arbitraje no dice que trámite es el que se debe seguir para sustanciar la acción de nulidad, y ante este silencio sería un error si acudimos al artículo 59 del Código de Procedimiento Civil, según el cual se debería ventilar por la vía ordinaria, lo que podría incluir la posibilidad de reconvenir y de interponer recurso extraordinario de casación. Pero frente a este vacío tenemos el pronunciamiento de la Corte Constitucional que determinó que el trámite de la acción de nulidad es definitivamente especial.
- c) Del literal anterior se desprende el riesgo de que la Corte Provincial pueda conocer sobre el fondo del laudo arbitral. Aunque esta circunstancia podría contravenir la prohibición expresa contenida en el artículo 7 de la Ley de arbitraje, la cual determina la incompetencia de la justicia ordinaria para conocer las controversias sometidas por las partes a procesos arbitrales.
- d) Por último como lo señala el abogado Ernesto Salgado⁸⁰, existe un vacío legal que determine cuáles son los efectos de la nulidad del laudo. No sabemos ¿qué deben hacer las partes una vez que la Corte Provincial acepte la acción planteada? En otras legislaciones se prevé que la Corte remite el expediente al Tribunal para que vuelva a resolver sin incluir los vicios que acarrearón la anulación

⁸⁰ Salcedo Verduga, Ernesto. El arbitraje: la justicia alternativa, Editorial jurídica Míguez Mosquera, Ecuador, 2001.

del laudo. Aquello debería suceder también en nuestra legislación, puesto que la competencia exclusiva para conocer el asunto de fondo la tiene el tribunal arbitral; cuanto más que como ya se ha dicho, la Corte Provincial no puede conocer sobre el fondo.

El tema en estudio merece más consideraciones si nos centramos al tratamiento de la acción de nulidad de laudos en equidad, ya que no existe jurisprudencia reiterada que determine algún criterio de variación para el tratamiento de estos procesos. Es muy preocupante considerar que la naturaleza del arbitraje en equidad se pueda vulnerar el momento en que el laudo emitido se revise en apego a las normas positivas dentro del trámite de acción, y mucho peor considerar que se resuelva un recurso de casación que es meramente legalista respecto a un laudo dictado en equidad y que en ningún caso podría conocer sobre el fondo del tema que se discute.

A continuación detallo el análisis de las causales contenidas en la Ley de arbitraje, en base a las cuales se puede interponer una acción de nulidad de laudo tanto sustentado en derecho como en equidad:

- a) No se haya citado legalmente con la demanda y el juicio se ha seguido y terminado en rebeldía, impedido que el demandado deduzca sus excepciones o haga valer sus derechos y, además que el demandado reclame por tal omisión al tiempo de intervenir en la controversia. Esta causal existe en aras de hacer cumplir el principio de contradicción, para evitar que la falta de citación haya provocado al demandado un perjuicio que no le haya permitido ejercer su derecho a la defensa oportunamente para hacer valer los derechos de los que se cree asistido.
- b) No se haya notificado a una de las partes con las providencias del tribunal y este hecho impida o limite el derecho a la defensa de la parte. Todas las decisiones del tribunal deben ser notificadas a las partes para que tengan la posibilidad de ser oídos frente a estas decisiones
- c) Cuando no se hubiere convocado, no se hubiere notificado la convocatoria, o luego de convocada no se hubiere practicado las pruebas, a pesar de la existencia de hechos que deban justificarse. Esta causal tiene su base en el principio de comunicación o

transmisión de los actos procesales. Al igual que se refiere a la afirmación que los árbitros solo pueden resolver sobre la base de las pruebas ofrecidas y producidas por las partes.

- d) El laudo se refiere a cuestiones no sometidas al arbitraje o conceda más allá de lo reclamado. En un inicio todas las causales son aplicables, tanto para los laudos en derecho como en equidad, pero sin duda esta es la más controvertida. La discusión inicia en la interrogante que se plantea respecto que si el árbitro en equidad puede ir más allá de lo pretendido, o por el contrario el fallo en equidad también está sometido a la prohibición legal de los fallos ultra petita. Este tema surge de la mano con el tema de la congruencia entre la demanda y el laudo, frente a lo cual anteriormente analizamos el límite de la discrecionalidad de los árbitros. Pero no se puede poner una camisa de fuerza conformada por instituciones meramente procesalistas y formales que no permitan la máxima expresión de la equidad el momento que al resolver quieran distribuir proporcionalmente lo justo de acuerdo al entender del árbitro. Este punto siempre será polémico y dividido, pero en apego a lo antes sostenido, creo que por más que sea un laudo en equidad deben respetarse los principios universales del derecho, y en aras de no violar la seguridad jurídica no se puede conceder más allá de lo reclamado.
- e) Cuando se hayan violado los procedimientos previstos por esta Ley o por las partes para designar los árbitros o constituir el tribunal. Para analizar esta causal me remito al análisis que realicé respecto al momento de aplicación de la equidad en los procesos arbitrales, ya que al no existir límite real para la discrecionalidad de los árbitros, éstos podrían modificar el trámite establecido en la ley, de acuerdo a lo que consideren como conveniente.

