



FACULTAD DE DERECHO

EL ARBITRAJE EN EQUIDAD, COMO MÉTODO ALTERNATIVO DE SOLUCIÓN
DE CONFLICTOS

Trabajo de Titulación presentado en conformidad a los requisitos establecidos
para optar por el título de Abogada de los Tribunales y Juzgados de la República

Profesor Guía

Dr. Pablo Zambrano Albuja

Autora

Patricia Vera Nieto

2009

DECLARACIÓN DEL PROFESOR GUÍA

“Declaro haber dirigido este trabajo a través de reuniones periódicas con la estudiante, orientando sus conocimientos para un adecuado desarrollo del tema escogido, y dando cumplimiento a todas las disposiciones vigentes que regulan los Trabajos de Titulación”



Pablo Zambrano Albuja

Doctor en Jurisprudencia

C.C.: 1707216220

DECLARACIÓN DE AUTORIA DEL ESTUDIANTE

“Declaro que este trabajo es original, de mi autoría, que se han citado las fuentes correspondientes y que en su ejecución se respetaron las disposiciones legales que protegen los derechos de autor vigente.”

Patricia Vera Nieto

C.C.171057058-9

AGRADECIMIENTO

A Dios, por cada instante de mi vida

A mi familia por todo el amor y el incondicional apoyo que me han dado

Y a los maestros, académicos, árbitros y amigos que con su talento y experiencia contribuyeron en la elaboración de esta investigación

DEDICATORIA

A mi padre, quien me ha enseñado

Que con alegría y optimismo,

Cada día es una cumbre en la vida...

A mi madre y a mi hermana que con su

Constante apoyo son maravillosos

Pilares de mi existencia

RESUMEN

El Arbitraje en Equidad es una de las instituciones más antiguas de administración de justicia.

Desde los orígenes de la humanidad, ya en la biblia, hay historias en las que se recurría ante un tercero imparcial, para que, según su leal saber y entender resolviera un conflicto.

En Roma y en Grecia también se hablaba de Árbitros, que resolvían y decidían cuando las partes no se ponían de acuerdo respecto a algo en particular.

Es así como a medida en que las civilizaciones se iban desarrollando y con el paso del tiempo se va consagrando la institución arbitral, como un mecanismo de solución de conflictos, en el que las partes libre y voluntariamente renuncian a la jurisdicción que les compete y deciden someter sus controversias a la decisión de uno o varios terceros.

En un principio nace el arbitraje debido a la falta de organización estatal la cual carecía de normas y leyes que regularan todas las materias de los posibles conflictos, ahora el Arbitraje en Equidad se va fortaleciendo en la medida en que el ser humano se ve inmerso en conflictos que muchas veces las normas y los códigos no alcanzan a regular o a prever de forma justa.

El Arbitraje en Equidad, nace de la manifestación expresa de las partes, quienes mediante el convenio arbitral, pueden estipular el procedimiento, normativa o parámetros que los árbitros deberán seguir para direccionar el proceso.

Los árbitros que resuelven en Equidad, lo harán de conformidad con su leal saber y entender, aplicando los principios de equidad y la sana Crítica; y, en relación al procedimiento este será el que determinen las partes o el que regula la Ley.

La valoración y práctica de pruebas que se aporten durante el proceso, son de mucha importancia, debido a que en función de éstas los árbitros motivarán su decisión.

El laudo arbitral, no está obligado a ser sustentado en normas de derecho, pero, siendo un arbitraje en Equidad los árbitros aplicarán no solo principios de equidad y su sana crítica sino que resolverán tratando de llegar a una solución más humana y justa.

Summary

Equity Arbitration is one of the oldest institutions for the administration of justice.

Since the origin of humanity, including the bible, there were stories where an impartial party was appealed to resolve a conflict according to the best of his or her knowledge and belief.

In Rome and Greece, people also talked about arbitrators, who resolved and decided when the parties' didn't reach to agreements regarding to any particular issue.

Meanwhile the civilizations got developed and time consecrated the arbitration institution as a mechanism of conflict's solutions, in which the parties freely and voluntarily resign to the competent jurisdiction and decide to submit their controversies to the decision of one or several third parties.

At the beginning, the arbitration was born because of the lack of state organization regarding to regulations and laws which regulated all matters of possible conflicts. Now the equity arbitration has become stronger in the way the human being is immersed in conflicts, which mostly regulations and codes do not achieve to regulate or foresee in a fair way.

The equity arbitration has emerged from the express and common agreement of the parties, who through the arbitration clause could be specify the procedure, regulation or parameters which arbitrators should follow in order to guide the process.

Arbitrators which settle in equity will do it according to his or her best knowledge and belief, applying the equity principles and methodology for the appreciation of the evidence; and according to the procedure, it will be which the parties determine or the one which is regulated by the law.

The valuation and practice of the proofs, which will be contributed to the process are highly important because based on them, the arbitrator will motivate his or her settle.

The arbitration award does not has the duty to be supported by law regulations, but being an equity arbitration, the arbitrator will apply not only equity principles and his or her best knowledge and belief but will settle trying to reach to a human and fair solution.

INDICE

INTRODUCCIÓN	1
1. CAPITULO I “El Arbitraje como Método de Solución de Conflictos”	
1.1. Historia y Origen	3
1.2. Naturaleza Jurídica	23
1.2.1 Tesis Contractualista o Privatista	25
1.2.2 Tesis Jurisdiccionalista	28
1.2.3 Teoría Mixta o Ecléctica	29
Teoría Autónoma	30
1.3. Clasificación	31
1.3.1 Arbitraje Institucional y Arbitraje Ad Doc	31
1.3.2 Arbitraje en Derecho y Arbitraje en Equidad	34
1.3.3 Arbitraje Voluntario y Arbitraje Forzoso	38
Arbitraje Nacional y Arbitraje Internacional	39
1.4. Jurisdicción	42
1.5. El Convenio Arbitral	43
2. CAPITULO II “La Equidad”	
2.1. Análisis Filosófico de la Equidad	49
2.1.1 Platón y Aristóteles	49
2.1.2 Santo Tomás de Aquino, la Escolástica y el Racionalismo	52
2.2. La Equidad como Fuente del Derecho	54
2.2.1 División Aristotélica de la Igualdad	55
2.2.2 Equity Anglosajona	56
2.3. Aplicación de la Equidad	
2.3.1 Infra Legem, Practen Legem, Contra Legem	61
3. CAPITULO III “Principios Constitucionales y Legales del Arbitraje en el Ecuador”	
3.1. Historia del Arbitraje y su evolución en el Ecuador	64
3.2. Ley de Arbitraje Comercial de 1963	71

3.3. Análisis del Artículo 191 de la Constitución Política de la República del Ecuador	74
3.4. Clasificación del Arbitraje según la Ley de Arbitraje y Mediación	80
3.5. Arbitraje en Equidad	
3.5.1 Antecedentes Históricos	86
3.5.1 Procedimiento	90
4. CAPITULO IV “Análisis de Caso Práctico”	
4.1. Caso Práctico del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito	
4.1.2 Introducción al Caso	104
4.1.3 Demanda	105
4.1.4 Calificación y Citación	106
Contestación a la Demanda	107
El Tribunal Arbitral y la Declaración de Competencia	107
Pruebas	108
Laudo	126
Ampliación de Laudo	129
5. CAPITULO V “Legislación Comparada”	
5.1. El Arbitraje en Equidad en Colombia	131
5.2. El Arbitraje en Equidad en Argentina	139
6. CAPITULO VI “Propuesta para Reglamentar el Procedimiento de Arbitraje en Equidad”	
6.1. El Convenio Arbitral	146
6.2. La Selección de los Árbitros	147
6.3. Especificidad del Procedimiento	151
6.4. La Buena Fe de las partes en el Proceso Arbitral en Equidad	155
6.5. El Laudo Arbitral en Equidad	158
6.6. Ejecución del Laudo Arbitral en Equidad	164
6.7. La Acción de Nulidad del Laudo en Equidad	167
6.8. Recomendaciones	172

7. CAPITULO VII

7.1. Conclusiones	174
-------------------	-----

8. BIBLIOGRAFIA 177

9. ANEXOS “Entrevistas Árbitros”

9.1. Entrevista al doctor Roque Caivano (Argentina)	180
---	-----

9.2. Entrevista al doctor Diego Romero Ponce (Ecuador)	184
--	-----

9.3. Entrevista al doctor Ernesto Andrade Veloz (Ecuador)	192
---	-----

Introducción

Desde los orígenes de la humanidad, se preveía la posibilidad de que un tercero en virtud de su leal saber y entender y conforme la sana crítica, resolviera los conflictos de quienes de manera libre y voluntaria decidían acudir ante él.

Siendo esto símbolo de confianza y seguridad, los amigables componedores o árbitros en equidad actuaban en calidad de jueces, recurriendo a los principios de la equidad para emitir soluciones justas según cada caso.

Con el desarrollo de las sociedades, y en función de las diversas necesidades que con el transcurso del tiempo se van generando, la administración de justicia tradicional se ve inmersa en una crisis en la que la cantidad de causas genera la acumulación y demora de los juicios, lo cual crea cierta desconfianza y desinterés de quienes se ven obligados de someterse ante ella.

Es por ello, de donde surgen los métodos alternos de resolución de conflictos, como alternativas rápidas y confiables en los que prevalece la voluntad de las partes ante la decisión de un juez.

El Arbitraje en Equidad se consagra en la legislación ecuatoriana como mecanismo alternativo de solución de conflictos, mediante el cual las partes renuncian a la jurisdicción ordinaria y resuelven someter sus controversias existentes o futuras a la resolución de un Tribunal Arbitral.

Tribunal Arbitral que decidirá en virtud de su leal saber y entender, de la sana crítica y aplicando los principios de equidad antes que la norma de derecho, obligado al cumplimiento por lo dispuesto por las partes en el convenio arbitral de donde nace su competencia, y todo lo que no esté contemplado en dicho instrumento, se regirá conforme lo establece la Ley en cuanto al procedimiento.

Los árbitros se encuentran limitados tanto en cuanto lo han estipulado las partes, como en el procedimiento establecido en la Ley para el desarrollo del proceso, pudiendo flexibilizar y hacer una extensa apreciación de las pruebas, siempre y cuando lo crean procedente dependiendo del caso concreto.

El Laudo Arbitral que pone fin a la controversia, no está sujeto a ser motivado en la normativa de derecho, sin contraponerse a las normas del debido proceso, y contravenir el derecho a la legítima defensa de las partes y al orden público, tiene efecto igual que una sentencia ejecutoriada y de cosa juzgada de obligatorio cumplimiento para las partes.

El arbitraje en equidad, contempla la facultad de que los árbitros emitan laudos justos aplicables a las circunstancias específicas de cada caso, tratando de llegar al esclarecimiento de la verdad y por lo tanto hacer lo mejor para las partes.

Siendo la voluntad de las partes la piedra angular del Arbitraje y especialmente en Equidad, los Árbitros embestidos de mayor responsabilidad para motivar su laudo, deberán establecer los límites y los parámetros en función de los cuales resolverán respetando las normas del debido proceso y prevaleciendo los principios de la equidad, de aquí que, el laudo en equidad se torna más humano y justo.

HISTORIA Y ORIGEN

*¡Que el Dios de Abraham y el Dios de Najor sea nuestro juez!*¹

Le dijo Labán a Jacob cuando lo alcanzó luego de haberlo perseguido durante siete días porque había huído con sus hijas y sus nietos; y, luego de que cada uno hizo un montículo de piedras llamado montículo del testimonio denominado *Yegar Saduta* en arameo, lo cual eran piedras acumuladas por sus parientes y amigos junto a las que comían y permanecían dando fé de algo y en honor a la verdad.

En otra época en la mitología griega, el príncipe Paris, un joven lleno de fortalezas, entregado a su digna labor de pastor, hijo segundo de Priamo Rey de Troya, fue escogido como árbitro por Zeus Dios del Olimpo, para poner fin a la reñida controversia entre: Hera, poderosa Diosa reina del Olimpo y de todos los dioses de Grecia, símbolo de poder y belleza; Atenea, reina de la sabiduría protectora de la civilización griega con su desbordante conocimiento, guerrera espiritual y luchadora contra la ignorancia; y, Venus poderosa Diosa de la belleza y del amor, encarnación de la sensualidad y de la pasión.

Paris, tenía que decidir cual de las tres Diosas era la más hermosa, lo que determinaría quien de ellas sería la dueña de la manzana de oro, manzana caída del carruaje enviado por Zeus.

En el momento en que acudieron ante el Príncipe París, cada una de estas Diosas le ofrecieron uno de sus dones según las bondades que poseían cada una de ellas. Finalmente París, deslumbrado con el regalo que le concedería Venus,

¹Biblia, Génesis, 31.53

ofreciéndole la mujer más bella para que sea feliz y dichoso toda su vida, la eligió a ella como la Diosa más bella del Olimpo.²

La historia del Arbitraje parte desde tiempos remotos con la historia de la humanidad, cuando las personas acudían a donde uno o varios terceros imparciales, a quienes les tenían confianza para que les dieran una solución a su conflicto. Se considera que el arbitraje fue en un inicio la forma en que los pueblos acudían cuando todavía no existía la organización Estatal.³

El Arbitraje desde sus orígenes nace como una alternativa a la aplicación de la justicia, debido a la carencia de normativa establecida dentro de un régimen estatutario que regulara los distintos ámbitos del derecho cuando se trataba de solucionar una determinada controversia. Lo cual llevaba a las partes a acudir a un tercero que le pusiera fin.

Se puede considerar que al ser el arbitraje una forma de impartir justicia, los árbitros quienes son sus protagonistas son hombres que obran justamente y que aman las cosas justas.

Al respecto Aristóteles en su *Ética a Nicómaco*, establecía que la justicia particular consistía en dar cada uno lo suyo, siendo esto justamente el objeto del arbitraje, partiendo de la voluntad previa que otorgan las partes para dar origen al mismo.

² REPOLLÉS, José. "Las Mejores Leyendas Mitológicas". *EL Juicio de París*. Citado por Ernesto Salcedo Verduga, en su obra "El Arbitraje, Justicia Alternativa". Cit., pág. 30.

³ "Puede decirse que en un principio fue el arbitraje el modo en que los pueblos primitivos resolvían sus conflictos cuando aún no existía la compleja organización estatal" FENECH NAVARRO, M.: "Arbitraje en las relaciones comerciales entre empresarios de la Comunidad Económica Europea y de la América Latina". *Rev. LA LEY*. 1.983-3. Citado por José María Roca Martínez, en su obra "Arbitraje e Instituciones Arbitrales". Cit., pág. 18.

En el capítulo tercero de la mencionada obra, Aristóteles trata “De la justicia que consiste en los repartimientos” aparece ya una implícita referencia de que cuando existen contiendas, quienes juzgan lo hacen conforme a la dignidad y a la nobleza, siendo estas cualidades que no solo son tomadas en cuenta en quien las demuestra, sino también cualidades que deberán tener quienes las juzgan. Si la dignidad y la nobleza destacadas en una persona eran cualidades a resaltar, se podría considerar que quien las poseyera era capaz de gobernar, decidir o juzgar; y, se entendería que por obvias razones no sería sobre sí mismo sino sobre una contienda ajena, es decir sería este juez o un tercero.

“Pues de aquí nacen las bregas y contiendas, cuando los que son iguales no tienen iguales cosas, o cuando los que no lo son las tienen y gozan...Porque todos a una voz confiesan que lo justo en los repartimientos se ha de repartir conforme a la dignidad de cada uno; pero en que consiste esta dignidad, no conforman todos en un parecer, sino que en el pueblo que por gobierno de toda la comunidad se rige, pretenden que consiste en la libertad; donde pocos y poderosos gobiernan, juzgan que consiste en las riquezas, y otros en la nobleza del linaje; más donde los buenos gobiernan, júzgase que consiste en la virtud.”⁴

Así mismo Aristóteles en el referido capítulo, hace alusión a que será el juez quien dispondrá que quien haya hecho un mal afectando al otro, sea quien tenga que satisfacer y enmendar por dicho mal.

En este caso ya se refiere a que lo justo es lo que corrige y enmienda los contratos o las obligaciones contraídas entre las partes, y el medio entre lo que sería causar un perjuicio u obtener una ganancia, estableciendo así que:

⁴ ARISTÓTELES, “Ética a Nicómaco” Libro V, Capítulo tercero “De la Justicia que consiste en los Repartimientos”

“Y así, cuando dos contienden sobre esto, luego acuden al juez, y ir al juez es lo mismo que ir a lo justo. Porque el juez no se pretende que es otra cosa sino una justicia que habla. Y buscan un juez medio, y aun algunos lo llaman medianeros...”

En este caso, más que hacer mención a “medianeros” como los llama el sabio autor, es pertinente hacer una relación con los Árbitros y la Institución Arbitral, existiendo así una figura que puede conllevar a acudir al arbitraje como un mecanismo para solucionar un conflicto ya en aquellos tiempos.

Luego en el derecho romano clásico el manifestar la voluntad de querer someterse a la justicia arbitral, influía para determinar la condición y las intenciones de una persona.

Es decir si una de las partes, se negaba a someterse al arbitraje no solo implicaba cierta duda sobre su responsabilidad dentro del conflicto sino también cuestionaba su condición ética y moral además de debilitar la credibilidad del ejercicio de sus propios derechos.⁵

En el derecho Justiniano, nace el “principio de habilitación de las partes” que se refiere a que la fuerza del fallo o laudo arbitral, dependía del acuerdo establecido por las partes en base al cual se daba origen al arbitraje.⁶

⁵ “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.” GAMBOA MORALES, Ernesto.: “El Arbitraje en Equidad”. Cit. Pág. 6.