Las causales están taxativamente determinadas en el artículo 31 de la Ley de arbitraje y mediación, por lo cual para admitir o negar la solicitud de acción de nulidad de laudo la Corte deberá constatar que en la demanda esté debidamente fundamentada la causal, sino deberá rechazarla. Esto genera un vacío legal, ya que existen muchas otras circunstancias en que el laudo debería declararse nulo, pero no están incorporados como causales, por ejemplo, si el laudo es contrario al orden público, si el laudo debió fallarse en equidad y se dictó en derecho,

en caso que el tribunal no respetó los 150 días para emitir el laudo, entre otras causas que podrían afectar derechos fundamentales de las partes.

Realizadas las consideraciones del caso, en mi punto de vista todas las causales para interponer una acción de nulidad son aplicables al fallo en equidad, con la respectiva observación de la discrecionalidad de los árbitros en conciencia.

En legislación comparada, podemos indicar que en Colombia frente al laudo arbitral se puede interponer recurso de anulación y revisión, para lo cual hay nueve causales consagradas en el artículo 38 del Decreto 2279 de 1989.⁸¹

Por otro lado el ordenamiento jurídico chileno asemeja las decisiones de los árbitros con las resoluciones judiciales, por lo cual pueden ser impugnadas por medio de los recursos procesales que son reposición, interpretación, rectificación, apelación, casación, queja, protección y revisión.

En España la ley de Arbitraje contempla la posibilidad de plantear el recurso de anulación, el cual al igual que en nuestra legislación se entiende que no puede realizar un examen del fondo del asunto.

En conclusión, la acción de nulidad en nuestro país se encuentra parcialmente regulada, ya que existen vacíos legales respecto a las causales para solicitar, frente a lo cual sugerimos ampliarlas; por otro lado, en la ley no se especifica el trámite en que se ventilará, el cual debería ser especial y sumarísimo frente a un órgano especializado para el efecto, y por último debería especificarse si cabe o no la apelación y la casación, frente a lo cual manifiesto mi negativa, porque en mi criterio se trata de una acción de única instancia y no de un proceso de conocimiento, conforme lo señalado por la Corte Constitucional.

A continuación procederé a analizar otro vacío legal, que se configuró con la creación de la institución jurídica constitucional del recurso extraordinario de protección, frente a las decisiones de los tribunales arbitrales.

⁸¹ GAMBOA MORALES, Ernesto. *El Arbitraje en Equidad*, Santa Fe Bogotá. 2003.

4.3. Acción extraordinaria de protección frente a laudos arbitrales

A pesar de que no es parte del tema central de este trabajo, voy a iniciar determinando el problema jurídico existente en nuestro país en referencia a la conceptualización de la acción extraordinaria de protección, ya que por su naturaleza es difícil considerarla como acción o como recurso.

Podríamos encuadrarla como acción, en apego a lo determinado por Alsina⁸², quien determina que la acción es: “*un derecho público subjetivo mediante el cual se requiere la intervención del órgano jurisdiccional para la protección de una pretensión jurídica*”, y por los elementos constitutivos de ese concepto, al ser coincidentes con los de la acción extraordinaria de protección, concluir que podría estar subsumida en ésta.

Desde otro punto de vista, no es factible considerar a esta garantía constitucional como una acción, ya que la Constitución y la normativa vigente que la regula, persigue con tal garantía dejar sin efecto una resolución ejecutoriada en un procedimiento concluido, violatorio de derechos fundamentales, lo que marca una distancia con los elementos sustantivos de la acción y supera la amplitud de su ejercicio.

Podría de igual forma, definirse a esta garantía como un recurso puesto que el autor mencionado, concibe al recurso como “*los medios que la ley concede a las partes para obtener que una providencia judicial sea modificada o dejada sin efecto. Su fundamento reside en una aspiración de justicia, porque el principio de inmutabilidad de la sentencia, que constituye a su vez el fundamento de la cosa juzgada, derivado de la necesidad de certeza para la estabilidad de las relaciones jurídicas, cede ante la posibilidad de una sentencia injusta, y los recursos no son otra cosa, como dice Carnelutti, que el modo de fiscalizar la justicia de lo resuelto*”.

En apego a esta última concepción, es evidente que con la “acción extraordinaria de protección” se subsana la violación de principios constitucionales, que de otro modo se

⁸² Hugo Alsina, *Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*, segunda edición, Tomo I, Parte General, Ediar Soc. Anon. Editores, Buenos Aires, Argentina, 1956.

vulnerarían con la institución de la cosa juzgada, por lo que doctrinariamente, más que una acción sería un recurso, aunque nuestra legislación, la llama acción.