⁶ “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” GAMBOA MORALES, Ernesto.: “El Arbitraje en Equidad”. Ediciones Academia Colombiana de Jurisprudencia, Santa Fé de Bogotá 2003.

Así mismo en la Sociedades Primitivas, en donde los conflictos se solucionaban haciendo uso de la fuerza y de la venganza privada, con la evolución histórica surge el Arbitraje como un método para solucionar los conflictos.⁷

En Grecia⁸ surge el arbitraje hacia el año 1520 AC, mediante el cual se resolvían los problemas entre los grupos étnicos y en donde además de estos, se solucionaban las causas criminales y públicas con la resolución de árbitros que eran de carácter público.

Las ciudades Estados sometían las controversias surgidas entre estas, respecto de temas de poca importancia a arbitrajes realizados en ciudades neutrales.

El historiador Solón, decía que los ciudadanos que tuviesen diferencias en sus negocios podían escoger un árbitro de mutuo acuerdo, quien pondría fin a la controversia. Siendo esta resolución obligatoria y no apelable ante los tribunales.

En la medida de que el derecho evoluciona y mientras se da la consolidación de la organización del Estado, el arbitraje se va fortaleciendo y adquiriendo carácter obligatorio formando parte del sistema jurídico de las ciudades Estado

En Roma, cuna de las civilizaciones y donde nace el derecho romano que nos dejó un gran legado para el derecho en general, el arbitraje era considerado un mecanismo privilegiado para resolver conflictos. Siendo además de donde proviene el mayor aporte al otorgar la potestad de administrar justicia no solamente a quienes eran gobernantes o tenían algún poder especial.⁹

⁷ MONROY, Marco.: "Arbitraje Comercial", Editorial Temis. 1982, pág. 8. Citado por Ernesto Salcedo Verduga, en su obra "El Arbitraje, Justicia Alternativa". Cit., pág. 31.

⁸ SALCEDO VERDUGA, Ernesto.: "El Arbitraje, Justicia Alternativa". Cit., pág. 32.

⁹ SALCEDO VERDUGA, Ernesto.: "El Arbitraje, Justicia Alternativa". Cit., pág. 33.

*Eugene Petit*¹⁰, haciendo un análisis del procedimiento romano y de los sistemas en base a los cuales se administraba la justicia, determinando la diferenciación que existía entre los jueces y los árbitros.

Acorde a las acciones de la ley y el procedimiento formulario habían dos clases de jueces: para los primeros terminaba su función cuando emitían la sentencia y los jueces que conformaban tribunales permanentes.

Dentro de los jueces designados estaban: los *iudex*, el *arbiter* y los *recuperatores* quienes dependiendo del tema que se tratara serían asignados para resolver.

Para los casos que debían resolverse en estricto derecho se designaba un juez; y, para los que la resolución debía ser basada conforme la buena fe se designaba árbitros, quienes en este caso se caracterizaban por tener extensos poderes.

Las características principales del arbitraje en el derecho romano eran las siguientes: primero la existencia de la voluntad previa de las partes para someter cualquier futura controversia al arbitraje; y, por otra parte la facultad que tenían los árbitros era para decidir, más no para hacer ejecutar lo juzgado.¹¹

Es decir ya en Roma el arbitraje tiene su origen en la voluntad manifiesta de las partes, quienes otorgaban la facultad a un tercero para resolver cualquier controversia que surgiera de una determinada relación entre estas, no obstante los árbitros no podían hacer cumplir la resolución que de ellos emanará, pues se entendería que dicha decisión final sería aceptada y por lo tanto cumplida al ser emitida por una persona o por medio de un mecanismo al que las partes han querido someterse.

¹⁰ PETIT, Eugene.: "Tratado Elemental de Derecho Romano", Buenos Aires, Argentina. Albatros, 1978, págs. 860-861. Citado por Ernesto Salcedo Verduga, en su obra "El Arbitraje, Justicia Alternativa". Cit., pág. 33.

¹¹ DUQUE, Emilio.: "Del Arbitramento Mercantil" Medellín, Beta, 1976, págs. 12-15. Citado por Ernesto Salcedo Verduga, en su obra "El Arbitraje, Justicia Alternativa". Cit., pág. 34.

En el Derecho Romano se diferencian los procesos en Públicos y Privados, siendo característica de los privados la intervención de la voluntad de partes particulares, casos en los cuales se encomienda la decisión a un órgano privado, que dichos particulares eligen o aceptan; y, además decisión a la cual se obligan a acatar.¹²

Ernesto Salcedo, establece que en Roma en la medida de que el arbitraje va desarrollándose surgen distintas formas de arbitraje como así también: particularidades dentro del mismo que generan incluso la facultad a las partes de establecer sanciones por el incumplimiento del fallo arbitral; y, de decidir si acataban o no dicho fallo. A este se lo denominaba Arbitraje Obligatorio.

El Arbitraje Privado surge en virtud de dos clases de pactos pretorios: el compromiso y el *receptum arbitrii*.

En el proceso clásico Romano se delimitaron dos ámbitos en base a los cuales se regía la administración de justicia: por un lado era el magistrado aplicador de sanciones conforme las violaciones de derecho que eran de interés social y común; y, por otra parte el "*controlador del proceso*" quien daba a las partes gran importancia dentro del mismo.¹³

Pese a los cambios que surgen en el Imperio, debido a que en esta etapa prevalece el imperio del magistrado quien evalúa todas las alegaciones y emite las resoluciones, subsiste la posibilidad de que las partes escojan someter sus controversias ante un tercero designado de mutuo acuerdo.

El compromiso, era acuerdo porque las partes establecían que someterían sus controversias a la decisión de un particular en quien confiaran, y no a la decisión de los jueces o administradores municipales de justicia.

¹² FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara y LEONARDI DE HERBÓN, Hebe.: "El Arbitraje" Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998. Pág.38.

¹³ FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara y LEONARDI DE HERBÓN, Hebe. Ob. Cit. pág 38.

El *Receptum arbitrii*, era “aceptar el papel de árbitro entre las dos partes litigantes” lo cual no era un deber de ninguna de las partes, pero que quien aceptaba el cargo quedaba obligado a desempeñarlo.

Las clases de árbitros en Roma¹⁴, fueron:

1. *Arbiter Compromissarius*.- escogido por las partes quienes además le enseñaban las penas que serían impuestas.
2. *Arbiter Juratus*.- escogido por las partes, determinaban la pena a la cual debían acatarse obligatoriamente.
3. *Arbiter Ex Nudo Pacto*.- Escogido por las partes, pero en este caso tenían la libertad de aceptar o rechazar el laudo.
4. *Arbiter Sententia*.-árbitro escogido por el pretor, encargado de tratar específicamente temas respecto a cuentas y tasaciones.
5. *Arbiter in causis bonae*.- escogido por el pretor, juzgaba solo acciones *bonae fide*.
6. *Arbiter in contractibus*.- escogido por las partes, corregía errores en los contratos.
7. *Judex pedaneus*.- era escogido por el pretor.

Estas clases de árbitros se crean para delimitar sus facultades y potestades, lo que hacían las partes o el pretor, estableciendo las funciones y las materias sobre las que estos resolverían, con lo que evidentemente se otorga al arbitraje mayor fuerza y carácter dentro del ordenamiento jurídico establecido en el Estado.

¹⁴ CERÓN CORAL, Jaime. Ob. Cit. págs. 20-21. Citado por Ernesto Salcedo Verduga, en su obra “El Arbitraje, Justicia Alternativa”. Cit., pág. 35.

En el derecho eclesiástico también existieron características del arbitraje, donde los primeros cristianos que desconfiaban de la justicia romana, preferían acudir a los obispos para que resolvieran sus controversias.¹⁵

En la Edad Media en los siglos XIII y XIV el arbitraje existe como un mecanismo de carácter privado para solucionar controversias, al que los burgueses, artesanos y comerciantes sometían sus conflictos buscando justicia entre los de sus gremios, en los grandes señores, en los reyes o en sus delegados.

A medida que el poder real aumentaba se acudía a los reyes para que fueran árbitros o a su vez autorizarán el sometimiento al arbitraje llegando incluso a ser sustituido por la justicia pública.

Es aquí donde la burguesía, acude al arbitraje por ser una forma rápida, confiable y segura en base al cual se resolvían los conflictos que surgían en las relaciones entre los comerciantes.¹⁶

En España, en el Fuero Juzgo se reconoce al arbitraje, en el que se considera al árbitro como una especie de juez; y, se crea un tipo especial de arbitraje en el que los reyes eran quienes designaban a los árbitros, los cuales tenían por objeto lograr alcanzar un avenimiento entre las partes, es en este caso en donde nace la figura de los amigables componedores.

Es aquí en donde comienza una diferenciación entre los fallos arbitrales emitidos en derecho y en conciencia con lo cual se distinguiría a los árbitros de los amigables componedores, esta distinción nace y fue contemplada en el Fuero Juzgo, trascendido en las Siete Partidas, en el siglo XVIII.¹⁷

¹⁵ SALCEDO VERDUGA, Ernesto. Ob. Cit. pág. 36.

¹⁶ AYLWIN AZÓCAR, Patricio.: "El juicio arbitral" Santiago, Editorial jurídica de Chile, pág. 71. Citado por Ernesto Salcedo Verduga en su obra "El Arbitraje, Justicia Alternativa". Cit., pág. 36.

¹⁷ GAMBOA MORALES, Ernesto. Ob. Cit. pág 7.

Es en la Ley 23 de la Partida Tercera del libro de las Siete Partidas, en la que se creó un importante Reglamento Arbitral en el que se establecía y se clasificaba a los árbitros que resolvían en derecho y quienes lo hacían en función de su conciencia y mejor entender.

Estos fallos dictados en base al mejor parecer de los árbitros eran desapegados a las normas de derecho y a la costumbre, constituyeron precedentes vinculantes en la administración de Castilla.¹⁸

Es en esta parte de la historia en donde se consolida el arbitraje y su jurisdicción, estableciéndose la distinción entre amigables componedores denominados también arbitadores; y, los avenidores que resolvían en derecho.

Así mismo es en el Fuero Juzgo en donde se le otorga a los laudos arbitrales fuerza ejecutiva y valor de cosa juzgada, siendo en el Fuero Real en donde se atribuyen las características y facultades a los alcaldes para establecer al arbitraje como un procedimiento general.¹⁹

Sin embargo a esta distinción, existía un problema fundamental respecto al laudo arbitral, el que pese a ser emanado por los árbitros, no podía ser ejecutado por los mismos. Es por esto que a finales de la edad media comienza a establecerse el procedimiento de homologación ante el juez, quién proveía a la sentencia arbitral la fórmula para su ejecución.²⁰

En Francia, antes de la Revolución, se imponía el arbitraje forzoso para determinados casos en los que las controversias trataran de diferencias entre mercaderes, particiones entre parientes cercanos; y, sobre cuentas de tutelas y administración.

¹⁸ MARICHALAR, "Historia de la Legislación y Recitaciones del Derecho Civil en España, Madrid 1862. Citado por Ernesto Gamboa en su obra "El Arbitraje en Equidad". Ob. Cit. pág.8.

¹⁹ FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara y LEONARDI DE HERBÓN, Hebe. Ob. Cit. pág 40.

²⁰ SALCEDO VERDUGA, Ernesto. Ob. Cit. pág. 37.

Este arbitraje forzoso debía ser resuelto por una o más personas las que eran elegidas por las partes o por el juez.

Dentro de este ámbito y conjuntamente con los principios y derechos invocados por la Revolución en donde constan el de razón y de justicia, surge el arbitraje como una institución que vuelve dentro de la aplicación de la justicia como el ideal de fraternidad entre los hombre.²¹

Es por esto que en la Ley del 16 y 24 de agosto de 1790²² se establecen normas concernientes al arbitraje dentro de las cuales se establece: que el arbitraje es la forma más “Razonable” en la que los ciudadanos resuelvan sus controversias, en lo cual los legisladores no podían hacer ninguna acción que disminuyera o debilitara el compromiso previamente establecido entre las partes.

Con lo que es evidente el fortalecimiento que quienes administraban justicia le iban otorgando al arbitraje siendo un método eficaz y de mucha veracidad tomando en cuenta la voluntad de las partes, tanto así que los magistrados no podían interferir en ello.

En el referido cuerpo legal también se establecen todas las controversias que podían ser sometidas al arbitraje siendo éstas únicamente las de orden privado y además se determina la inapelabilidad de los laudos arbitrales, salvo los casos en los que el compromiso entre las partes haya tenido reservas respecto al tema.

En esta misma época se establece un Tribunal Familiar que trataba cuestiones y litigios relevantes a la familia, con lo que se hace referencia y relación a la figura que tenían los árbitros, siendo distintos a los jueces pese a emitir laudos con las

²¹ FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara y LEONARDI DE HERBÓN, Hebe. Ob. Cit. pág 42.

²² FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara y LEONARDI DE HERBÓN, Hebe. Ob. Cit. pág 42.

misma fuerza de las sentencias pero que, pese a ello solucionaban los conflictos y controversias de manera pacífica.²³

El incremento de las relaciones comerciales y el desarrollo económico, social que se dieron durante la revolución influyeron en el fortalecimiento del arbitraje, consagrándolo como principio constitucional por la Asamblea Constituyente instaurada en esa época, la que además estableció que el Arbitraje era una de las maneras más razonables para terminar los litigios entre los ciudadanos.²⁴

En 1806 se dio el primer caso de Juntas de Conciliación, denominadas Colegios de Árbitros, las que estaban conformadas por reconocidos hombre honorables que ejercían la función de sugerir a las partes para solucionar sus conflictos, lo que conllevó a que posteriormente se diera una organización entre estas entidades y la intervención estatal.²⁵

Etapa en la que se llegó a prever en la Ley el proceso de conciliación y arbitraje para resolver conflictos laborales, lo que con el transcurso del tiempo en 1936 no solamente da la oportunidad a los trabajadores a solucionar de una manera amigable y a otorgar la facultad de decidir a una persona en la que confiarán, sino que surgen estos dos métodos de solucionar conflictos como una opción previa a iniciar las huelgas.

Finalmente en 1950 se modifica la referida Ley, y se consagra a la conciliación, la mediación y al arbitraje como métodos para solucionar conflictos, siendo estos de carácter obligatorio en los dos primeros casos y voluntario en el arbitraje.

Actualmente el arbitraje es reconocido en los Estados como una forma célere y eficaz para solucionar conflictos, no solamente como mecanismo alternativo para

²³ FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara y LEONARDI DE HERBÓN, Hebe. Ob. Cit. pág 42

²⁴ SALCEDO VERDUGA, Ernesto. Ob. Cit. pág. 37.

²⁵ CERÓN CORAL, Jaime. Ob. Cit. págs. 23. Citado por Ernesto Salcedo Verduga, en su obra "El Arbitraje, Justicia Alternativa". Cit., pág. 37.

no recurrir a la justicia ordinaria sino también como un órgano administrador de justicia pudiendo llegar a sustituir al Poder Judicial, debido a la ineficacia y congestión que se ha constatado en éste.²⁶

Es por esto que el Estado dentro de la aplicación del derecho y del orden público, ha investido a los árbitros de jurisdicción y competencia lo cual se encuentra debidamente regulado mediante normas que determinan y limitan el Arbitraje. Se consagra como obligatorio el sistema arbitral, a partir del reconocimiento de la Lex Mercatoria en los distintos Tratados y Convenciones Internacionales, teniendo como antecedente las relaciones entre los comerciantes quienes preferían someterse a sus costumbres y a un sistema jurídico que tomara en cuenta sus necesidades.²⁷

El origen del arbitraje así mismo se remonta a los inicios de las relaciones de los seres humanos, partiendo de que la esencia de cada ser humano es distinta a la de los otros, siempre han existido y existirán distintas formas, de pensar, de querer y de parecer.

“De hecho, lo que nos lleva a comunicarnos son, precisamente, los distintos modos de ver las cosas.”²⁸

El conflicto es una de las razones por las cuales surge el arbitraje, como lo menciona el doctor Roque Caivano en su libro “El Arbitraje” son estas diferencias parte de la vida misma y parte del desarrollo de las personas que permiten crear un ambiente de equilibrio y bienestar en la sociedad.

²⁶ SALCEDO VERDUGA, Ernesto. Ob. Cit. pág. 38.

²⁷ Zamora Sánchez, Pedro. “El arbitraje comercial internacional en México”. Artículo publicado en el Libro “El Arbitraje en el Derecho Latinoamericano y Español” Citado por SALCEDO VERDUGA, Ernesto. Ob. Cit. pág. 39.

²⁸ Caivano, Roque, “el Arbitraje”, 2da Edición, 1era reimpresión, Buenos Aires, Ad hoc, 2008, pag 21.

Partiendo de este análisis, y de que la existencia de los conflictos ha sido algo que ha acompañado a la humanidad, la justicia ordinaria se fue sobrecargando con las distintas causas llevadas ante ella siendo esto la causa de la demora en emitir resoluciones que pongan fin a las controversias, lo cual desde tiempos remotos y mucho más en la actualidad ha ido fortaleciendo al arbitraje, consagrándolo como un mecanismo no solamente auxiliar, sino también con propia fuerza y facultad para administrar justicia contribuyendo al mejoramiento del sistema judicial.

El Arbitraje es un mecanismo alternativo para solucionar conflictos en el que las partes a falta de acuerdo acuden ante un tercero que ponga fin a la controversia, quien impone dicha resolución a las partes siendo ésta de obligatorio cumplimiento.

A diferencia de la Mediación, en la que se trabaja conjuntamente con la guía y la asistencia de un mediador para llegar a una solución, en el arbitraje los árbitros no ayudan a las partes a encontrar una solución ni trabajan conjuntamente con ella, sino son las partes quienes deben fundamentar todos sus argumentos de hecho y de derecho, los cuales deberán ser debidamente probados durante el proceso, para que toda vez que los árbitros tomen conocimiento y consideración de estos emitan el laudo que pondrá fin al conflicto y que tendrá efectos de una sentencia ejecutoriada y de cosa juzgada.

La estructura del Arbitraje es similar a la de un litigio, comparación realizada por el doctor Caivano en la obra citada, otorgándose a los árbitros las facultades que posee un juez de la justicia ordinaria, quienes luego de evaluar todas las pruebas presentadas por las partes: emiten una sentencia. Pero que, no obstante de las similitudes del arbitraje y de los procesos del sistema judicial existe una diferencia trascendental entre estos, la cual es que finalmente en el Arbitraje quienes emiten la resolución o laudo con efectos de sentencia no son jueces que pertenecen ni

tampoco asignados por el Estado sino particulares escogidos por las partes para resolver sobre una determinada controversia.²⁹

Las características principales del arbitraje son la celeridad, confidencialidad, participación e intervención activa de las partes dentro del proceso, la eficacia en resolver la controversia, la imparcialidad y objetividad de los árbitros, los cuales en la mayoría de los casos son escogidos por los interesados, siendo estas particularidades que conllevan a que el aporte de los métodos alternos de solución de conflictos y específicamente del arbitraje a la función judicial no sea solamente el de descongestionar la administración de justicia, sino también que en un futuro sirva de filtro para que sean solamente las causas no susceptibles de transacción las que se sometan ante los jueces estatales.

Este es un aporte constatable en la legislación Argentina, en la cual no precisamente es el arbitraje sino la mediación, la que es de carácter obligatorio en la etapa prejudicial en asuntos civiles, comerciales y laborales; la cual les otorga a las partes la posibilidad de solucionar su conflicto como un requisito previo a la admisibilidad de la demanda.³⁰

Se puede tomar como ejemplo esta contemplación en el derecho argentino que utiliza como filtro a la mediación, consagrándola como un requisito previo a dar trámite a una demanda, lo cual lógicamente es un mecanismo mucho más rápido que permite a las partes llegar a un arreglo sino que además tiene menor costo que el iniciar un proceso judicial.

El doctor Salcedo Verduga³¹, haciendo un análisis en su obra respecto a las ventajas del arbitraje, destaca a la rapidez del procedimiento arbitral, siendo esta

²⁹ Caivano, Roque. Ob. Cit., pág 33.

³⁰ Caivano, Roque. Ob. Cit., pág 32.

³¹ SALCEDO VERDUGA, Ernesto. "Ventajas del Arbitraje" Ob. Cit. pág. 20.

una de las características que contribuyen a destacarlo frente a la lentitud en la resolución de las causas en la función judicial.

Así mismo resalta la economía de los procesos arbitrales en comparación con los procesos ante la justicia ordinaria.

Si bien es cierto los costos arbitrales dejando de lado el Centro de Arbitraje en el que será iniciado, tienden a ser un poco más altos que el aparente costo de un proceso judicial, sin embargo a esto el costo total de un proceso arbitral parte de su cuantía y del número de árbitros que conformarán el Tribunal arbitral, siendo único y exclusivo de cada caso el valor que este tendrá.

La práctica de diligencias probatorias igualmente tendrá un costo adicional el que será cubierto según lo establezcan o lo soliciten las partes. Aparentemente sería el arbitraje una forma de acudir a la justicia un poco más onerosa que la manera tradicional, pero no hay duda de que será un proceso mucho más corto, el cual en el caso de la Legislación ecuatoriana no será mayor a 150 días, pudiendo ser prorrogados hasta por 150 días, en casos estrictamente necesarios, a petición de las partes o de oficio por el Tribunal Arbitral, conforme lo establece la Ley³², marcando esto una gran diferencia con cualquier juicio seguido ante la justicia ordinaria.

Si analizamos el valor de mantención de un proceso legal por un tiempo mínimo de dos años, sin ninguna distinción respecto a su cuantía, tomando en cuenta los honorarios de los abogados patrocinadores, el costo de las diligencias probatorias que se vayan presentando dentro del proceso, y cualquier otro gasto imprevisto

³² “Art. 25: Una vez practicada la Audiencia de Sustanciación y declarada la competencia del Tribunal, éste tendrá el término máximo de ciento cincuenta días para expedir el laudo.

El término podrá prorrogarse, en casos estrictamente necesarios, hasta por un periodo igual, ya por acuerdo expreso de las partes, ya porque el tribunal lo declare de oficio.” Ley de Arbitraje y Mediación, REGISTRO OFICIAL NO. 145 del 4 de septiembre de 1997 y reforma REGISTRO OFICIAL NO. 532 de 25 de febrero de 2005.

que se dé durante este tiempo, serán seguramente muchos más altos que los de un procedimiento arbitral.

Se destaca como otra característica del arbitraje la Especialidad en las distintas materias que se tratan y se someten a este. Tomando en cuenta las distintas relaciones jurídicas y comerciales existentes los árbitros podrán ser escogidos por las partes considerando la especialidad y experiencia en la materia que caractericen a cada uno de ellos; y, obviamente tenga relación con el conflicto.

La privacidad y la confidencialidad son también características fundamentales de los procesos arbitrales, los cuales tienen por objeto el no exponer a las partes a mal intencionadas actuaciones e interpretaciones públicas que afecten los intereses de los mismos no solamente en el aspecto comercial o profesional sino en su aspecto personal y a su privacidad.

El doctor Salcedo Verduga, dentro de las ventajas del arbitraje hace un interesante análisis respecto al “Exhaustivo análisis del caso sometido a decisión”³³.

Trae a colación la congestión existente ante la justicia ordinaria, que muchas veces no permite que los jueces hagan un análisis minucioso y exhaustivo de la materia de la controversia.

En este caso los árbitros, llevan un análisis profundo y objetivo que permite determinar la causa y el origen de una sola controversia, específicamente para lo que han sido designados.

La inmediatez es otra ventaja destacada por el mencionado autor, ya que a diferencia de la intervención de las partes en el desarrollo del proceso ante la justicia ordinaria, en el Arbitraje existe total inmediatez entre las partes y los árbitros quienes realizan la práctica de todas las diligencias con la participación de

³³ SALCEDO VERDUGA, Ernesto. “Ventajas del Arbitraje” Ob. Cit. pág. 22.

las dos partes a lo largo de todo el procedimiento, fortaleciendo esto la transparencia del proceso.

La resolución de los árbitros respecto de la materia siempre y cuando ésta sea transigible es universal, lo que permite someter al arbitraje cualquier tipo de controversias que tengan la referida característica. Sin hacer ningún tipo de diferenciación respecto a la clase del conflicto ni al Centro al que deba ser sometido.

Finalmente y considero una de las características más importantes es la confiabilidad en la resolución o laudo emitido por el Tribunal, la que será mucho más factible de acatar partiendo de que emana de alguien que ha sido previamente escogido, ya sea directamente o por el simple hecho de habersele otorgado la facultad y potestad para decidir.

Existen muchas definiciones de arbitraje, las que de una u otra manera tratan de explicar o destacar alguna particularidad de lo que es.

Al respecto cabe destacar la más esencial que es la de la Ley de Arbitraje y Mediación publicada en el Registro Oficial No. 145 del 4 de septiembre de 1997, la que establece en el artículo 1 que el sistema arbitral es:

“El sistema arbitral es 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.”

Por tanto el arbitraje es un método alterno de resolución de conflictos en el que las partes acuden a uno o varios terceros imparciales para que pongan fin a determinada controversia. Se trata de un mecanismo heterocompositivo³⁴ en el

³⁴ Caivano, Roque, Ob. Cit. pág. 48

que la decisión final que termina con la controversia emana de un tercero, quien determina en la medida respectiva lo que corresponde a cada parte.

Sin embargo de que el arbitraje es un método heterocompositivo, es importante destacar que su jurisdicción y competencia nace de la autocomposición, establecida por las partes en el convenio arbitral.

Así lo conceptúa Alvarado Velloso es la siguiente definición:

“Modo de heterocomposición de conflictos que opera como resultado respecto de ellos y al cual se llega exclusivamente si media, al menos, un principio de autocomposición de los propios interesados, mediante el cual aceptan plantear su litigio al árbitro y, eventualmente, acatar su decisión”³⁵

La heterocomposición del arbitraje parte de un acuerdo previo y voluntario entre las partes, quienes deciden someter cualquier futura o existente controversia a la decisión de un árbitro.

Otra definición interesante referida por el doctor Caivano es la que hace el autor francés Jean Robert, en la que considera al arbitraje como un constituyente de justicia de carácter privado, que extrae los litigios de la justicia común, para que sean resueltos por *“individuos revestidos, por las circunstancias, de la misión de juzgar”³⁶*

Tomando el precedente análisis se hace referencia a la voluntad de las partes de investir a los árbitros de jurisdicción y competencia; y, de someter al arbitraje sus controversias, delimitando el ámbito en el que estos juzgarán y sobre todo estableciendo dentro del marco jurídico privado la resolución de su causa, con lo que se elimina el sometimiento de dicha controversia ante la justicia ordinaria.

³⁵ Alvarado Velloso, definición citada por Roque Caivano, Ob. Cit. pág. 48.

³⁶ Caivano, Roque, Ob. Cit. pág. 49.

Es lo que le otorga al arbitraje el carácter excluyente, debido a la existencia expresa de la voluntad de las partes de someter su controversia ante los árbitros y no ante los jueces de la justicia ordinaria, con lo que se desplaza la potestad de juzgar de los jueces del Estado a los Tribunales privados arbitrales.³⁷

Además de la definición analizada, se consigna la de Bernardo M. Cremades quien establece que:

“Por medio del arbitraje una o más personas dan solución a un conflicto planteado por otras que se comprometen previamente a aceptar su decisión”

Es evidente que la mayoría de autores coinciden y establecen la importancia de la voluntad de las partes para someter sus controversias al arbitraje, de donde esencialmente parte su origen y sin lo cual sería imposible su procedencia.

De igual forma la mayoría de definiciones sobre arbitraje coinciden en que se trata de un mecanismo alternativo de solución de conflictos, en el que la jurisdicción y la competencia otorgada a quienes eventualmente resolverán sobre la competencia, nace de la voluntad de las partes, es decir emana de particulares y no del poder Estatal.

Una definición sencilla pero concisa es la que establece Jaime Guasp, quien considera que el arbitraje: *“es la resolución de un conflicto que se lleva a cabo por un tercero a cuya decisión las partes se someten voluntariamente”*³⁸

Varios autores destacan que es muy difícil limitar al arbitraje a una sola definición; y, a esto se refieren específicamente el doctor Roque Caivano y el doctor Ernesto Salcedo Verduga, quienes hacen referencia a la coincidencia de distintos autores

³⁷ Roca Martínez, José María, “Arbitraje e Instituciones Arbitrales” pág. 27.

³⁸ Guasp, Jaime. “Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil española”, Aguilar, Madrid, 1950. Obra citada por Ernesto Salcedo Verduga, Ob. Cit. pág. 29.

quienes creen que el Arbitraje no es una institución a la cual se pueda entrar haciendo referencia a una sola definición.³⁹

Dicha coincidencia nace del análisis del estudio y evolución a lo largo de la historia del arbitraje. Dentro de lo cual no se puede dejar de lado a la negociación y de la mediación como fases o etapas antecedentes a las que eventualmente se puede previo al arbitraje, sin ser estas de carácter obligatorio o un requisito para la procedencia del mismo, son métodos autocompositivos en base a los que, en caso de no haber acuerdo alguno sobre el conflicto, se puede originar el arbitraje. Por ejemplo cuando no existe un convenio arbitral, y la relación entre las partes no es lo más saludable, en la conclusión de un proceso de Mediación mediante Acta de Imposibilidad se puede determinar y expresar la voluntad de las partes para someter su controversia a la decisión de un Tribunal Arbitral.

Es por esto que pese a existir varias definiciones de arbitraje, no se puede limitar a una sola, debido a los antecedentes y a la trayectoria, que conforme se fueron presentando las distintas necesidades y la existencia de conflictos dieron origen al procedimiento arbitral.

NATURALEZA JURÍDICA DEL ARBITRAJE

El Arbitraje es una institución que ha sido considerada como compleja⁴⁰ debido a los componentes que conforman su naturaleza jurídica.

Tiene su origen en un acuerdo de voluntades, mediante el cual las partes someten sus controversias susceptibles de transacción a la decisión de uno o varios terceros; este acuerdo se le denomina Convenio Arbitral. La aceptación manifiesta de los terceros es lo que los obliga a resolver sobre la controversia para la cual

³⁹ Caivano, Roque, Ob. Cit. pág. 48; y, ³⁹ SALCEDO VERDUGA, Ernesto. Ob. Cit. pág. 28.

⁴⁰ PIETRO CASTRO, cuatro elementos fundamentales: el compromiso, el receptum arbitri, el procedimiento arbitral y, en su caso, la ejecución."Una nueva regulación del arbitraje." En trabajos y Orientaciones de Derecho Procesal. Madrid, 1964. Pag. 450. Obra citada por Roca Martínez, José María, "Arbitraje e Instituciones Arbitrales" pág. 37.

han sido escogidos, los cual constituye el *receptum arbitri*. Una vez que se inicia y se desarrolla el procedimiento del arbitraje, éste concluye con la emisión del laudo el que pone fin a la controversia y equivale a una sentencia ejecutoriada y de cosa juzgada igual a una sentencia de última instancia expedida por jueces ordinarios, pudiendo ser ejecutado siguiendo la misma vía que dichas sentencias.

La determinación de la naturaleza jurídica del arbitraje ha sido objeto de extensos análisis tomando como punto de partida la ubicación que este tiene dentro de la división establecida por el derecho romano respecto del derecho objetivo en: derecho publico y privado, llevando esto a la polémica discusión acerca de si en efecto el arbitraje es una institución que pertenece al derecho público o al derecho privado.

Como consecuencia se han generado dos grandes tendencias, una de ellas que sostiene la concepción privada del arbitraje partiendo de que éste nace de la existencia de un contrato celebrado por las partes; y, la tesis jurisdiccionalista que destaca al arbitraje como una institución de derecho público. No obstante de la existencia de estas dos tendencias, existen otras teorías que dieron origen a las tesis intermedias las cuales nacen como fruto de las dos tesis contractualista y jurisdiccionalista, tomando ciertas características de cada una de estas.⁴¹

El doctor Ernesto Salcedo, en la citada obra, divide a las teorías que tratan acerca de la naturaleza jurídica del arbitraje en: dos tesis principales –*Contractualista y Jurisdiccional*- que tratan la ubicación del arbitraje, teniendo la una el ámbito del derecho Privado y la segunda enmarcándolo específicamente dentro del Derecho Público. Así mismo hace referencia a dos tendencias que por el contrario establecen que no es posible encasillar al Arbitraje dentro de una de las dos

⁴¹ ROCA MARTINEZ, José María, “Arbitraje e Instituciones Arbitrales” pág. 39.

tendencias principales y que se denominan *Teoría Mixta o Ecléctica* y la *Teoría Autónoma*.⁴²

Tesis Contractualista o Privatista

Esta tesis sostiene que el arbitraje proviene de la existencia de un contrato, en el cual el momento inicial del arbitraje surge en el Convenio Arbitral.

El Convenio Arbitral es el acuerdo voluntario de las partes, mediante el cual deciden someter las controversias que puedan surgir respecto de sus derechos susceptibles de transacción, a la resolución de uno o varios terceros, obligándose a acatar la resolución que de ellos provenga.⁴³

Los principales propulsores de esta teoría tienen origen en Italia, dentro de los cuales se encuentran CHIOVENDA⁴⁴, MATTIROLO⁴⁵ y GUASP⁴⁶.

La posición principal de esta tesis es que el Arbitraje al originarse en base a la existencia de un contrato es de naturaleza jurídica privada, debido a que la voluntad expresa de las partes de someter sus conflictos transigibles a la resolución de terceros proviene de un contrato privado celebrado entre ellas.

En cuanto a la actuación de los árbitros, considera esta doctrina que estos no pueden ser considerados jueces, ya que su competencia radica y emana de la voluntad expresa de particulares quienes les atribuyen la facultad de resolver

⁴² SALCEDO VERDUGA, Ernesto. "Ventajas del Arbitraje" Ob. Cit. pág. 89.

⁴³ SERRA DOMÍNGUEZ, M.: "Naturaleza Jurídica del Arbitraje". Estudios de Derecho Procesal. Barcelona, 1969. Pág- 573, Citado por Ernesto Salcedo Verduga. Ob. Cit. pág. 89.

⁴⁴ CHIOVENDA, Giuseppe. "Principios de Derecho Procesal Civil" Trad. J. Casáis Santaló. T.I. Madrid, 1922. Pág.127 y ss. Citado por José María Roca Martínez, Ob. Cit. pág. 39.

⁴⁵ MATTIROLO, Luigi. "Trattato di Diritto Giudiziario Civile Italiano" 4ta edición, vol. I. Torino, Fratelli Bocca editori, 1902, págs. 654 y ss. Citado por Ernesto Salcedo Verduga. Ob. Cit. pág. 89.