Centrándonos en nuestra investigación, para estos fines voy a considerar a la acción extraordinaria de protección como una garantía constitucional que permite determinar si una decisión jurisdiccional ha vulnerado o no derechos consagrados en la Constitución. Para establecer con claridad si esta acción puede proponerse en contra de laudos arbitrales, me corresponde analizar contra qué sentencias o autos se la puede proponer, y frente a esto el artículo 94 de la Constitución vigente, prescribe que *“la acción extraordinaria de protección procederá contra sentencias o autos definitivos en los que se haya violado por acción u omisión derechos reconocidos en la Constitución...”*. Esta disposición se repite en el artículo 437 del mismo cuerpo legal, que dispone: *“Los ciudadanos en forma individual o colectiva podrán presentar una acción extraordinaria de protección contra sentencias, autos definitivos y resoluciones con fuerza de sentencia...”*

Adicionalmente el artículo 58 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Jurisdiccional dispone: *“La acción extraordinaria de protección tiene por objeto la protección de los derechos constitucionales y debido proceso en sentencias, autos definitivos, resoluciones con fuerza de sentencia, en los que se hayan violado por acción u omisión derechos reconocidos en la Constitución.”*

El artículo 191 de la ley mentada en el párrafo anterior, es el que limita las decisiones contra las cuales puede plantearse la acción extraordinaria de protección, ya que dispone que será en contra de decisiones de la justicia ordinaria e indígena. Esta afirmación conlleva el riesgo de determinar que la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional excede a lo dispuesto por la Constitución, ya que legisla algo que no está contemplado en la misma, pero para mi opinión esta disposición busca demostrar en el espíritu de la ley la naturaleza de esta acción.

De la normativa expuesta se desprende que la acción extraordinaria de protección procederá contra sentencias o autos definitivos, al igual que contra resoluciones con fuerza de sentencia. Tales cuerpos legales no distinguen el tipo de contiendas del que deben provenir las

decisiones, por lo tanto ya sea que se trate de una acción de condena, declarativa, constitutiva, ejecutiva o precautoria, se puede plantear esta garantía jurisdiccional, lo cual quiere decir que por ejemplo, se puede proponer en contra de una sentencia dictada dentro de un juicio ejecutivo, en segunda y última instancia. Tampoco se distingue sobre la materia, de tal forma que es indiferente si se trata de un juicio civil, penal, administrativo, de tránsito, etc.; cabrá respecto de toda sentencia, resolución o auto definitivo emitido en uno de aquéllos.

Y más aún, su protección se extiende a las resoluciones con fuerza de sentencia, por lo que únicamente porque la ley contempla recursos, no cabe contra decisiones de órganos no jurisdiccionales sino administrativos, tal es el caso, por ejemplo, de las resoluciones que se emitan por el Servicio de Rentas Internas.

Una vez que se ha determinado en contra de qué decisiones se puede plantear la acción extraordinaria de protección, voy a hacer un breve análisis de cuándo procede interponerla.

La Constitución vigente dispone que la acción extraordinaria de protección procede cuando se ha violado por acción u omisión derechos reconocidos por ésta y siendo el Ecuador, por definición del inciso primero del artículo 1 de dicha Carta Magna, un Estado constitucional de derechos, su posibilidad de vulneración es muy amplia.

El numeral 2 del artículo 437 de la Constitución orienta este requisito a dos ámbitos: a) Que exista violación del debido proceso; o , b) Que se vulnere otros derechos reconocidos en la Constitución, por lo que es evidente que ésta cabe en cualquier caso de violaciones de derechos constitucionales. En efecto, el abanico de opciones es proporcional a la cantidad de derechos que constan en la Carta Magna.

En cuanto al debido proceso, la Constitución, en el capítulo octavo dentro del Título II, desde el artículo 75 al 82, principalmente el artículo 76 incluye sus garantías básicas.

Debemos entender que la violación por acción se presenta cuando la decisión definitiva, se la tomó con consideraciones contrarias a las que propugnan las normas constitucionales que reconocen derechos. Mientras tanto la violación por omisión, se la consideraría en los casos

que, en la decisión definitiva, no se tomó en cuenta la norma constitucional y simplemente se resolvió con otras de menor jerarquía.

Respecto a quién debe plantear la acción extraordinaria de protección, el Art. 59 de la Ley Orgánica de Garantías Constitucionales y Control Constitucional expresa que ésta puede ser interpuesta por cualquier persona o grupo de personas que han o hayan debido ser parte en un proceso por sí mismas o por medio de procurador judicial; por ende, corresponde al titular del derecho vulnerado que inició una acción en la que se dictó sentencia, auto o resolución firme o ejecutoriada, a menos que la falta de interposición de estos recursos no fuera atribuible a la negligencia de la persona titular del derecho constitucional vulnerado.

A manera ilustrativa, podemos concluir que los elementos constitutivos de la acción extraordinaria de protección se resumen en:

a) *¿Contra qué decisiones cabe plantear la acción extraordinaria de protección?*

Quedó expuesto que la acción extraordinaria de protección se propone en contra de sentencias o autos definitivos, al igual que contra resoluciones con fuerza de sentencia.

b) *¿Cuándo se puede plantear una acción extraordinaria de protección?*

Cuando exista violación del debido proceso; y/o cuando se vulneren otros derechos reconocidos en la Constitución.

c) *¿Quién puede plantear una acción extraordinaria de protección?*

El titular del derecho vulnerado.