⁴⁶ GUASP D., Jaime.: "El Arbitraje en el Derecho Español". Barcelona, 1956, págs. 23 y ss. Citado por Ernesto Salcedo Verduga. Ob. Cit. pág. 89.

sobre determinada controversia. Por lo que al ser los árbitros particulares en quienes las partes depositan su confianza, estos no son funcionarios públicos ni tampoco son jueces que administran justicia en nombre del Estado.⁴⁷

Al ser privada la relación contractual entre las partes y en virtud de la cual nacen las facultades de los árbitros, como también la relación que se genera entre los árbitros y las partes, el desarrollo del procedimiento arbitral y la emisión del laudo arbitral quienes defienden esta tesis concluyen que el Arbitraje es y se ubica dentro del ámbito del derecho privado.

*“Si quien nombra a los árbitros y determina los límites de su oficio, no obra en interés público, esto es, en calidad de órgano del estado, sino solo en interés privado, lógicamente se deduce que las funciones de los árbitros no son funciones públicas, sino privadas, que las relaciones entre éstos y las partes son relaciones privadas, juicio privado y no sentencia, el fallo que de ellos emana”.*⁴⁸

Las partes son quienes en el libre ejercicio de sus derechos otorgan la facultad de juzgar a los árbitros en función de su situación y relación contractual y en base a la materia sobre la cual versa la controversia de manera totalmente independiente del ejercicio de poder y de administración de justicia propio del Estado.

El procedimiento arbitral inicia por la voluntad de las partes, luego con la aceptación de los árbitros designados y obligados desde ese momento a resolver la controversia se genera una relación directa entre estos que finalmente concluye con el laudo que emana de los árbitros.

⁴⁷ SALCEDO VERDUGA, Ernesto. Ob. Cit. pág. 90.

⁴⁸ ROCCO, A.: “La Sentencia Civil”. Trad. Ovejero. Mexico, 1944. Pág. 73 y ss. Obra citada por Roca Martínez, José María, Ob. Cit. pág. 41.

La competencia y las facultades de los árbitros terminan con la resolución que pone fin al conflicto para el cual han sido designados, por lo que el cumplimiento del laudo luego de su ejecutoria es una acción que no le compete al Tribunal.

Un argumento utilizado por la doctrina Privatista y que se ve reflejado dentro de los límites de las facultades de los árbitros es “la imposibilidad” de los mismos para ejercer coerción y ejecutar el cumplimiento de los laudos que ellos emiten, a diferencia de los jueces de justicia ordinaria quienes pueden recurrir a la fuerza coercitiva implícita que les otorga el poder del Estado.⁴⁹

Para CHIOVENDA⁵⁰ los árbitros no son funcionarios públicos, no tienen jurisdicción propia ni tampoco delegada y considera que sus facultades son otorgadas única y exclusivamente por voluntad expresa de las partes y de la Ley, siendo el laudo irrevocable para las partes.

A diferencia de los jueces de la justicia ordinaria cuyas facultades emanan de la jurisdicción que les otorga el Estado y que además de tener la capacidad de juzgar pueden también hacer ejecutar lo juzgado, los árbitros tienen solamente la capacidad de juzgar.⁵¹

En este sentido, es muy claro el análisis que realiza el doctor Caivano, ya que en el caso de la jurisdicción otorgada a los jueces, se les faculta para juzgar y hacer ejecutar lo juzgado ya que la sentencia luego de ser emitida e incumplida afecta no solamente a los intereses de sus involucrados, sino también a los del propio estado porque el incumplimiento de una sentencia además de disuadir el orden jurídico afectado, sería incumplir una disposición emanada del propio estado.⁵²

⁴⁹ SALCEDO VERDUGA, Ernesto. Ob. Cit. pág. 91.

⁵⁰ CHIOVENDA, Giusepe. “Principios de Derecho Procesal Civil” Trad. J. Casáis Santaló. T.I. Madrid, 1922. Pág.127 y ss. Citado por Ernesto Salcedo Verduga, Ob. Cit. pág. 91.

⁵¹ SALCEDO VERDUGA, Ernesto. Ob. Cit. pág. 91.

⁵² CAIVANO, Roque, “El Arbitraje”, 2da Edición, 1era reimpresión, Buenos Aires, Ad hoc, 2008, pag 95.

La Competencia y facultades de los árbitros nacen en el fondo de la voluntad de las partes y en cuestiones de forma por las regulaciones que establece la Ley para llevar el procedimiento y reglamentar los aspectos que no se determinen en el Convenio.

En cuanto al laudo la efectividad del cumplimiento del mismo proviene del compromiso al que las partes se sometieron y en consecuencia asumieron acatarlo, lo que marca una diferencia con las características en este sentido de una sentencia judicial.⁵³

Tesis Jurisdiccionalista

Quienes defienden esta tesis sostienen que las facultades de los árbitros si bien son las partes quienes los nombran es reconocida por el Estado, lo cual sitúa a la institución arbitral dentro del ámbito de aplicación del derecho público.

MORTARA, considerado uno de los iniciadores de esta tesis, sostenía que los árbitros ejercían sus facultades jurisdiccionales porque el Estado los reconoce y les confiere características propias de los jueces a quienes eran escogidos por las partes, representando a la soberanía y a la potestad de administrar justicia propia del Estado.⁵⁴

Esta teoría determina que el Arbitraje se encuentra dentro del carácter público del derecho al ser una forma de la administración de justicia, la cual pertenece y emana exclusivamente del poder del Estado.

En este sentido, la doctrina jurisdiccionalista considera que el convenio arbitral es una disposición legal y constitucional que actúa como un instrumento mediante el

⁵³ CAIVANO, Roque, "El Arbitraje", 2da Edición, 1era reimpresión, Buenos Aires, Ad hoc, 2008, pag 95.

⁵⁴ MORTARA, "Comentario del Codice e delle leggi di procedura civile". T.III. pág. 51. Y "Manuale della procedura civile" Terza ed. Vol. II. Torino, 1902. Pág. 176. Citado por José María Roca Martínez, Ob. Cit. pág. 45.

cual las partes delegan la potestad de juzgar a personas particulares, sin considerar que sean las partes quienes otorgan la competencia de los árbitros.

Además consideran a los árbitros en el ejercicio de sus funciones como jueces que gozan de las mismas facultades que otorga la función judicial y que también los laudos emitidos por ellos, tienen las características de sentencias ejecutoriadas de cosa juzgada que inclusive se ejecutan siguiendo la misma vía de apremio.⁵⁵

En este sentido existe una relación entre la resolución que emana de los árbitros que si bien es cierto es una forma de administración de justicia; y, el ejercicio del poder del Estado mediante la jurisdicción que les otorga a los jueces.

Sin embargo dentro de esta teoría poco se hace referencia a la imposibilidad que tienen los árbitros para hacer ejecutar los juzgado y sus argumentos se centralizan en la forma en que nace su competencia haciendo alusión únicamente al reconocimiento que les otorga el Estado, más no al uso de la fuerza coercitiva que si es propia de los jueces ordinarios.

Teoría Mixta o Ecléctica

Como su nombre lo indica la teoría mixta considera a la institución arbitral contractual por su origen, es decir el mutuo acuerdo preexistente entre las partes, y procesal por los efectos y las regulaciones que se encuentran establecidas en la Ley.

Esta teoría surge en medio de las dos tesis principales y extremistas que establecen al Arbitraje dentro de cada una de las mismas.

Las observaciones que hace esta teoría a las dos antes mencionadas es básicamente el desconocimiento que hacen cada uno respecto a componentes fundamentales que conforman la naturaleza jurídica del arbitraje.

⁵⁵ ROCA MARTINEZ, José María, Ob. Cit. pág. 94.

Dentro de esta teoría se aceptan ciertos criterios de la Teoría contractualista la que sostiene y resalta el origen del arbitraje en función de una relación contractual, pero sin embargo esta teoría desconoce el procedimiento legal que se encuentra previsto en la Ley y el reconocimiento del Laudo y su equivalencia a una sentencia ejecutoriada y de cosa juzgada emanada de la función judicial. Por otro lado recalca el desconocimiento que hace la teoría jurisdiccionalista a que sin la existencia de una relación contractual, las partes no manifestarían su voluntad ni tampoco otorgarían las facultades ni tampoco la competencia a los árbitros.⁵⁶

Teoría Autónoma

Esta teoría le otorga a la institución arbitral carácter autónomo. Considera que el arbitraje no se encuentra ni dentro de la teoría contractualista ni tampoco de la jurisdiccional, ya que se rige a un procedimiento propio que se encuentra regulado por la normativa legal, adecuado al ordenamiento jurídico de cada país y que tiene por objeto establecer un orden armonioso entre las dos teorías principales.

No obstante de las diferencias establecidas entre todas las teorías respecto a la naturaleza jurídica del arbitraje, cabe resaltar que en la actualidad y con el avance del procedimiento arbitral, jamás se podrá limitar a este dentro de los parámetros que establecen dichas teorías.

Si bien es cierto que el arbitraje nace de la voluntad de las partes la cual debe constar en un contrato o convenio arbitral, la Ley ha ido regulando el procedimiento arbitral y estableciendo ciertos parámetros que muchas veces son omitidos por las partes y que en cierta forma suplen vacíos no expresados de las voluntades, y tienen por objeto precautelar y velar por los intereses de los particulares y la efectividad de cumplimiento del laudo arbitral.

⁵⁶ ROCA MARTINEZ, José María, Ob. Cit. pág. 97.

Por lo que en conclusión no se puede desligar totalmente al procedimiento, ni a la voluntad de las partes con la regulación establecida del mismo por la Ley que emana de una de las potestades del Estado.

CLASIFICACIÓN

Dentro de la institución del Arbitraje, existen distintas clases que se fueron dando dependiendo del ámbito, de la forma y de ciertas diferencias que determinan el tipo de arbitraje sin interferir en el fondo y en la esencia del mismo. Es decir, independientemente del tipo de arbitraje que se trate esto no cambiará el fondo ni la persona quien emita la resolución, prevaleciendo siempre la voluntad manifiesta de las partes en el Convenio Arbitral que da origen al Arbitraje.

Las clases de arbitraje surgen dependiendo de las circunstancias en las que estos se dan, tomando en cuenta su funcionalidad, lo que genera ciertas variantes dentro de un mismo sistema, las cuales determinan y establecen sus propias características.⁵⁷

Arbitraje Institucional y Arbitraje Ad hoc

En virtud del modo de actuación de los árbitros, existen dos sistemas en base a los que, de conformidad con la voluntad expresa de las partes se someterá el arbitraje.

- *Arbitraje Institucional o Administrado.-*

El Arbitraje Institucional o Administrado es aquel en el que existe una intermediación entre las partes y los árbitros, el que mediante una Institución especializada se encarga de organizar, administrar el trámite y prestar servicios

⁵⁷ CAIVANO, Roque, Ob. Cit. pág. 67.

tanto a las partes como a los árbitros con lo que el proceso se hace más ágil ayudando a que la controversia sea resuelta de manera más rápida.⁵⁸

Los Centros de Arbitraje y Mediación debidamente creados y regulados por el Reglamento para su respectivo funcionamiento, son los encargados de administrar el proceso desde la presentación de la demanda hasta la posterior emisión del laudo, velando y salvaguardando los intereses de las partes para evitar en el futuro cualquier tipo de nulidades.

La intervención y actuación de los Centros de Arbitraje y Mediación manejan todo el procedimiento de forma apegado y regido a la Ley del lugar en el que se lleve a cabo el Arbitraje y a su propio reglamento, sin interferir en la decisión final que emitan los árbitros.

Básicamente la función de la institución administradora del proceso arbitral regula el cumplimiento de lo establecido por las partes en el convenio arbitral así como también lo establecido por la Ley, en cuanto a la forma de designación de los árbitros, el idioma en que será el arbitraje, las normas procedimentales aplicables, los plazos, las causales de recusación de los árbitros, y todos los temas procedimentales y administrativos del proceso.

Los Centros de Arbitraje son creados por convenciones internacionales como por ejemplo la Corte Permanente de la Haya, el Centro Internacional para arreglos de Diferencias Relativas a Inversiones y la Comisión Interamericana de Arbitraje.⁵⁹

Otros centros son creados por entidades de carácter privado con reconocimiento y experiencia que garantizan el funcionamiento de los mismos y por ende dan seguridad a las partes que acuden y someten sus controversias ante estos.

⁵⁸ CAIVANO, Roque, Ob. Cit. pág. 67.

⁵⁹ FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara y LEONARDI DE HERBÓN, Hebe. Ob. Cit. pág 16.

Uno de los Centros de Arbitraje más importantes es el de la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional CCI, creada hace sesenta años y de gran experiencia para solucionar controversias internacionales. Con sede en París y organizada por comisiones nacionales en distintas partes del mundo, siendo la función de la Corte no solo la de designar árbitros, regular el pedido de recusaciones o de sustitución de los árbitros sino también de revisar previo de dar conocimiento de los laudos a las partes para corregir cualquier tipo de error de forma en cuanto al mismo, respetando la facultad de los árbitros sobre el mismo.⁶⁰

En este caso es constatable la gran función que tienen los Centros, no solo en cuanto a la forma del procedimiento no solo tomando en cuenta la actuación de las partes sino también la de los árbitros, precautelando el debido proceso y el no incurrir en ninguna de las causales que puedan generar nulidades.

- *Arbitraje libre o Arbitraje Ad hoc*

En este tipo de arbitraje son las partes quienes establecen absolutamente todo el procedimiento en base al cual se regirá y regulará el arbitraje, tomando en cuenta la forma de selección de los árbitros, los términos en base a los que deberán emitir el laudo, todos los procedimientos aplicables, el lugar en donde se llevará a cabo el arbitraje, otorgándoles a las partes mayor flexibilidad y libertad respecto de las reglas que deberán seguir.⁶¹

En el *Arbitraje Ad hoc* se genera un vínculo estrecho entre las partes y los árbitros el cual es vinculante para el desarrollo del procedimiento desde su inicio hasta su fin.

En este caso no existe ninguna institución ni Centro que administre el proceso arbitral, ni tampoco está sujeto a ningún mecanismo establecido para su regulación, por lo que son las partes quienes deben prever si el laudo será en

⁶⁰ FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara y LEONARDI DE HERBÓN, Hebe. Ob. Cit. pág 17.

⁶¹ CAIVANO, Roque, Ob. Cit. pág. 70.

equidad o en derecho, la forma de designación de los árbitros, el lugar, crear normas procedimentales, ordenar la ejecución de medidas cautelares y en general todo lo que respecta al eficaz desarrollo del procedimiento arbitral.⁶²

Arbitraje en Derecho y Arbitraje en Equidad

Partiendo de la naturaleza en la que debe ser emitido el laudo y de la actuación de los árbitros para solucionar la controversia, el arbitraje podrá ser en Derecho o en Equidad.

La especificidad de esta particularidad del Arbitraje puede ser determinada por las partes en el Convenio Arbitral en base al cual las partes otorgan la competencia a quienes resolverán respecto a la controversia que surja en base a una relación jurídica establecida entre ellas; o, a su vez dependiendo de la Legislación en la que se desarrolle el arbitraje en vista del silencio de las partes, la Ley regula y establece si el arbitraje será en Derecho o en Equidad.

En la legislación Ecuatoriana por ejemplo, el artículo 3 de la Ley de Arbitraje y Mediación establece que a falta de manifestación expresa de la voluntad de las partes de someterse a un arbitraje en derecho, este será en equidad.

En otras legislaciones como por ejemplo en: España⁶³ y Panamá⁶⁴, al igual que en la nuestra se contempla que el arbitraje será en equidad cuando las partes no estipulen lo contrario en el Convenio Arbitral.

En cambio en Colombia⁶⁵ y en Argentina⁶⁶ los árbitros emiten el laudo en equidad siempre que las partes así lo hayan expresamente acordado.

⁶² ⁶² SALCEDO VERDUGA, Ernesto. Ob. Cit. pág. 58.

⁶³ LEY 36/1998, Artículo 4,2. "En caso de que las partes no hayan optado expresamente por el arbitraje de derecho, los árbitros resolverán en equidad..." Citada por Ernesto Gamboa Morales, Ob. Cit. pág. 31.

⁶⁴ Decreto Ley 5 de 1999, Artículo 3. "Las partes podrán determinar en el convenio, o con posterioridad. Si no fuera así, la clase de arbitraje será la que resulte del Reglamento aplicable y, en su defecto, se entenderá que el arbitraje es de equidad. Citada por Ernesto Gamboa Morales, Ob. Cit. pág. 31

- *Arbitraje de Derecho.-*

En este caso -los árbitros iuris- deben resolver la controversia según lo establecido en el Derecho positivo.

Los árbitros que resuelven en derecho se asemejan en ciertos aspectos a los jueces de justicia ordinaria en cuanto a la sustentación y motivación en la cual emiten su resolución se trata, sin embargo en este tipo de arbitraje las partes también pueden sugerir las normas conforme a las que los árbitros deberían analizar según la materia de la controversia, delimitando el ámbito jurídico en el que juzgarán.⁶⁷

La semejanza entre los árbitros que juzgan en derecho con los jueces de justicia ordinaria es que se rigen y aplican la norma positiva concretamente al caso, fundamentando su laudo en normas de derecho.

En cuanto al procedimiento en el arbitraje en derecho, es facultad de las partes determinar el procedimiento con el que deberá regirse el mismo, pero en caso de no hacerlo los árbitros se acogerán al procedimiento establecido por la Ley que regule el Arbitraje en el país en el que se esté llevando.

En la Legislación Ecuatoriana la Ley de Arbitraje y Mediación regula el arbitraje en derecho y establece que los árbitros que juzguen en derecho deberán ser obligatoriamente abogados, limitando expresamente el ámbito en el que los árbitros deberán resolver obligados a someterse la ley sustancial y procedimental establecida.

⁶⁵ Artículo 38 del Proyecto Normas aplicables al fondo de la controversia, Ley 446 de 1998. Citado por Ernesto Gamboa Morales, Ob. Cit. pág. 22.

⁶⁶ Proyecto de Ley de Arbitraje Federal (2001) Artículo 28 (3) El Tribunal Arbitral decidirá ex aequo et bono si las partes le han autorizado a hacerlo” Citada por Ernesto Gamboa Morales, Ob. Cit. pág. 31.

⁶⁷ CAIVANO, Roque, Ob. Cit. pág. 72.

Las partes que intervienen durante el proceso pueden fundamentar sus alegaciones en las normas jurídicas establecidas en relación a la materia de la controversia, la resolución que emita el Tribunal deberá estar apegada a las normas imperativas del Derecho.⁶⁸

- *Arbitraje de Equidad*

“Verdad Sabida y buena fe guardada” o “*Ex aequo et bono*” es el principio que determina la actuación de los árbitros o amigables componedores que resuelven en función de la sana crítica, facultad otorgada por las partes o por mandato de la ley.⁶⁹

En este tipo de arbitraje ya sea estipulado por las partes o de conformidad con la norma legal que lo regula, el laudo que expida el Tribunal Arbitral no está obligado a ser motivado en base a la normativa legal establecida, dejando abierta la potestad de juzgar de los árbitros y sometidos únicamente a seguir las normas establecidas por el debido proceso o a la voluntad de las partes en cuanto al procedimiento que deberá seguir el arbitraje. Siendo esto de carácter obligatorio para los árbitros.

El árbitro o amigable componedor expide su laudo de conformidad con su leal saber y entender en base a la *buena fe* y a la *verdad sabida*.⁷⁰

El ámbito en el cual los árbitros resuelven en este sentido, es mucho más extenso y totalmente discrecional de ellos mismos. La facultad de juzgar no se limita a las normas sustantivas del derecho; sino a la experiencia y conocimiento en cuanto a la especialidad de que se trata el arbitraje y también a los principios éticos y morales de la humanidad.

⁶⁸ SALCEDO VERDUGA, Ernesto. Ob. Cit. pág. 67.

⁶⁹ SALCEDO VERDUGA, Ernesto. Ob. Cit. pág. 67.

⁷⁰ FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara y LEONARDI DE HERBÓN, Hebe. Ob. Cit. pág 13.

Para José María Roca Martínez, la Equidad es entendida como “el *sentido natural de lo justo*” lo cual permite que la resolución de las controversias sea más flexible y conforme lo aplicable a cada caso, con el fin de obtener un determinado concepto de justicia.⁷¹

El juzgar conforme a la equidad entendida como el leal saber y entender de los *amigables componedores* otorga la facultad de solucionar los conflictos no solamente desde un punto de vista estrictamente jurídico sino también en sentido general, que muchas veces las limitaciones establecidas por las normas de derecho impiden que se haga justicia, por tratarse de casos no contemplados por la Ley.

Es muy importante destacar el papel que tienen los árbitros que fallan en equidad, ya que el no tener que motivar su laudo a las normas instituidas por el derecho tampoco significa que pueden emitir su resolución de manera arbitraria desconociendo el ordenamiento jurídico establecido.⁷²

La observancia del ordenamiento jurídico establecido en el arbitraje de equidad, garantiza la seguridad del procedimiento, así como también precautela el derecho del debido proceso de las partes reconocido por el Estado.

El Arbitraje en equidad es sin duda alguna el vínculo más fuerte con los orígenes del arbitraje, tomando como fundamento principal el depositar la confianza de las partes en los árbitros para que decidan y resuelvan respecto de una controversia, como lo hacían a lo largo de la historia y con lo que surge el Arbitraje.

⁷¹ ROCA MARTINEZ, José María, Ob. Cit. pág. 103.

⁷² Si fuese legalmente posible que los árbitros “...pudiesen actuar en cualquier forma que ellos tengan a bien con tal que sea de buena fe y sin engaño, prescindiendo del ordenamiento jurídico, se habría legitimado la arbitrariedad, y establecido un estado de inseguridad incompatible con la certeza que requieren las transacciones comerciales” Carlos R.S. Alconada Aramburú “Arbitraje y Abogacía” Abeledo Perrot. Monografías Jurídicas. Conferencia pronunciada en el mes de Agosto de 1961 en el Colegio de Abogados de Rosario, Argentina. Citado por Ernesto Salcedo Verduga, Ob. Cit. pág. 71.

Existen casos en que las normas de derecho no bastan para hacer justicia, y es necesario recurrir a la aplicación de conocimientos y criterios del leal saber de quienes han sido escogidos para resolver el conflicto, tomando en cuenta su especialización y reconocida experiencia que, aplicada a ciertos casos es mucho más acertada que la normativa establecida que si bien es legal no siempre será justa.

Arbitraje Voluntario y Arbitraje Forzoso

Partiendo del origen del arbitraje en función del acuerdo de la voluntad de las partes, se establece que es voluntario, mientras que cuando el arbitraje surge en virtud de una disposición legal, a este se lo considerará como arbitraje forzoso.

- Arbitraje Voluntario

Es aquel que conservando la naturaleza jurídica y la esencia misma del arbitraje, este nace del acuerdo de voluntad de las partes, prevaleciendo ésta ante cualquier disposición o norma legal establecida.

Es considerado como el caso más común de arbitraje, en el que son las partes quienes deciden someterse al sistema, siendo ésta voluntad un elemento predominante del mismo.⁷³

- Arbitraje Forzoso.-

Esta clase de arbitraje es en el que no existe un acuerdo de voluntades en base al cual se origine el sistema, en estos casos el arbitraje surge por disposición legal mediante la que los legisladores le atribuyen facultades a los árbitros para resolver sobre controversias características de ciertas cuestiones.

En este caso se contradice el origen del arbitraje al no ser las partes quienes escojan someterse al mismo, sin embargo una de las razones por las que se

⁷³CAIVANO, Roque, Ob. Cit. pág. 81.

justifica este arbitraje es la necesidad de descongestionar el sistema judicial evitándoles a los jueces ordinarios resolver sobre ciertos asuntos generalmente de hecho que generarían procedimientos judiciales mucho más extensos.⁷⁴

El arbitraje forzoso surge en función del interés público y en el caso de la Legislación ecuatoriana es utilizado en ese sentido para resolver cuestiones sobre conflictos colectivos de trabajo.⁷⁵

Es importante destacar el reconocimiento que otorga la Ley al sistema arbitral, con lo que mediante una disposición de la misma equivale a la confianza de las partes expresa en la cláusula arbitral que somete su controversia a la resolución de un Tribunal arbitral.

Arbitraje Nacional y Arbitraje Internacional.-

Esta clasificación del arbitraje se la realiza conforme el lugar en el que se lleva a cabo el arbitraje y las normas que a este se aplican.

- *Arbitraje Nacional.-*

En esta clasificación el arbitraje se caracteriza por estar regulado por el marco jurídico interno de un país, siendo el procedimiento arbitral el contemplado por la Ley o por el que dispongan las partes y, pudiendo ser un arbitraje en derecho o en equidad, administrado o ad hoc, o voluntario o forzoso.

Respecto al arbitraje interno Roca Martínez, considera que es aquel que está determinado a resolver controversias surgidas en relaciones jurídicas entre particulares o con el estado, siempre que los elementos estén vinculados a un mismo ordenamiento jurídico.⁷⁶

⁷⁴ CAIVANO, Roque, Ob. Cit. pág. 83.

⁷⁵ SALCEDO VERDUGA, Ernesto. Ob. Cit. pág. 65.

⁷⁶ ROCA MARTINEZ, José María, Ob. Cit. pág. 85.

El ordenamiento jurídico al que pertenezcan las partes procesales intervinientes en el arbitraje es lo que establece el tipo de arbitraje al cual se estarán sometiendo.

La legislación vigente dentro de un estado y además del acuerdo de voluntades expresamente establecido por las partes regulará el procedimiento arbitral, siendo éste siempre conforme a lo establecido por la normativa nacional.

El arbitraje surge en el ámbito interno como una alternativa para solucionar problemas que bien podrían ser sometidos a la resolución de la justicia ordinaria, resolución que finalmente será de obligatorio cumplimiento para las partes pero que sin embargo podría llegar a ser una solución tardía que a diferencia del arbitraje no se caracteriza por la celeridad y eficacia.

- *Arbitraje Internacional.-*

Arbitraje internacional es aquel en el que una o las dos partes pertenecen a Estados diferentes, siendo factores proponderantes el lugar de celebración y ejecución del contrato el cual contiene el convenio arbitral y el domicilio de las partes siempre que estos se encuentren en estados diferentes.⁷⁷

Así el arbitraje internacional surge para dar solución a conflictos originados en relaciones jurídicas establecidas entre partes de distintos ordenamientos jurídicos tomando como característica principal el lugar en el que estos se celebren o que tengan algún vínculo predominante en la relación contractual respecto del mismo.

En este tipo de controversias no existe un lugar específico al que se someterá la resolución del conflicto, por lo que el Arbitraje internacional se proyecta como una alternativa muy acertada para someter una controversia de este tipo.

Se dice también que el arbitraje internacional surgió:

⁷⁷VILLIEMIN, J.M. "La Ley de Arbitraje y la Especificidad del Arbitraje Comercial internacional". Rev. LA LEY 1990-3. Págs. 912 y ss. Citado por ROCA MARTINEZ, José María, Ob. Cit. pág. 86.

“Como una consecuencia de la tensión existente entre la denominada sociedad internacional de los comerciantes, caracterizada por su autonomía, intereses comunes, desvinculación de los poderes estatales e imperio de la voluntad privada, y una sociedad internacional de Estados, que presupone una pluralidad de ordenamientos jurídicos, de normas imperativas y de organizaciones judiciales distintas”⁷⁸

Por lo tanto, tomando en cuenta que en un principio la falta de uniformidad de legislaciones estatales no era ni estaba regulada por una norma supraestatal que determinara los lineamientos jurídicos a seguir en caso de controversias especialmente comerciales en el ámbito internacional, da origen a la consagración del arbitraje internacional, siendo mediante los tratados internacionales, convenios y convenciones que se garantiza el establecimiento de una normativa internacional determinada para los Estados que se acogen a esta y por ende se someterán a su aplicación en el caso de que surjan controversias en el que las partes pertenecen a estos.

La Ley Modelo UNCITRAL⁷⁹, en su primer artículo determina los factores que caracterizan al arbitraje internacional, siendo estos:

1. Si las partes tienen al momento de celebrar el acuerdo arbitral sus establecimientos en Estados diferentes.
2. Si uno de los lugares siguientes está situado fuera del Estado en el que las partes tienen sus establecimientos:
 - El lugar de arbitraje, si este ha sido determinado en el acuerdo de arbitraje o con arreglo a él.

⁷⁸ FERNANDEZ ROZAS, “Comentarios...” Coord. BERCOVITZ RGUEZ-CANO”. Obra citada por Citado por ROCA MARTINEZ, José María, Ob. Cit. pág. 87.

⁷⁹ LEY MODELO UNCITRAL, Art. 1. Citado por Roque Caivano, ob. Cit. pág. 87

- El lugar de cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones de la relación comercial o el lugar con el cual el objeto del litigio tenga una relación más estrecha; o,
- Si las partes han convenido expresamente que la cuestión objeto del acuerdo de arbitraje esté relacionada con más de un Estado.

De esta forma el marco jurídico del arbitraje internacional se encuentra establecido por la legislación internacional a la cual los países contratantes se someten y se apegan siendo la característica principal de ésta el mantener un equilibrio entre la jurisdicción supraestatal y la de cada estado, sin afectar los principios constitucionales de estos.

JURISDICCIÓN

Para mantener la armonía y el bienestar social fue necesario acudir a la intervención de un tercero para que pacíficamente pusiera fin al conflicto generando una solución sin tener que aplicar la violencia ni mucho menos la fuerza, y además sin tener que recurrir al sistema judicial, es aquí de donde parte la jurisdicción arbitral.

La Jurisdicción y sus orígenes como tal, conforme lo señala Roque Caivano es: *“la actividad a través de la cual se procura restablecer el orden jurídico vulnerado por conductas humanas contrarias a las que la norma postula”*⁸⁰

Partiendo de que es el Estado, el encargado de velar por la seguridad y el bienestar social, era el que desde los inicios de su creación se encargó de regular la actividad jurisdiccional, por lo que se limitaba esta a ser una actividad pública.

La Jurisdicción arbitral, nace desde el momento en que las partes deciden someter su controversia a la decisión de un tercero imparcial, otorgándole a quien va a

⁸⁰ CAIVANO, Roque, Ob. Cit. pág. 21.

juzgar no solo la facultad de emitir un fallo final sino también el poder obligar a cumplir y acatar dicha resolución.

Esta facultad jurisdiccional que tienen los árbitros o amigables componedores es lo que otorga al procedimiento arbitral el mismo estatus que tienen los jueces en la justicia ordinaria, la diferencia es la forma en la que dicha jurisdicción nace: en el arbitraje de la voluntad exclusiva y única de las partes, mientras que en el sistema judicial nace específicamente de la Ley.

EL CONVENIO ARBITRAL

Partiendo de que la esencia del arbitraje proviene de la voluntad manifiesta de las partes, el Convenio Arbitral es el acuerdo expreso de dicha voluntad, mediante el cual las partes someten sus controversias existentes o aquellas que puedan surgir, a la decisión de un tercero.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 5 de la Ley de Arbitraje y Mediación Ecuatoriana, el Convenio Arbitral es:

“El acuerdo de 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”⁸¹

Dicho Convenio puede estar conformado en un solo acto o en dos instancias diferentes a las cuales se les denomina: “Cláusula Compromisoria” o un posterior “Compromiso Arbitral”.

Cláusula Compromisoria, es aquella que surge por acuerdo de las partes antes de que ocurra la controversia, siendo una manera previsible de resolución de la o las controversias que surjan entre las partes respecto a la relación contractual en base a la que se desprende dicha cláusula.

⁸¹Ley de Arbitraje y Mediación, Art. 5.

Las partes en este caso acuerdan que someterán cualquier tipo de conflicto futuro, que se origine en base de la relación contractual que las vincula, a la resolución de uno o los árbitros.⁸²

La cláusula compromisoria además de expresar la voluntad de sometimiento de las partes al arbitraje, puede determinar las condiciones en las que se realizará el procedimiento, siendo éstas el lugar donde se llevará a cabo el proceso, el idioma, la conformación del Tribunal Arbitral, si el laudo será en equidad o en derecho, y en ciertas ocasiones el término en el que deberán resolver.

El Compromiso Arbitral, se genera cuando las partes, toda vez que ha surgido una controversia, deciden someterla a la resolución de un Árbitro o Tribunal Arbitral. En esta circunstancia el conflicto que nace en virtud de la relación jurídica establecida entre las partes puede ser contractual o no contractual, de tal suerte que una vez que existe la controversia las partes pueden libre y voluntariamente someterla al arbitraje.

Roque Caivano define al Compromiso Arbitral como: *“el acto jurídico a través del cual las partes definen –entre otras cosas- los puntos litigiosos que los árbitros habrán de resolver”*⁸³.

Considerando a la Cláusula Compromisoria y al Compromiso Arbitral como *“acuerdos de voluntades”* conforme el análisis que realiza el distinguido autor, se puede destacar que en el fondo dichos acuerdos parten de un mismo acto o de la misma voluntad, la cual es someterse al arbitraje. Sin embargo de tener la misma esencia el compromiso arbitral puede ser mucho más explícito tomando en cuenta que en el momento en el que surge, ya existe la controversia y que las partes pueden especificar el procedimiento arbitral aplicado a especificada controversia.

⁸² SALCEDO VERDUGA, Ernesto. Ob. Cit. pág. 103.

⁸³ CAIVANO, Roque, Ob. Cit. pág. 137.

Tanto la Cláusula Compromisoria como el Compromiso Arbitral conforman el Convenio Arbitral, y dan paso al arbitraje sin importar que se den de manera secuencial o por separado.

El Convenio Arbitral es definido como: *“un contrato mediante el cual las partes manifiestan su voluntad de diferir la solución de sus conflictos de intereses actuales o futuros, originados de una relación contractual o en una situación de hecho, a la justicia arbitral, quedando derogada la jurisdicción ordinaria. El pacto arbitral puede acordarse por las partes bajo dos formas específicas: cláusula compromisoria y compromiso”*⁸⁴

Siendo el Convenio Arbitral un contrato mediante el que las partes renuncian a la jurisdicción ordinaria y se someten a la jurisdicción arbitral para resolver las controversias que entre estas surjan en base a una relación jurídica, es de obligatorio cumplimiento para las mismas, siendo el objeto de los contratos el de crear derechos y obligaciones personales, en el Convenio Arbitral el objeto es otorgar jurisdicción a los árbitros para resolver sobre determinada controversia.