En apego al desarrollo del tema a tratarse en este capítulo, que es la posibilidad de plantear una acción extraordinaria de protección en contra de un laudo arbitral, en primer lugar es necesario determinar si estas garantías constitucionales únicamente caben en contra de sentencias o autos finales pronunciados exclusivamente por la función judicial.

En esta dirección, se ha pronunciado Luis Cueva Carrión, en su libro intitulado “*Acción constitucional extraordinaria de protección*”⁸³ y ha señalado que tal como están redactadas las normas constitucionales relativas a la acción extraordinaria de protección, se entendería que ésta solamente procede en contra de las piezas procesales dictadas por la función judicial y no las emitidas por órganos que están fuera de ella.

Al respecto el literal d) del artículo 191 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, en forma textual prescribe: “*Corresponde al Pleno de la Corte Constitucional: (...) d) Resolver sobre las acciones extraordinarias de protección de derechos en contra de decisiones de la justicia ordinaria e indígena*”

La Corte Constitucional se ha pronunciado mediante sus fallos, en ambos sentidos. En una de sus sentencias expuso lo siguiente:

*“En síntesis, se puede decir que la acción extraordinaria de protección procede cuando haya intervenido un órgano judicial; cuando dicha intervención haya tenido lugar en el juicio; cuando en el juicio se haya resuelto una cuestión justiciable mediante sentencia o auto definitivo, cuando el fallo cause agravio; cuando en el fallo se haya violado por acción u omisión, derechos reconocidos en la Constitución o Tratados Internacionales vigentes en el país, referentes a derechos humanos o a las reglas del debido proceso: (...) y cuando el fallo o auto impugnado sea una sentencia o auto definitivo de iguales características, vale decir definitivo, esto es, que la violación por acción u omisión de derechos reconocidos en la Constitución, en la sentencia o auto definitivo, sea consecuencia directa de dicha sentencia o auto expedido por un órgano de la Función Judicial, violación que se deduzca manifiesta y directamente de la parte resolutoria de la sentencia, ya que esto es lo que realmente vincula y produce efectos reales... La acción extraordinaria de protección sólo puede alegarse contra sentencias o autos expedidos por órganos de la Función Judicial que pongan fin al proceso”*⁸⁴

⁸³ Cueva Carrión, Luis, *Acción constitucional extraordinaria de protección*, Ediciones Cueva Carrión, 2010, Ecuador.

⁸⁴ Sentencia de la Corte Constitucional No. 007-09-SEP-CC, caso No. 0050-08-EP de 19 de mayo de 2009, publicado en el R.O. 602 del 1 de Junio de 2009.

Ahora, cabe cuestionarnos si la acción extraordinaria de protección puede proponerse en contra de un laudo arbitral.

El laudo arbitral, conforme lo he expuesto a lo largo de este trabajo según lo dispuesto por la Ley de Arbitraje y Mediación tiene efecto de sentencia ejecutoriada y de cosa juzgada, y se ejecutará del mismo modo que de una sentencia de última instancia.

Con este antecedente, aparentemente existe la posibilidad de jurídicamente poder argumentar el planteamiento de una acción extraordinaria de protección en contra de un laudo arbitral, y frente a este posible pero no consentido escenario, emergen dudas como que la acción de nulidad deba considerarse como un requisito que debe cumplirse para alegar esta garantía constitucional, a pesar de tener una naturaleza totalmente diferente en su creación.

La posibilidad de plantear una acción extraordinaria de protección en contra de un laudo, también se cruza con la interposición del recurso de casación, que ya fue analizado oportunamente en este documento, ya que existe el vacío legal y la incertidumbre jurídica de que se deba exigir un pronunciamiento de casación previo a la interposición de la garantía jurisdiccional en mención.

Considero que es por demás pertinente citar que expresamente el laudo arbitral se encuentre excluido de la interposición de una acción extraordinaria de protección, por corresponder a la justicia convencional y no a la ordinaria; puesto que ésta vulneraría la seguridad jurídica de la cláusula compromisoria, que como se ha analizado es resultado de la voluntad de las partes, lo que tiene que respetarse por sobre cualquier otra consideración.

Haber permitido la interposición de tal acción en contra del laudo arbitral, hubiere resultado contradictorio con el procedimiento arbitral encargado a árbitros por convenio de las partes, atentado contra la seguridad jurídica al generar incertidumbre en sus efectos.

Es importante señalar el carácter residual de la acción extraordinaria de protección, ya que por su naturaleza únicamente estamos habilitados a recurrir a ella cuando se hayan agotado todos los otros mecanismos, recursos y acciones que contemplan el ordenamiento jurídico para obtener una determinada finalidad.

En apego a este tema y con la finalidad de aclarar conceptos, Juan Francisco Guerrero en su artículo *“La acción extraordinaria de protección frente a la acción de nulidad de sentencia”*⁸⁵ claramente esclarece la diferencia entre residualidad y no subsidiaridad, la primera implica el agotamiento previo de los mecanismos jurídicos contemplados como requisito para acceder al mecanismo residual mientras que el segundo implica la prohibición de utilizar una acción constitucional en sustitución de mecanismos ordinarios previstos en la legislación.