No obstante que al ser un contrato con objeto diferente al de los contratos comunes, el Convenio Arbitral deberá cumplir con los requisitos de existencia y validez previstos para todos los contratos, los cuales son: Consentimiento, el cual no debe estar viciado y debe haber sido expresado válidamente, dicho consentimiento tiene que ser manifestado por una persona legalmente capaz para obligarse, siendo dicha manifestación respecto de un objeto lícito y deberá ser revestido de la forma legal que se encuentre para ello establecida.⁸⁵

La importancia de que el convenio cumpla con los requisitos señalados por la Ley es fundamental para la validez del mismo y por lo tanto para determinar la procedencia del arbitraje. El hecho de que es la voluntad expresa de las partes, no

⁸⁴ GIL ECHEVERRY, Jorge Hernán. “Curso Práctico de Arbitraje”. Ediciones Librería del Profesional, Bogotá, 1993, págs. 14-15. Citado por Ernesto Salcedo Verduga, Ob. Cit. pág. 105.

⁸⁵ CAIVANO, Roque. Ob. Cit. pág. 109

significa que se exima de cumplir con elementos fundamentales y formales que no solamente le otorgan validez y existencia, sino también determinan la jurisdicción y la competencia arbitral.

El Compromiso Arbitral subsiste por si mismo y es lo que da origen a la jurisdicción arbitral. De su especificidad depende la manera en que será llevado el procedimiento, no obstante de ello la Ley establece y suple los aspectos que no son mencionados por las partes, pero que de igual forma dan paso y validez al arbitraje sin la necesidad de ser precedido por una Cláusula Compromisoria

Sin embargo hay quienes consideran que el Compromiso Arbitral debería ser considerado como un complemento sucesivo a la Cláusula Compromisoria, es el argumento que sostiene el autor Roland Matthies⁸⁶, quien cree que el Compromiso Arbitral debe ser un segundo documento suscrito por las partes de carácter indispensable luego de haberse generado la controversia.

En cierta forma si bien es cierto que el Compromiso Arbitral puede abarcar y especificar mucho más el tipo de arbitraje y la forma en la que se lo realizará, no significa que su validez se fortalezca con la existencia de una precedente Cláusula Compromisoria, ya que explícito o no, sigue siendo el acuerdo expreso de las partes de someterse al arbitraje.

Los aspectos más importantes sobre los que debe referirse el Convenio Arbitral son: primeramente la voluntad de las partes de querer someterse al arbitraje, siendo este aspecto el más importante ya que sin él dicho convenio carecería de consentimiento.

En segundo lugar es importante especificar el tipo de controversia sometida al arbitraje en virtud de la relación jurídica adquirida por las partes, evitando de esta

⁸⁶ MATTHIES, Roland. "Arbitrariedad y Arbitraje" Oscar Todtmann Editores c.a., Caracas, Venezuela 1996. Pág. 45.

forma que el convenio se refiera a cualquier otro tipo de conflicto no susceptible a transacción y no proveniente de la relación jurídica establecida entre las partes.

Respecto al lugar, la decisión de los árbitros, la designación y conformación del Tribunal, el término para dictar el laudo y temas procedimentales son aspectos secundarios y facultativos de las partes.

La confusión y obscuridad de los Convenios Arbitrales son objeto de tela de duda en cuanto a la declaración de competencia del Tribunal o del Árbitro ante el que se somete la controversia. A este tipo de convenios se les denomina *Convenios Patológicos*⁸⁷ los que en la mayoría de casos son contradictorios y confusos, pudiendo generar problemas durante el proceso acarreado su posible nulidad.

Los casos en los que existen Convenios Patológicos son cuando:

1. No expresan la voluntad de ambas partes respecto al sometimiento Arbitral y se refiere solo a una de ellas.
2. Alguna de las partes es incapaz para someterse al Arbitraje o se trata de materia no susceptible de transacción.
3. No especifican el lugar o el Centro ante el cual se someterá la controversia.
4. Se contradicen respecto el número de árbitros que integrará el Tribunal Arbitral estipulando que el Tribunal se conformará por tres árbitros y posteriormente a renglón seguido hablan refiriéndose a uno solo.
5. Establecen la voluntad de sometimiento ante dos jurisdicciones simultáneas mencionando la jurisdicción ordinaria y al mismo tiempo la jurisdicción arbitral.

⁸⁷ "Aquellos que por defectuosos, imperfectos, ambiguos, contradictorios o incompletos, obstaculizan el normal desarrollo del arbitraje al no delimitar claramente su alcance (...) Por lo general, estas cláusulas patológicas impiden que los árbitros se declaren competentes para conocer el caso sometido a su conocimiento" SALCEDO VERDUGA, Ernesto. Ob. Cit. pág. 121.

6. Establecen requisitos imposibles de cumplir.

En dichos casos es facultad de la Dirección de los Centros de Arbitraje dar trámite o no una demanda arbitral en la que conste un Convenio Patológico, lo que dependiendo de lo que se trate podrían ser subsanables por la Ley.

Luego de esto cuando el Tribunal Arbitral está conformado y una vez que ha analizado dicho convenio en base a la materia de la controversia, tiene la facultad que le otorga la Ley⁸⁸ de resolver en cuanto a su propia Competencia, con lo cual tienen la potestad de avocar conocimiento de la causa o de declararse incompetente para resolver sobre ella.

⁸⁸ Art. 22: "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" Ley de Arbitraje y Mediación, publicada en el Registro Oficial No. 145 del 4 de septiembre de 1997

CAPITULO II

Análisis Filosófico de la Equidad

1. Platón y Aristóteles

Para Platón la teoría de los valores determinan la identificación entre el ser y el valor. Aparecen los valores con características respecto de una existencia real, los cuales son siempre que reflejan la idea de su esencia.⁸⁹

Luego de la influencia Socrática, surge la inquietud sobre la esencia y la unidad de las virtudes, y es lo que conlleva a Platón a determinar que los valores morales son deseados no solo por lo que ellos significan sino también por lo que conllevan, utiliza así la relación entre bien y felicidad.

Surge entonces la concepción de la equidad de manera evolutiva, teniendo como primera instancia la República y el Político, en las cuales considera que por encima de las leyes, se encuentra el hombre político, dotado de prudencia y sabiduría quien tiene el don de apreciar y determinar que es lo justo y como aplicarlo a cada caso.⁹⁰

Sin embargo luego de que se consolidan la Leyes, en virtud de la dificultad de encontrara hombres sabios y prudentes que sepa como aplicar la equidad, le da más importancia a las Leyes sobreponiéndolas a los hombres, no obstante de ello llega a la conclusión de que lo ideal no son solo las leyes sino la existencia de un hombre sabio y prudente que sepa aplicarlas al caso concreto como tal.

⁸⁹ ORDOÑEZ NORIEGA, Eugenia. "Entorno a la Equidad como Fuente del Derecho", Tesis de Grado de la Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá-Colombia 1997. Pág. 27.

⁹⁰ FALCÓN TELLA, María José. "La Equidad en el Tiempo. Estudio dinámico de los distintos tipos históricos de equidad", Pág. 5. <http://www.vlex.com/vid/330187>

La objetividad de los valores y de los juicios de valor son representados en la Ley, la cual tenía por objeto mantener el orden y el bien de las ciudades, en cada una de las cuales surgía en función de sus propias necesidades⁹¹.

Necesidades que en la medida en que se van presentando, no son abarcadas por la Ley, puesto que en ciertos casos ésta por más de ser correcta no es justa.

Es cuando surgen las críticas a la rigidez de la ley positiva, las que consecuentemente originan el análisis que realiza Platón en su obra "El Político"⁹² en uno de sus diálogos entre "el Extranjero y el joven Sócrates" expresa la necesidad de la existencia de hombres dotados de sensatez, ya que además de que la función legislativa se apegue al ámbito real, son los hombres quienes podrán discernir entre lo mejor y lo más justo.

Es interesante la competencia que establece Platón en cuanto a la Ley, refiriéndose a esta como un arte real, la cual no siempre revela lo simple y válido en todos los casos cuando se trata de aplicarlos a las acciones y hechos humanos las que se encuentran en constantes cambios, propios de los hombres.

Consecuentemente Platón le otorga a la equidad una connotación con carga negativa, debido a que la considera como una "*desviación, excepción o debilidad*" que se sale de la justicia general.⁹³

Estas reflexiones sin duda, despiertan en Aristóteles la búsqueda y el desarrollo de la equidad como solución a la rigidez de la norma legal, lo cual a diferencia de Platón surge como una connotación positiva, ya que surge con la función de corregir los vacíos o desviaciones de la ley.

⁹¹ ORDOÑEZ NORIEGA, Eugenia. "Entorno a la Equidad como Fuente del Derecho", Ob. Cit. Pág. 28

⁹² PLATÓN, Diálogos V, Editorial Gredos Madrid 1988, Págs. 583 y ss.

⁹³ FALCÓN TELLA, María José. "La Equidad en el Tiempo. Estudio dinámico de los distintos tipos históricos de equidad", Pág. 5.
<http://www.vlex.com/vid/330187>

Para Aristóteles la Equidad no es igual a lo justo legal, sin estar desapegada a la justicia en general, la equidad abarca lo justo legal pero en sentido superior puesto que proviene también de lo justo natural, o de la justicia divina.⁹⁴

Es así como Aristóteles considera a la equidad como una virtud del hombre, más que la expresión o la manifestación de ser el arte de saber gobernar, a diferencia de Platón, lo liga a la esencia pura del hombre mismo y no específicamente a la de los gobernantes o políticos.⁹⁵

Siendo la razón de ser de la equidad el velar porque la norma o la técnica no se olviden de la ética y de la moral, apegada a lo justo natural, lo cual permite aplicarla a cada caso en concreto a diferencia del origen de la norma positiva que abarca y se crea con una perspectiva universal.

Aristóteles cataloga a la justicia en sentido genérico, teniendo la equidad una noción específica, la cual desempeña una función correctiva para subsanar los vacíos y la rigidez de la aplicación de la Ley.⁹⁶

En ciertos casos la Ley, al ser “general y universal” sin dejar de ser legal puede también ser injusta, al no suplir todas las características propias del caso al que se la esté aplicando. Por otro lado la equidad es la justicia aplicada al caso concreto, a la cual se puede recurrir en todo tipo de circunstancias las que no necesariamente estarán previstas en la norma positiva pero que específicamente se van generando.

⁹⁴ CÁRDENAS MEJÍA, Juan Pablo. “El Arbitraje en Equidad”. *Vniversitás*, junio, número 105, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá-Colombia. Artículo publicado en la Red de Revistas científicas de América Latina y el Caribe, España y Portugal. Universidad Autónoma del Estado de México, <http://redalyc.uaemex.mex>. Pág. 367.

⁹⁵ FALCÓN TELLA, María José. “La Equidad en el Tiempo. Estudio dinámico de los distintos tipos históricos de equidad”. <http://www.vlex.com/vid/330187>

⁹⁶ GAMBOA MORALES, Ernesto. “El Arbitraje en Equidad”. Ediciones Academia Colombiana de Jurisprudencia, Santa Fé de Bogotá 2003. Pág. 58

Aristóteles comparaba a la equidad con la regla de plomo que se utilizaba en Lesbos, en la que para la construcción de las piedras poligonales se utilizaba esta regla para poder ubicar la piedra exacta que encajara con la antes colocada, de esta forma se relaciona a la equidad como la ley aplicada en la medida exacta al caso concreto.⁹⁷

De esta manera Aristóteles establece la función de la equidad siendo esta la justicia del caso concreto a la que se puede recurrir no solo paralela con la Ley, sino también en los casos en que el Legislador o la misma norma positiva dejen vacíos o actúen de forma legal pero pese a ello no deja de ser injusta.

Nace de la filosofía griega y de toda esta época el término "*Epieikeia*"⁹⁸ el cual proviene de la naturaleza misma de las cosas y que Aristóteles en sentido moral lo enfoca dentro de la teoría de las virtudes, las cuales son el nivel intermedio que existe entre los extremos, generando un equilibrio y un balance entre estos.

La justicia es una de estas virtudes que se complementa con la equidad.

2. Santo Tomás de Aquino, la Escolástica y el Racionalismo

En la etapa medieval cuando surge el Cristianismo como consecuencia de que la cultura ha sido depositada en los monasterios, el concepto de la Equidad se orienta hacia la religión dentro del plano de los valores siendo esta considerada como la misericordia, justicia benévola proveniente de lo divino específicamente de Dios.

Es considerada por el Cristianismo como "una justicia suavizada por la dulzura de la misericordia" lo cual determina fundamentalmente la diferencia entre la Equidad

⁹⁷ Referencia utilizada por MONROY CABRA, Marco Gerardo en Manual de Introducción al Derecho, Temis 1971, pág. 208. Citado por Ernesto Gamboa Morales. "El Arbitraje en Equidad" Ob. Cit. Pág. 51.

⁹⁸ La raíz de donde procede el término griego "*epieikeia*" es "*eikás*", que significa lo que se añade a una cosa y que responde a su íntima naturaleza. CARLO FADDA: *L'equità e il método nei giureconsulti romani*. Macerata. Bianchini. 1881, Pág. 20 Citado por María José Falcón Tella "La Equidad en el Tiempo. Estudio dinámico de los distintos tipos históricos de equidad". Ob. Cit. pág. 4.

romana y la Equidad Cristiana, siendo ésta el poder y fuerza religiosa que refleja a la equidad como “la majestad de Dios”.⁹⁹

El Cristianismo sostiene que solamente el poder infinito de Dios es capaz de proporcionar la verdadera Equidad, la cual sobre pasa los límites jurídicos y se aplica por medio del amor.

Se trata entonces de una revolución, la cual radica en el interior de cada persona, partiendo de su propio corazón y trascendiendo el mal con el bien, adquiere entonces la equidad en cierta forma el significado de dulzura.

Para Santo Tomás de Aquino, el concepto de Equidad coincide y se asemeja mucho al de Aristóteles el cual se manifiesta principalmente en la Escolástica.

Considera que para poder respetar y mantener el espíritu de las Leyes, es necesario el desapego al tenor literal de éstas, para lo cual es fundamental poseer y estar con la virtud.¹⁰⁰

Es interesante la importancia de las virtudes que caracterizan a la concepción de la equidad según Santo Tomás de Aquino, ya que en esta época se genera una conciencia social en la que a través de los mandamientos, como en el Cristianismo por ejemplo, se fortalecen las virtudes las cuales no solo ayudan a las personas de manera individual sino a ser más justos y equitativos en el ámbito social.

Santo Tomás de Aquino define a la Equidad como “la virtud que, prescindiendo de la letra de la ley, sigue las exigencias de la justicia y el bien común” considerando

⁹⁹ FALCÓN TELLA, María José. “La Equidad en el Tiempo. Estudio dinámico de los distintos tipos históricos de equidad”. Pág. 19. <http://www.vlex.com/vid/330187>

¹⁰⁰ FALCÓN TELLA, María José. “La Equidad en el Tiempo. Estudio dinámico de los distintos tipos históricos de equidad”. Ob. Cit. Pág. 21. <http://www.vlex.com/vid/330187>

que la interpretación de la Ley es más perfecta que la simple aplicación de la misma.¹⁰¹

Posteriormente con el paso del tiempo se van generando contraposiciones a los primeros conceptos de equidad.

Surge la época en la que predomina y prevalece el uso de la razón, seguida por la época del positivismo del siglo XIX en el cual la desconfianza de la arbitrariedad judicial genera la creación de bases jurídicas que delimiten y establezcan mediante Códigos y Constituciones el marco jurídico en base al cual se regirá la sociedad.

La Equidad como fuente de Derecho

Desde la antigüedad las sociedades y los Estados han utilizado, como mecanismo para solucionar conflictos, a un elemento trascendental como la equidad.

“Dar a cada quien lo suyo” ha sido el lema utilizado desde principios de la humanidad para mantener un orden social armonizado y promulgar el bienestar común, fortaleciendo los valores y principios éticos y morales en cada uno de los seres humanos para un mejor desarrollo de la sociedad.

Es así como la Equidad¹⁰² se convierte en un principio fundamental el que en la medida que fue evolucionando ha sido recogido por la Ley y se constituye como fuente del Derecho.

¹⁰¹ FALCÓN TELLA, María José. “La Equidad en el Tiempo. Estudio dinámico de los distintos tipos históricos de equidad”. Ob. Cit. Pág. 22. <http://www.vlex.com/vid/330187>

¹⁰² “Equidad: Bondadosa templanza habitual; propensión a dejarse guiar, o a fallar, por el sentimiento del deber o de la conciencia, más bien que por las prescripciones rigurosas de la justicia o por el texto terminante de la Ley” Diccionario de la Lengua Española, vigésima edición, Madrid 1987, Tomo III.

- *División Aristotélica de Igualdad*

La justicia, valor fundamental de la equidad nace desde los inicios de la convivencia de los seres humanos y de la conformación de la sociedad, vinculada con la igualdad.

Igualdad que Aristóteles¹⁰³ la divide en dos tipos “Correctiva o Conmutativa” y “Distributiva”. Conmutativa aquella que dará una igualdad absoluta de cosa a cosa, siendo esta una igualdad aritmética y, Distributiva la que de a cada quien según sus méritos.

Partiendo de la división Aristotélica, conformando parte de la justicia y siendo ésta un valor principal de la Equidad, se va teniendo conciencia de que en ciertas ocasiones la aplicación rigurosa y literal de la Ley que si bien es cierto consta dentro del marco legal, generan injusticias en la humanidad.

Los griegos por ejemplo, crearon Tribunales de Arbitramento, los cuales resolvían en equidad a diferencia de los jueces que fallaban en derecho.

Para Platón, la equidad era ajena al derecho y la veía como benevolencia que debería corregir en ciertos casos la dureza de la Ley.¹⁰⁴

De esta manera se va generando una perspectiva positiva respecto a la equidad en torno al derecho, que sin pertenecer a él corrige y extiende la aplicación del mismo de tal suerte que lo hace mucho más justo en los casos en que la Ley no ve más allá de la norma positiva.