Se ha tratado brevemente la posibilidad de plantear la acción extraordinaria de protección en contra de un laudo arbitral en general, pero analizar la posibilidad de interponer esta garantía en contra de un laudo en equidad es mucho más controvertido, ya que a pesar de estar constituido por los elementos “necesarios” para proceder con esta alegación, proponer esta garantía en estas circunstancias a mi modo de ver es una verdadera aberración jurídica, ya que no se puede someter al máximo organismo de control legislativo, la revisión de un laudo emitido en base al leal saber y entender de los árbitros.

Adicionalmente al ser el arbitraje en equidad un proceso completamente ajeno a la rigurosidad de la normativa, es aún más difícil determinar el proceso a seguir para poder iniciar esta acción, ya que a pesar de ser un estado garantista y neo constitucionalista no puede obligarse a renunciar a las partes a su voluntad primera; sería como someter un contrato privado a la revisión de un tercero no involucrado.

A pesar de lo expuesto, en nuestro país, la Corte Constitucional ha admitido a trámite algunas acciones extraordinarias de protección propuestas en contra de laudos arbitrales, cabe señalar emitidos en derecho⁸⁶, en las cuales a pesar de que hasta la fecha no existe una resolución

⁸⁵ Nuevos Retos del Constitucionalismo Ecuatoriano: Democracia, Garantías y Derechos, Asociación Escuela de Derecho 2011, Octubre 2011, Quito, Ecuador.

⁸⁶ Trámite N.O 1568-10-EP, relacionada con la acción extraordinaria de protección, deducida por el señor JUAN PABLO ARÉVALO FIGUEROA, en calidad de Gerente General Subrogante y Representante Legal de la Empresa Vial del Azuay EMVIAL antes Empresa Vial del Azuay EMVIAL S.A., en contra del laudo arbitral de fecha 10 de mayo de 2010 dictado por el Tribunal de Arbitraje y Mediación de las Cámaras de la Producción del Azuay, en la parte pertinente de la providencia de calificación dispone: *“Esta Sala considera que en aplicación de las normas referidas en los considerandos anteriores, la presente demanda de acción extraordinaria de protección reúne los requisitos de procedibilidad establecidos en la Constitución de la República, así como los requisitos formales exigidos para la presentación de la demanda previstos en el Art. 61 de la Ley Orgánica de Garantías*

definitiva, se consumó la violación a la independencia del arbitraje, y más aún el respeto a la justicia convencional, a la voluntad de las partes plasmada en la cláusula compromisoria, ya que un órgano gubernamental no debería pronunciarse respecto a ningún aspecto del laudo, ya que por su naturaleza no le estaría permitido.

Contrario a este criterio, la misma Corte Constitucional en otras ocasiones inadmitió las acciones extraordinarias propuestas por considerar que ese trámite no correspondía a realizarse frente a un laudo arbitral, adicionalmente de señalar la necesidad de interponer la demanda de nulidad de laudo en caso de que se quiera interponer la acción extraordinaria de protección. Por la importancia de este texto, me permitiré señalar a continuación parte de la motivación realizada por la corte en la providencia de calificación, dentro del trámite No. 1585-10-EP:

“CUARTO.- La Constitución de la República en su Art. 94 preceptúa- "la acción extraordinaria de protección procederá contra sentencias o autos definitivos en los que se haya violado por acción u omisión derechos reconocidos en la Constitución y se interpondrá ante la Corte Constitucional. El recurso procederá cuando se hayan agotado los recursos ordinarios y extraordinarios dentro del término de ley a menos que la falta de interposición de estos recursos no fuera atribuible a la negligencia de la persona titular del derecho constitucional vulnerado. En concordancia con la disposición constitucional el Art. 61. 1 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control constitucional señala como requisito de la demanda extraordinaria de protección la demostración de haber agotado los recursos ordinarios y extraordinarios.: CUARTO.- Del análisis del libelo de demanda y la revisión del proceso.”

La Sala observa que el recurrente no ha agotado los recursos ordinarios y extraordinarios previstos en el ordenamiento jurídico para este tipo de procesos, como tampoco ha demostrado que tales recursos sean ineficaces o inadecuados o que la falta de interposición no se deba a su negligencia. Al efecto, la Ley de Arbitraje y Mediación, prevé el recurso de nulidad de los laudos, cuando se han cumplido las condiciones allí establecidas. No se puede aceptar que, a pretexto de alegar supuestas vulneraciones de derechos constitucionales, se

Jurisdiccionales y Control Constitucional. Por lo expuesto y sin que esto implique un pronunciamiento de fondo respecto de las pretensiones, se ADMITE a trámite la acción extraordinaria de protección No. 1568-10-EP. Procédase al sorteo correspondiente...”

pretenda una revisión del proceso arbitral y se declare "la inconstitucionalidad" del mismo, lo cual además es ajeno a la naturaleza de la acción extraordinaria de protección.