La equidad es considerada como una expresión de la justicia natural, concebida por Aristóteles en la *Ética Nicomaquea* como la justicia aplicada al caso concreto superior a lo justo legal ya que proviene de lo natural, la cual no es lo mismo que la justicia legal pero tampoco es de un género diferente del de la justicia.

¹⁰³ ORDOÑEZ NORIEGA, Eugenia. “Entorno a la Equidad como Fuente del Derecho”, Ob. Cit. Pág. 50

¹⁰⁴ PLATON, Obras Completas. Ed. Aguilar. Madrid 1973. Ob. Citada por Eugenia Ordoñez Noriega, Ob. Cit. pág. 57.

De esta forma Aristóteles introduce la equidad al derecho, ubicándola como un correctivo de las generalidades de la Ley complementario a la justicia¹⁰⁵ teniendo por objeto lograr un alcance superior de la aplicación de la norma positiva supliendo el vacío dejado por esta pero sin contraponerse a ella.

Al ser la equidad correctiva y complemento de la norma positiva, es considerada como fuente del derecho, en virtud de la cual el legislador crea la Ley de tal forma que exista armonía entre ambas generando una integración entre la justicia aplicable al caso concreto y a lo establecido por la Ley.

Partiendo de este antecedente, la concepción de equidad influyó en la constitución de las instituciones jurídicas, tal es así que antes de la expedición del Código Civil francés de 1804 se establecía que: *“Ante todo se debía decidir conforme a la razón y a la equidad. El juez debía ser entonces considerado como un ministro de equidad y así lo consagraba el proyecto de Código Civil francés”*¹⁰⁶ La equidad era un elemento esencial en el proceder y actuar de los jueces, quienes ante todo debían actuar con justa razón para llegar a la equidad, lo cual conllevaba a juzgar conforme la normas del derecho natural.

- *Equity Anglosajona*

En la Equity anglosajona, la equidad era el principio fundamental en base al cual actuaban Reyes anglosajones y los primeros Reyes Normandos, quienes eran denominados como una fuente de justicia.

La potestad de los Reyes y de los Tribunales Reales para emitir su fallo en equidad era algo tan pulcro y respetable que se lo consideraba un privilegio, el

¹⁰⁵ “(...) La naturaleza propia de la equidad está en corregir la ley en la medida que ésta resulta insuficiente, a causa de su carácter general. Esta es la razón por la que no todo queda comprendido por la ley; sobre determinados casos es imposible legislar y es menester recurrir, para precisar la ley, a una decisión de la asamblea del pueblo.” ARISTÓTELES, “Ética a Nicomaquea”. Libro V, Cap. 11. Obra citada por Eugenia Ordoñez, Ob. Cit. pág. 59.

¹⁰⁶ CÁRDENAS MEJÍA, Juan Pablo. “El Arbitraje en Equidad”. Vniversitás , junio, número 105, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá-Colombia. Pág. 368. Artículo publicado en la Red de Revistas científicas de América Latina y el Caribe, España y Portugal. Universidad Autónoma del Estado de México, <http://redalyc.uaemex.mx>

cual podía ser ejercido en base a sus virtudes y conocimientos lo que conllevaba a las personas a acudir ante estos para que se hiciera justicia, una justicia que solamente podía ser determinada por los conocimientos, experiencia y sobre todo una alta calidad humana en la aplicación de los valores y principios.

Así Ernesto Gamboa Morales se refiere a que el Tribunal del Rey otorgado del privilegio de “*gracia y equidad*” podía hacer cualquier cosa que exigiera la equidad.¹⁰⁷

La Equidad o *Equity* en el derecho anglosajón era una de las fuentes principales junto con el *Common Law*, siendo la *Equity* la aplicación de preceptos similares los que eran conformados por institutos y reglas establecidos por el *Lord Chancellor* y el Tribunal del rey según cada caso a partir del siglo XV. En cambio el *Common Law*, partía de la base del derecho, consuetudinario proveniente de usos precedentes consolidados mediante resoluciones de los Órganos Superiores como *Case Law*.¹⁰⁸

El *Lord Chancellor* era un juzgador al cual el Rey otorgaba competencia sin ser un órgano judicial, estos conformaban la *Court of Chancery* la cual se inspiraba en principios religiosos y éticos bajo los que en equidad decidía sobre las apelaciones de las resoluciones emitidas en derecho dictadas por el *Common Law*, con lo que evidentemente resalta y prevalece la importancia de la Equidad al ser un elemento decisorio sobre el Derecho, cuando esté evidenciaba vacíos que como consecuencia dejaban un sentimiento de injusticia para quienes a él acudían.

La Fuerza de la *Equity* y el *Common Law*, los establecen como un único ordenamiento jurídico en el derecho anglosajón, prevaleciendo la *Equity* en casos de contradicción.

¹⁰⁷ GAMBOA MORALES, Ernesto. “El Arbitraje en Equidad”. Ediciones Academia Colombiana de Jurisprudencia, Santa Fé de Bogotá 2003. Pág. 9

¹⁰⁸ GAMBOA MORALES, Ernesto. “El Arbitraje en Equidad”. Ob. Cit. Pág. 10.

Existe una gran distinción entre el derecho ordenado y otro que pugna en la conciencia: entre la seguridad jurídica y la justicia. Distinción que proviene desde el legado romano partiendo de la base de que la equidad “*es una expresión que entraña un sentido de igualdad y que contiene también una noción de unidad, es decir la idea de un punto culminante al que deben converger todas las tendencias del derecho en lo objetivo y en lo subjetivo*”¹⁰⁹

De esta manera la equidad proviene desde el derecho romano conformada principalmente por la igualdad y la unidad, teniendo por objeto alcanzar una armonía entre el derecho manifestado por la norma establecida y la justicia.

Los romanos creían que la justicia era un complemento del derecho en base a la que se establecía la capacidad de discernir entre las cosas que eran justas e injustas, partiendo de las reglas del derecho.

Es decir la justicia era desde aquella época considerada una virtud poseedora por el ser humano que cristalizaba la percepción de los juzgadores para emitir resoluciones que no bastaban con encontrarse dentro del ámbito del derecho sino que debían tener como fundamental característica la justicia.

Al efecto de estos preceptos se consolidan las Instituciones del *Ius Aequum*, las que armonizaban el Derecho Perfecto con los principios de justicia¹¹⁰ en contraposición del *Ius Strictum* el cual se caracterizaba por hacer prevalecer el apego a las normas establecidas.

Como legado en nuestro derecho, el derecho positivista triunfó sobre la justicia y la influencia del Código Napoléonico relegó a la equidad, estableciendo a la Ley como principal fuente del derecho.

¹⁰⁹ PETIT, Eugene. “Tratado Elemental de Derecho Romano” Editorial Nacional, México 1971. Citado por Ernesto Gamboa Morales. Ob. Cit. pág.12

¹¹⁰ GAMBOA MORALES, Ernesto. Ob. Cit. Pág. 13

Contrario a la Equidad, Emmanuel Kant sostenía que esta era “una divinidad muda, cuya voz no debe ser escuchada”¹¹¹ creía que era una causal de arbitrariedad ya que el juez no podía resolver en base a algo no determinado.

En ocasiones aquella “divinidad muda” como lo llamaba Kant, era una gran virtud desarrollada por los juzgadores para resolver no solamente conforme a las normas en estricto derecho sino también conforme a las Leyes Divinas las que tienen, entre tantas características, la igualdad y dar una mejor calidad humana en todo el contexto de la palabra a las personas.

Justamente con el fin de evitar arbitrariedades en cuanto a la aplicación de la justicia, la equidad utilizada por los juzgadores debe ser comprendida como una equidad que se basa en principios generales de conducta y también puede referirse a principios generales del derecho como la buena fe, en la medida en que rescata la voluntad positiva de los seres humanos sin ánimo de causar daño a otros.

La equidad en el derecho se representa como un complemento del mismo, el cual sirve de apoyo estableciendo el marco jurídico de donde emanan los principales derechos protegidos y consagrados en beneficio de las personas, por ejemplo los derechos constitucionales consagrados en la carta magna son un pilar fundamental para juzgar ya sea en derecho o en equidad, ya que establecen cuales son los derechos protegidos y en base a los que el juzgador recurre a la equidad aplicándola al caso concreto.

Al respecto existe jurisprudencia colombiana en cuanto determina la función del juez y del legislador haciendo prevalecer el principio de equidad aplicando la norma a cada caso en concreto.

¹¹¹ KANT, Emmanuel, “La Metafísica de las Costumbres” Edición Atalaya 1993. Pág 43 y ss. Citado por Ernesto Gamboa Morales. Ob. Cit. pág. 14

En la Sentencia T-518 de 1998 (MP Eduardo Cifuentes Muñoz), la tercera Sala de Revisión de la Honorable Corte Constitucional estableció:

“(…)

“12. Pues bien, una situación como la que se ha descrito no cabe hacer una aplicación estricta de la ley, sin vulnerar el principio de equidad que gobierna también la actuación judicial, (C.P., art. 230) De acuerdo con este principio cuando el juez está en la tarea de aplicar la norma legal al caso concreto debe tener en cuenta las circunstancias propias del mismo, de manera que la voluntad del legislador se adecue a los distintos matices que se presentan en la vida real.”

(…)

“La tarea del legislador y la del juez son complementarias. El congreso dicta normas de carácter general y abstracto, orientadas hacia la consecución de ciertos fines. Estas normas, por bien elaboradas que sean, no pueden en ningún momento incorporar en su texto los más distintos elementos que se conjugan en la vida, para configurar los litigios concretos. Así, ellas no pueden establecer o comprender las diferenciaciones que deben introducirse en el momento de solucionar conflictos concretos, con el objeto de que la resolución de los mismos tenga en cuenta las particularidades de los hechos y de las personas que intervienen en ellos. Esa función le corresponde precisamente al juez, quien es el que puede conocer de cerca el conflicto y la situación de las partes involucradas. Por eso, el juez está llamado a afinar la aplicación de la norma legal a la situación bajo examen, con el objeto de lograr que el espíritu de la ley, que el propósito del legislador, no se desvirtúe en el momento de la aplicación, por causa de las particularidades propias de cada caso.”¹¹²

¹¹² Sentencia de la Honorable Corte Constitucional de Colombia, citada por Juan Pablo Cárdenas Mejía. “El Arbitraje en Equidad”. Ob. Cit. Pág. 371.

Partiendo del análisis precedente de la H. Corte, se entiende que la Ley determina o establece los parámetros en base a los que, el deber del juez es aplicar y hacer uso de su leal saber sin violar al menos los principios generales del derecho o de la constitución aplicados a cada situación en concreto.

La rápida intuición humana como lo establece CALAMENDRI¹¹³ es una de las características fundamentales que debe poseer el juez, prevaleciendo ésta ante cualquier norma de derecho, pues el sentido de hacer justicia no se limita a dar la mitad de la razón a cada parte, sino de otorgarle a cada uno lo que le corresponde o de otra manera hacer valer a cada uno su derecho.

Aplicación de la Equidad: Infra Legem, Practen Legem y Contra Legem

En determinadas ramas del derecho la equidad ha surgido en función de la aplicación de las normas actuando como elemento correctivo de la rigidez y exigencias de la justicia abstracta plasmada en el positivismo legal en función de la justicia aplicada a los casos concretos.

Es así como la aplicación de la equidad Infra Legem ha sido utilizada de manera interpretativa e individualizadora en función del contenido estricto de la norma legal pero de conformidad con las exigencias de la justicia aplicadas al caso concreto.¹¹⁴

Es decir se interpreta la Ley y su contenido en virtud del caso específico sin que esto signifique ir en contra de los preceptos establecidos por la justicia, tratando de que alcance de la norma legal sea además justo y pueda aplicarse a determinado caso específico, pese a la generalidad con la que ha sido creada la norma. Además de esto, tuvo también una función complementaria que permitía darle al juez la posibilidad de aplicar criterios que el tenor literal de la norma no

¹¹³ CALAMENDRI, Alejandro. "Elogio de los Jueces". Ediciones Jurídicas. Europa-América Latina. Buenos Aires. 1969. Pág. 181. Citado por Eugenia Ordoñez Noriega. "Entorno a la Equidad como Fuente del Derecho". Ob. Cit. Pág. 70.

¹¹⁴ HASPER, Florencia Eugenia. "Argentina: La Equidad en el derecho administrativo" Pag. 36

contemplaba expresamente, lo cual sin separarse de la norma positiva permite aplicarla de forma específica y puntual a ciertos casos.

Rousseau considera a la Equidad como el medio de atenuar la rigidez del derecho y de la norma positiva en casos en los que su aplicación resulta rigurosa y no siempre justa.

Así también coincide el autor **Charles De Visscher**¹¹⁵ quién determina que la función del juez al momento de dictar sentencia pese a estar fundamentada en el derecho positivo, es también adaptar las normas de dicho derecho al caso específico, lo que genera la "*solution equitable*".

Tanto Rousseau como Charles De Visscher coinciden en el fondo de su teoría la cual es básicamente la aplicación de la Equidad para contrarrestar la rigidez de la Ley, por un lado directamente en ella y por otro refiriéndose específicamente a la función del juez el momento de resolver.

Si bien es cierto que los cuerpos legales fueron creados para mantener y limitar el orden y el respeto de los derechos de las personas, éstos no abarcan en el momento de su aplicación todos los casos que se van generando conforme el desarrollo de la sociedad y conforme las necesidades de los seres humanos, quienes en el día a día son objeto de la evolución y adaptación al medio en que se desenvuelven, lo que en ocasiones conlleva a que el alcance de las normas no se aplicable para generar soluciones justas y legales al mismo tiempo, por lo que actualmente la función y el protagonismo del Juez es fundamental al momento de analizar todos los hechos y pruebas que sustenten una causa, para que así dentro del marco jurídico establecido mediante la Ley se pueda la pueda aplicar en ya sea de manera específica o general dependiendo del caso en particular, con lo que además se puede generar precedentes importantes para el futuro.

¹¹⁵ HERRERO DE LA FUENTE, Alberto, "La equidad y los principios generales en el derecho de gentes", colección José María Ruda, Universidad de Valladolid, 1973, p. 49. Citado por Florencia Eugenia Hasper. "Argentina: La equidad en el derecho administrativo" Ob. Cit. Pág. 36

En casos de la aplicación de la Equidad *Infra legem* en el ámbito territorial del derecho internacional, las diferentes doctrinas coinciden en que el juez puede apreciar las características o elementos propios del caso en concreto, adaptándolos a las condiciones locales y finalmente buscar la aplicación estricta de la misma no genere situaciones injustas.¹¹⁶

En segundo lugar la aplicación de la Equidad *Practem Legem* es utilizada para llenar vacíos legales, en los casos en los que la falta de existencia de la norma legal imposibilita su aplicación o a su vez porque la normativa legal existente no es suficiente y no tiene un alcance que permita solucionar determinado conflicto.

Finalmente en la aplicación de la equidad *Contra Legem* tiene por objeto la omisión de la aplicación del derecho, ante lo cual el juez, en el ámbito internacional, tiene la facultad de no aplicarla siempre que cuente con el consentimiento de las partes.

¹¹⁶ HASPER, Florencia Eugenia. "Argentina: La Equidad en el derecho administrativo" Pag. 36

CAPITULO III

PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES Y LEGALES DEL ARBITRAJE EN EL ECUADOR

1. Historia del Arbitraje y su Evolución en el Ecuador

Así como el Arbitraje tiene sus orígenes en épocas antiguas, su historia en el Ecuador se remonta a aquellos tiempos en los que los seres humanos en virtud de satisfacer las necesidades que se presentaban en la sociedad acudieron a otro tipo de mecanismos para hacer justicia, en los que la voluntad de las partes prevalecía y otorgaba la competencia a terceras personas para resolver sobre un conflicto, excluyendo de esta manera la jurisdicción ordinaria que posteriormente estableciera el Estado.

La influencia del derecho español dejó un importante legado en la consagración de la institución arbitral en el Ecuador. Nos hemos referido antes al Fuero Juzgo en cuyas leyes se estableció en cierta forma el arbitraje, puesto que se considera como jueces además de los nombrados por el Rey y designados por otro Juez, a quienes habían sido escogidos por mutuo acuerdo de las partes.¹¹⁷

De esta manera la voluntad de las partes pasa a otorgar y tener efectos relevantes por un lado a quienes han sido investidos, por ellas mismas, de la potestad de juzgar y resolver respecto de una determinada controversia; y por otro lado a ser de carácter obligatorio para las partes el acatar la resolución que emitan los árbitros, siempre que en el compromiso en el que se manifiesta su voluntad no se estableciera el derecho a apelar a la resolución que pusiera fin a la controversia.

¹¹⁷ Pallares Portillo, Eduardo. "Historia del Derecho Procesal Civil Mexicano" Mexico, Edi. UNAM, 1967, pág. 50. Citado por Ernesto Salcedo "El Arbitraje la Justicia Alternativa" Ob. Cit. pág. 40.

El Fuero Juzgo además de validar la voluntad de las partes expresamente manifestada en el compromiso arbitral, en las Leyes de las Siete Partidas, se diferenciaba a los árbitros clasificándolos en: *avenidores*, aquellos que resolvían en estricto derecho y, los *arbitradores albedriadores* o *comunales amigos* quienes decidían según el modo en que lo creyeran a bien¹¹⁸, como consecuencia surgen las *fazañas* o *albedríos* los que eran fallos dictados de conformidad con la conciencia de los árbitros y que pasaron a ser precedentes vinculantes en el Sistema Legal de Castilla.