Dentro del marco conceptual que se ha expuesto, donde la tesis central apunta a sostener la existencia de una especie de "derecho aplicable" a los fallos en equidad, y después de concluir que no existe ninguna frontera infranqueable entre esta especie de fallos, al ser considerado el Ecuador, por definición del inciso primero del artículo 1 de dicha Carta Magna, un Estado constitucional de derechos, tendremos por lo tanto una gama amplísima de posibilidades para establecer alguna violación, y eso permitirá que a pesar de existir una cláusula compromisoria para celebrar un proceso arbitral en equidad, se tenga la facilidad para alegar una acción extraordinaria de protección de un laudo de esta naturaleza y que este trámite sea conocido y resuelto por el máximo órgano gubernamental.

Esta observación no pretende concluir que cuando se trate una decisión en equidad, los árbitros puedan actuar arbitrariamente o que sus fallos puedan quedar al margen de observar los derechos fundamentales. Asumir esto sería caer en el insalvable contrasentido de considerar a la equidad como un simple pretexto para justificar la vulneración o amenaza de los derechos fundamentales.

A lo largo de este trabajo ha quedado expuesta la dificultad de definir el verdadero alcance de la equidad, y en este capítulo se intentó vincular este problema jurídico con la naturaleza residual de la acción extraordinaria de protección, que a pesar de ser un tema no muy explotado ni en teoría ni tampoco en la práctica jurídica se presta para que en algún momento el abuso de esta figura logre alterar la verdadera naturaleza del arbitraje en general.

CONCLUSIONES

- a. Después de realizar un análisis del alcance e interpretación de la equidad en los procesos arbitrales, se puede determinar que a lo largo del tiempo existen diversos sentidos de la equidad con respecto al Derecho, la primera como un criterio de “ponderación” o incluso “moderación” de las decisiones judiciales y una segunda como razón en que se fundan las mismas.
- b. A pesar de que sustanciar un proceso arbitral en equidad implica más libertad para los árbitros el momento de ponderar su decisión y plasmarla en el laudo, emitir un laudo en equidad, no significa fallar arbitrariamente, ya que como principio básico deben observarse las garantías del debido proceso que son aplicables a todas las actuaciones judiciales, al igual debe respetarse el derecho de defensa, su decisión debe fundarse en pruebas debidamente solicitadas y oportunamente incorporadas al proceso. En conclusión las decisiones en equidad deben ser razonadas y razonables, deben ser motivadas e indicando los fundamentos que condujeron a esta resolución. Fallar en equidad es fallar con el sentido de lo justo
- c. El arbitraje en derecho debe definirse dentro de los límites del ordenamiento jurídico, las normas se aplican durante el trámite y más aún el momento de resolver el fondo del asunto. Mientras que en el arbitraje en equidad en la práctica únicamente se define las normas referidas al trámite (aunque sigue siendo discutible, ya que las disposiciones relativas a la parte procesal, bajo la interpretación de la equidad pueden ser corregidas o modificadas), pero el momento de resolver se lo realiza en base al leal saber y entender de los árbitros, que no necesariamente son abogados cuando el arbitraje se ha pactado en equidad.

- d. El laudo en conciencia o en equidad no necesariamente debe excluir la aplicación de las normas legales en su elaboración y razonamiento, pues siendo el derecho positivo la concreción de la justicia en reglas jurídicas, en más de una ocasión deberá coincidir que la decisión tomada por el árbitro sea la que consta en el ordenamiento jurídico, eso reflejará una buena labor de la función legislativa del país, ya que por motivos tanto históricos como filosóficos se considera que bajo el nombre de Principios Generales del Derecho se ocultan en realidad los Principios Generales de la Equidad.⁸⁷
- e. La normativa vigente de arbitraje dispone que cuando las partes han guardado silencio respecto a si quieren sustanciar el arbitraje en derecho o en equidad, se entenderá que es en equidad. Y a pesar de esta premisa, existe muy poca publicidad sobre este tema, tanto jurisprudencial como doctrinariamente, desembocando una menor utilización de este sistema frente al proceso arbitral en derecho.
- f. Como se ha podido demostrar, el arbitraje en equidad es el mecanismo jurídico de resolución alternativa de conflictos en la que más impera la autonomía de la voluntad privada, es un voto de confianza que hace el ordenamiento jurídico a los particulares respecto a la administración de justicia. Esta afirmación es el fundamento más fuerte para no intervenir en los procesos arbitrales derivados de una cláusula compromisoria pactada por las partes en equidad.
- g. Es difícil determinar qué proceso arbitral (en equidad o derecho) es más ventajoso para las partes, ya que en cada caso, con el respectivo análisis de cada materia, de cuáles son los sujetos intervinientes amerita determinar de forma singular qué proceso arbitral será el que deberá llevarse a cabo.
- h. Todos los elementos procesales de un arbitraje en derecho, en la práctica jurídica se repiten dentro del arbitraje en equidad, ya que por temor de los árbitros a violar el debido proceso como lo conocemos, o por considerar conveniente, estos procesos se sustancian

⁸⁷ Maggiore Giuseppe, L'Équita e il suo valore nel diritto. – citado por García Maynez en su Introducción al Estudio del Derecho. P. 375.

con el esquema adjetivo que se estableció para el arbitraje en derecho. Sin embargo, puedo concluir que el alcance jurídico de la equidad en los procesos arbitrales es un campo no explorado por los árbitros, ya que su interpretación no positivista les podría permitir, en búsqueda de la justicia para ambas partes: omitir, agregar o interpretar los pasos procesales que formen parte del arbitraje, pero es algo que en la actualidad no se hace.

- i. En un inicio el arbitraje supone la voluntad de las partes para no acudir al juez ordinario para que resuelva sus diferencias, no obstante la revisión del mismo termina en manos de la justicia ordinaria, a quien las partes quisieron eludir. Frente a esto me permito sugerir que nuestra legislación debería crear una sala especializada dentro del mismo tribunal arbitral para la resolución de las acciones de nulidad.
- j. El proceso arbitral en equidad concluye con la emisión del laudo por parte de los árbitros. Frente a este laudo la Ley de Arbitraje y Mediación contempla la posibilidad de que las partes puedan interponer una acción de nulidad. Este proceso se debe sustanciar en una de las causales taxativas detalladas en la Ley, que en resumen son: a) cuando no se citó legalmente con la demanda, b) Cuando una de las partes no fue debidamente notificada con las providencias del tribunal y esto le dejó en indefensión, c) cuando no se hubiere convocado o no se practicaron las pruebas solicitadas, d) cuando el laudo se refiera a cuestiones no sometidas a arbitraje, e) cuando no se constituyó legalmente el tribunal arbitral.
- k. Este trabajo no es suficiente para tratar el tema de la nulidad de los laudos arbitrales en equidad ya que merece más consideraciones, toda vez que no existe jurisprudencia reiterada que determine algún criterio de variación para el tratamiento de estos procesos. Adicionalmente, es muy preocupante considerar que la naturaleza del arbitraje en equidad se pueda vulnerar el momento en que el laudo emitido se revise en apego a las normas positivas dentro del trámite de acción, y mucho peor considerar que se plantee y resuelva un recurso de casación que es meramente legalista respecto a un laudo dictado en equidad.

- l. También pude concluir que existen muchos vacíos legales respecto a la posibilidad de plantear una acción extraordinaria de protección contra los laudos arbitrales, ya que si bien en la práctica la Corte Constitucional está admitiendo a trámite las demandas propuestas en contra de resoluciones no solo de la justicia ordinaria, sino también resoluciones provenientes de la jurisdicción convencional, debo aclarar que sus facultades no son legítimas para revisar, modifica, revocar o intervenir decisiones que provienen de la voluntad de las partes, y más aún si el fallo fue dictado en equidad, como resultado de un pacto compromisorio de las partes de que el proceso no sea llevado apegado a la normativa positiva vigente. ¿Qué otra forma puede ser más evidente de vulnerar esta libertad de las partes, que someter a una revisión netamente jurídica del laudo emitido en equidad?

- m. Como ha quedado expresado en el presente trabajo, la aplicación de la equidad tiene como su fin máximo la justicia por medio del conocimiento de la verdad material, mas no procesal. Y si la acción extraordinaria de protección busca llegar a la justicia subsanando los posible errores del debido proceso que han vulnerado los derechos constitucionales de las partes, no sería procedente proponer una acción de esta naturaleza en contra de un laudo que fue emitido con el criterio de los árbitros que fallaron en apego al concepto de la equidad como herramienta para alcanzar la justicia.

- n. Frente al sinnúmero de aristas que se han derivado de esta investigación, en aras de evitar que la equidad se aplique como sinónimo de arbitrariedad, o por el contrario, que se desnaturalice la institución de la equidad y se la vulnere con la revisión de su aplicación por parte de órganos jurisdiccionales, puedo sugerir que la normativa arbitral debe ser más específica, ya que se debe especificar el proceso a seguir en la vía arbitral en equidad y se debe legislar respecto a la acción de nulidad de los laudos emitidos en equidad, al igual que para mi punto de vista se debe prohibir la posibilidad de interponer tanto un recurso de casación o una acción extraordinaria de protección contra la sentencia que declare la nulidad de un laudo arbitral, o frente al propio laudo. No se puede incluir en el ordenamiento jurídico herramientas que en pretexto de buscar garantías constitucionales, destruyan las instituciones del derecho establecidas, tal como es el arbitraje.

- o. La justicia humana en general y por lo tanto en nuestro país, se imparte con respecto al deber ser estrechamente relacionado con lo moral y lo ético, lo cual se determina conceptualizando como lo jurídico. Pero no debemos limitar nuestra comprensión a esta definición, ya que estaríamos afirmando que solamente las actuaciones apegadas a derecho pueden considerarse como justas, únicamente aquellas resoluciones o actuaciones que se apeguen estricta y directamente al ordenamiento que denominamos “legal” sin considerar los errores en que pudieron incurrir los legisladores el momento de crear dicho ordenamiento. Y para subsanar esta diferencia, se creó a la equidad ya sea como medio de ponderación o motivación de las resoluciones. Es un tema que ni si quiera filosófica e históricamente ha sido comprendido en su totalidad, pero su alcance jurídico nos abre las puertas a un sinnúmero de posibilidades, que enfocadas en buen camino serán un soporte para mejorar la administración de justicia, pero empleada por los sujetos y en el tiempo equivocado, será el pretexto para la arbitrariedad de quien se cobije en la aplicación de la equidad como evasión al uso debido del derecho.

BIBLIOGRAFÍA

1. Alsina, Hugo *Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*, segunda edición, Tomo I, Parte General, Ediar Soc. Anon. Editores, Buenos Aires, Argentina, 1956.
2. Álvarez Correa Duperly, Eduardo. *Curso de Derecho Romano. 2- Tomo I*. Bogotá, Universidad de los Andes, Facultad de Derecho. 1998.
3. Aristóteles. *Ética a Nicómano*. Libro V. Capítulo X.
4. Asociación Escuela de Derecho 2011. *Nuevos Retos del Constitucionalismo Ecuatoriano: Democracia, Garantías y Derechos*, Octubre 2011, Quito, Ecuador.
5. Bertini Chiriboga, Leonello. *Acción de nulidad de Laudos Arbitrales*, Editorial El Conejo, Quito, 2008.
6. Caivano, Roque. *Arbitraje*. Segunda Edición. Buenos Aires. 2000.
7. Cárdenas, Mejía, Juan Pablo. *El principio de la autonomía del contrato de arbitraje pacto arbitral. El Contrato de Arbitraje*. Universidad del Rosario. 2005
8. Castan Tobeñas, José. *La Formulación Judicial del Derecho y el Arbitrio de la equidad*, Madrid 1953.
9. Cueva Carrión, Luis. *Acción constitucional extraordinaria de protección*, Ediciones Cueva Carrión, 2010, Ecuador.
10. Duque Echeverri, J. Emilio. *Del Arbitramiento Mercantil*, Colección Jurídica Bedout 1976.
11. Enneccerus, Ludwig, *Tratado de Derecho Civil*, Bosch-Barcelona, 1953.
12. Entrena Klett, Carlos María. *La equidad y el arte de juzgar*, Segunda edición. Pamplona. Editorial Arazandi, 1990.
13. Fairén Guillén, Víctor. *Estudios del Derecho Procesal*, Madrid. Pág. 351
14. Fernández, Buján. *A propósito de la naturaleza contractual del arbitraje*, Estudios de *derecho civil-Obligaciones y contratos*-Bogotá. 2003.
15. Gamboa Morales, Ernesto. *El Arbitraje en Equidad*, Santa Fe Bogotá. 2003.
16. González de Cossío, Francisco. *Arbitraje*. Editorial Porrúa, México, 2008.
17. Ley de Arbitraje y Mediación, Registro Oficial No. 417, jueves 14 de diciembre de 2006.
18. López Blanco, Hernán. *La Jurisprudencia arbitral en Colombia*, Colombia, 2002.
19. Lorca Navarrete, Antonio María- Silguero Stagnan, Joaquín. *Derecho de arbitraje español*, Editorial Dykinson, Madrid, 1994.
20. Mans Pigarnau, Jaime M. *Los Principio generales del Derecho*. Barcelona: Bosh Casa Editorial, 1947.
21. Marchilar. *Historia de la Legislación y Recitaciones del Derecho Civil en España*, Madrid, 1862.
22. Messineo, Francesco. *II Contrato in Genere. Trattato di Diritto Civile e Commerciale*. Volumen XXI. Tomo I, p.720. Ed. Dott Giufré, 1972.
23. Parra Quijano, Jairo. *Derecho Procesal Civil*. Tomo I. Parte General. Temis, 1992.
24. Salcedo Verduga, Ernesto. *El arbitraje: la justicia alternativa*. Editorial jurídica Míguez Mosquera, Ecuador, 2001.

25. Silva Romero, Eduardo. *El Contrato de Arbitraje*. Santa Fe de Bogotá: Legis Editores, 2005.
26. Silva Romero, Eduardo. *Breves observaciones sobre el principio “Kompetenze – Kompetenz”*, Universidad del Rosario. 2005.
27. Suescún Melo, Jorge. *Facultades de los árbitros para interpretar y aplicar normas de orden público. El contrato de arbitraje*. Universidad del Rosario. 2005.
28. Valdés Sánchez, Roberto. *El Pacto Compromisorio con Opción Múltiple*, Febrero, 2003.
29. Valdés Sánchez, Roberto. *Los elementos estructurales para la práctica de la Resolución Alternativa de conflictos*. Bogotá. 2002.

Bibliografía electrónica

30. http://www.revistajuridicaonline.com/index.php?option=com_content&task=view&id=321&Itemid=34 (Fecha de ingreso 10-Ene-2012)
31. <http://www.legaltoday.com/practica-juridica/penal/trust/que-es-un-trust> (Fecha de ingreso 23-Dic-2011)