Los primeros aparecimientos del Arbitraje en nuestro sistema, datan en la Constitución Política de la Monarquía Española promulgada el 19 de marzo de 1812, cuyo artículo 280 versa:

*“No se podrá privar a ningún español del derecho de terminar sus diferencias por medio de jueces árbitros, elegidos por ambas partes”*¹¹⁹

En esta época prevalecía la voluntad únicamente de los españoles de someterse a la resolución de árbitros escogidos por *ambas partes* con lo que se puede considerar el compromiso arbitral como la norma que originaba el arbitraje, prevaleciendo ésta ante cualquier otra norma que sometiera a los españoles a la justicia común u otro tipo de jurisdicción.

El derecho que tenían los españoles de someter sus controversias a la resolución de *jueces árbitros* como lo denominaba la Constitución de la Monarquía española, fue evolucionando con el paso del tiempo y sirvió como precedente para la consagración del Arbitraje en el Ecuador.

¹¹⁸ GAMBOA MORALES, Ernesto. “El Arbitraje en Equidad” Ediciones Academia Colombiana de Jurisprudencia, Santa Fe de Bogotá 2003. Pág. 8.

¹¹⁹ CHACÓN CORADO, Mauro Roderico. “La Conciliación y el Arbitraje como instrumento para la solución de Conflictos en Guatemala” Artículo publicado en el Libro “El Arbitraje en el Derecho Latinoamericano y Español” Citado por Ernesto Salcedo “El Arbitraje la Justicia Alternativa” Ob. Cit. pág. 41.

Posteriormente, el arbitraje fue utilizado como método para solucionar el conflicto limítrofe entre Ecuador y Perú en el año de 1887. Surge como mecanismo de solución de dicho conflicto por el pedido que hizo el Ministro Plenipotenciario de Perú en Quito, el señor Emilio Bonifaz, quien expresó la voluntad del gobierno peruano de someterse a un arreglo limítrofe entre Perú y Ecuador mediante decisión arbitral.

En atención a dicho pedido el señor Emilio Bonifáz como Representante de Perú y, Don Modesto Espinoza en representación del Ecuador, firmaron el convenio mediante el cual manifestaban la voluntad soberana de los dos gobiernos de someterse a la decisión arbitral que en *derecho* emitiera el Rey de España como árbitro único, la que sería de carácter inapelable y definitivo.¹²⁰

Es en esta época en donde se recurre a la práctica del Arbitraje en el Ecuador en el ámbito internacional, teniendo en cuenta las escasas soluciones existentes que pusieran fin a un conflicto limítrofe en aquella época en el cual evidentemente cada una de las partes defendería sus propios intereses por lo que se determinó que dicho conflicto sería sometido a la resolución del Rey de España, utilizando como mecanismo de resolución el Arbitraje.

La confianza depositada por las partes en los terceros para que pongan fin a una controversia es la característica esencial y de donde surge el arbitraje. En este caso, la figura y la representación ejercida por el Rey de España desde la llegada de los españoles y la influencia del mismo en la Colonia dio origen a la sugerencia realizada por el Representante de Perú, la cual luego de ser acogida por el Gobierno Ecuatoriano se concretó en la suscripción de un Convenio que dio paso al Arbitraje.

Lamentablemente la resolución que se esperaba emitiera en este caso el árbitro único, nunca se emitió puesto que el Rey de España se inhibió de seguir

¹²⁰ ALVARADO GARAICOA, Teodoro. "Sinopsis del Derecho Territorial Ecuatoriano". Editorial Cervantes, Guayaquil, 1952, pág. 207. Citado por Ernesto Salcedo "El Arbitraje: la Justicia Alternativa" Ob. Cit. pág. 42.

conociendo la causa, luego de que en 1910 el Perú hizo un pronunciamiento de que no acogería al fallo si es que éste no convenía a sus intereses.¹²¹

En 1894 también surgió la posibilidad de iniciar un Arbitraje que pusiera fin a un problema limítrofe suscitado entre Perú y Colombia, por lo que se celebró una Conferencia Tripartita conformada entre Ecuador, Perú y Colombia en la que se sugería someter el conflicto a un Arbitraje de derecho y equidad debido a que un arbitraje en estricto derecho desencadenaría la guerra según lo reconocieron Peruanos y Colombianos en dicha Conferencia. El Arbitraje no fue procedente puesto que el Gobierno Ecuatoriano no aceptó la Convención Tripartita porque entre Colombia y Perú está de por medio el territorio Ecuatoriano, por tanto mal podría existir un conflicto limítrofe entre estos dos Estados.¹²²

En 1942 se suscribió el Protocolo de Rio de Janeiro en el cual se determinó la línea fronteriza entre Ecuador y Perú luego de haber sido este objeto de la agresión Peruana al territorio Ecuatoriano en 1941.

Para el efecto se conformaron las Comisiones Delimitadoras confiriendo, por expresa voluntad de los dos países, poder al Capitán de Navío Braz Díaz de Aguiar para actuar en calidad de Árbitro Único y resolver respecto de los posibles desacuerdos que pudieran suscitarse en cuanto a la demarcación fronteriza de la sección oriental, consecuentemente hubo un desacuerdo por parte de los países respecto del sector Lagartococha-Guepi, por lo que el Árbitro expidió su laudo el 14 de julio de 1945 resolviendo sobre el mencionado conflicto. Perú apeló dicho laudo solicitando se revea la resolución pronunciada alegando la existencia de irregularidades en el contenido del mismo, ante tal solicitud el árbitro acoge la

¹²¹ ALVARADO GARAICOA, Teodoro. "Sinopsis del Derecho Territorial Ecuatoriano". Editorial Cervantes, Guayaquil, 1952, pág. 207. Citado por Ernesto Salcedo "El Arbitraje: la Justicia Alternativa" Ob. Cit. pág. 43.

¹²² SALCEDO VERDUGA, Ernesto "El Arbitraje: la Justicia Alternativa" Ob. Cit. Pág. 42-43.

petición Peruana y en *oposición a la tradición jurídica* emite un segundo laudo el 13 de enero de 1947 en el cual se afectaban los intereses del Ecuador.¹²³

Posteriormente en 1998 se firma el Acuerdo de Paz entre Ecuador y Perú el que pone fin al conflicto territorial que había existido entre los dos países, Jamil Mahuad Presidente del Ecuador y Alberto Fujimori Presidente de Perú firmaron dicho acuerdo, como resultado de la decisión de los mandatarios de que actuaran en calidad de árbitros los países garantes de Protocolo de Río de Janeiro de 1942. A tal efecto el Congreso Ecuatoriano y el Congreso Peruano se comprometieron a acatar la resolución definitiva que terminara con el conflicto.¹²⁴

Las primeras normas que regularon la figura del Arbitraje Moderno en el Ecuador, se recopilaron en el Código de Procedimiento Civil promulgado el año 1960 el que fue aprobado por la Comisión Legislativa del Congreso de la República el 31 de marzo del mismo año.¹²⁵ Esta codificación incluyó por primera vez una sección que se refería al Juicio por Arbitraje, estableciendo los parámetros bajo los cuales se realizaba el actual proceso arbitral, sus normas se caracterizaban por ser muy *formalistas* y minuciosas en cuanto al compromiso arbitral o la cláusula compromisoria.

El Arbitraje regulado por el referido Código de Procedimiento Civil podía ser aplicado tanto al procedimiento arbitral interno como internacional puesto que no ha se hacía distinción entre estos, sin embargo si se refería específicamente al Arbitraje Civil y Comercial.

Las relaciones comerciales y el incremento de la actividad comercial en el país, generó la necesidad de buscar un método ágil y eficaz que facilitara la solución de

¹²³ ALVARADO GARAICOA, Teodoro. "Sinopsis del Derecho Territorial Ecuatoriano". Editorial Cervantes, Guayaquil, 1952, pág. 207. Citado por Ernesto Salcedo "El Arbitraje la Justicia Alternativa" Ob. Cit. pág. 43.

¹²⁴ SALCEDO VERDUGA, Ernesto "El Arbitraje: la Justicia Alternativa" Ob. Cit. Pág. 44.

¹²⁵ SALCEDO VERDUGA, Ernesto "El Arbitraje: la Justicia Alternativa" Ob. Cit. Pág. 44.

conflictos surgidos de las operaciones comerciales de forma más rápida sin tener que recurrir a los jueces y juzgados de la justicia ordinaria, lo que evidentemente significaba someterse a un proceso más largo.

El 23 de Octubre de 1963, mediante Decreto Supremo No. 735 se expidió la Ley de Arbitraje Comercial, publicada en el Registro Oficial No. 90 de 28 de octubre del mismo año la que originó el Arbitraje institucionalizado en el país, sometiéndolo a los Tribunales de las Cámaras de Comercio de la República, refiriéndose además al arbitraje internacional¹²⁶ reconociendo la jurisdicción de Comisiones nacionales e internacionales siempre y cuando se sometan a la mencionada Ley.

Los Centros de Arbitraje y Mediación adscritos a las Cámaras de Comercio eran los únicos en llevar a cabo los arbitrajes administrados y regulados por la referida norma legal, no obstante de ello existían las denominadas Comisiones de Reclamos y Arbitraje reguladas por la Ley en base a la cual se regía cada Cámara, dichas comisiones actuaban en base a la conciliación¹²⁷.

Su función consistía en conocer de los reclamos presentados contra importadores y exportadores que incumplieran sus obligaciones, los cuales previa la manifestación expresa de las partes eran sometidos al Arbitraje en caso de que no se solucionaran mediante conciliación. Además de ello, tenían la facultad de solicitar al Departamento de Cambios del Banco Central del Ecuador el cierre de los despachos de los comerciantes en el país, quienes incumplieran y no solucionaran los reclamos, la Comisión actuaba en esta forma con el fin de velar por los intereses y derechos de quienes acudían en busca de una solución.

¹²⁶ LARREATEGUI MENDIETA, Carlos. "Contribución al Estudio del Arbitraje Privado" Publicación de la Cámara de Comercio de Quito, Quito-Ecuador 1982. Pág. 23.

¹²⁷ LARREATEGUI MENDIETA, Carlos. "Contribución al Estudio del Arbitraje Privado" Ob. Cit. pág. 24.

Es interesante el acertado análisis que hace el doctor Carlos Larreátegui Mendieta¹²⁸ respecto a la escasa aplicación del arbitraje tanto nacional como internacional hasta el año de 1982, en que fue publicada su obra.

Fundamenta su análisis atribuyéndole al desconocimiento y a la falta de promoción del arbitraje como las razones por las cuales poco se recurre al procedimiento arbitral, lo cual determina no es una característica solo del Ecuador sino de los países de América Latina, pues evidentemente la diferencia entre la aplicación de los sistemas jurídicos del Common Law y el Romanista consagrado en las normas positivas, establecen parámetros que conllevan a recurrir en el primero al Arbitraje como método de solución de conflictos; y, en el segundo a la Jurisdicción Ordinaria establecida y regulada por el Estado.

En el Common Law los contratos que se celebran son, desde el punto de vista del autor, más complicados y detallistas, lo que deja espacios por cubrir en casos de suscitarse alguna controversia, a diferencia de los sistemas en donde imperan las leyes positivas puesto que en estos las relaciones contractuales eran celebradas apegadas y conforme a las normas de derecho, que a simple vista cubrían y abarcaban la solución a posibles controversias.¹²⁹

En la actualidad poco a poco se ha ido incrementando la práctica del Arbitraje no solo en materia comercial, a diferencia a la década de los ochenta en base a la que se hace el referido análisis.

La promoción del Arbitraje ha sido objeto de la constante labor de los Centros de Arbitraje y Mediación del país, con el objeto de difundir tanto al Arbitraje y la Mediación como Métodos Alternos de Solución de Conflictos ágiles y eficaces, que

¹²⁸ LARREATEGUI MENDIETA, Carlos. "Contribución al Estudio del Arbitraje Privado" Ob. Cit. pág. 23.

¹²⁹ ARAMBURU MENCHACA, Andrés A., "El Arbitraje Comercial en Iberoamérica", "Estudios sobre Arbitraje Comercial Internacional", Centro de Estudios Comerciales, Pág. 117-118. Citado por el doctor Carlos Larreátegui Mendieta, "Contribución al Estudio del Arbitraje Privado". Ob. Cit. pág. 24.

no solo permiten a quienes recurren a ellos terminar con una controversia, sino además a que su voluntad prevalezca en cualquier instante del proceso ya se en el Arbitraje o en la Mediación.

2. Ley de Arbitraje Comercial de 1963

Además de las normas sobre arbitraje contenidas en el Código de Procedimiento Civil, se expidió la Ley de Arbitraje Comercial, mediante el Decreto Supremo No. 735 de 23 de octubre de 1963 y publicada en el REGISTRO OFICIAL NO. No. 90 de 28 de octubre del mismo año, la cual regulaba el procedimiento arbitral a fin de lograr una administración de justicia más ágil y eficaz para la solución de conflictos básicamente mercantiles, los que eran sometidos a los Tribunales Arbitrales de las Cámaras de Comercio.

La Ley *ibidem* inicia reconociendo la validez de las cláusulas compromisorias y convenios celebrados entre las partes que acuerdan someter las controversias comerciales existentes o futuras a la decisión de los Tribunales de Arbitraje de las Cámaras de Comercio o a Tribunales o Comisiones nacionales o internacionales de Arbitraje.¹³⁰

El arbitraje nace por la voluntad expresa de las partes quienes deciden excluir la resolución de sus controversias de la jurisdicción judicial, dicho acuerdo se denomina *Acuerdo Arbitral*, el cual puede estar realizado en un solo acto o estar conformado por dos actos sucesivos en los cuales se encuentra la cláusula compromisoria y el compromiso arbitral, los cuales conceptualmente son diferentes pero que tienen el mismo objetivo final: someter a la decisión de los árbitros las cuestiones litigiosas surgidas entre las partes.¹³¹

Tanto la doctrina como el derecho positivo hacen diferencia entre la cláusula compromisoria y el compromiso arbitral, siendo básicamente que la cláusula

¹³⁰ Art. 1 Ley de Arbitraje Comercial, REGISTRO OFICIAL NO. No. 90 de 28 de octubre de 1963.

¹³¹ CAIVANO, Roque. "Arbitraje", Ob. Cit. pág. 107-108.

compromisoria somete al arbitraje todas las controversias futuras que puedan surgir originadas del contrato celebrado entre las partes, mientras que el compromiso arbitral se refiere cuando ya se ha suscitado la controversia, por lo cual éste puede determinar cuestiones explícitas respecto al proceso arbitral, al efecto de que se trata de una controversia en particular.

La mencionada Ley en el Art. 1 inciso segundo define a la cláusula compromisoria como la estipulación en virtud de la cual las partes que celebran un contrato se obligan a someter los conflictos que de éste puedan surgir a la decisión de un Tribunal Arbitral.

La cláusula compromisoria, según la define el doctor Roque Caivano es *el convenio por el cual las partes deciden someter algunos asuntos a arbitraje sustrayéndolos al conocimiento de los jueces ordinarios*¹³² refiriéndose estrictamente a asuntos futuros que eventualmente pueden existir y que obligatoriamente los someterán a la resolución de árbitros, cuyas facultades se encuentran determinadas por la misma cláusula.

En cambio, El compromiso arbitral, según lo define el doctor Roque Caivano es *el acuerdo de voluntades a través del cual las partes luego de verificar la existencia de un conflicto, convienen todo lo referente al arbitraje.*¹³³

El compromiso arbitral puede ser mucho más específico en base al reconocimiento del conflicto que hacen las partes por medio del mismo, por lo que consecuentemente además de los requisitos generales contentivos en la cláusula compromisoria éste puede hacer una manifestación específica del procedimiento arbitral.

No obstante de las diferencias existentes entre la cláusula y el compromiso arbitral, la autonomía de las partes es la que hace posible la jurisdicción

¹³² CAIVANO, Roque. "Arbitraje" Ob. Cit. Pág. 115

¹³³ CAIVANO, Roque. "Arbitraje" Ob. Cit. Pág. 137.

convencional, así lo determinó la Corte Suprema de Justicia del Ecuador en una sentencia en la que dice: "El arbitramiento, no consentido por las partes, implica violación de los preceptos constitucionales que prohíben la distracción de los litigantes de sus jueces naturales"¹³⁴

De esta manera, el doctor Carlos Larreátegui Mendieta considera la existencia de dos relaciones jurídicas generadas tanto por la cláusula como por el compromiso arbitral, la primera de derecho privado ya que surge entre las partes al acordar someterse al arbitraje; y la segunda de derecho público porque es en virtud de dicho acuerdo que el Estado reconoce las facultades jurisdiccionales otorgadas por las partes.¹³⁵

La Ley de Arbitraje Comercial a más de validar las cláusulas compromisorias y compromisos arbitrales, regula y establece las normas conforme las cuales las Cámaras de Comercio y los Tribunales Arbitrales desarrollarán el procedimiento arbitral.

El Art. 15 de la norma *ibídem* determina un aspecto fundamental del proceso arbitral, el cual se refiere a la forma en que decidirá el Tribunal, siendo ésta exclusivamente en Equidad.¹³⁶

La no obligatoriedad de los árbitros al sometimiento a otras normas legales para sustentar su resolución, es porque se trataba especialmente de arbitrajes comerciales los que se generaban en base a casos particulares los que podían no

¹³⁴ Gaceta Judicial, serie VI, No. 3, pág. 243. Citada por el doctor Carlos Larreátegui Mendieta, "Contribución al Estudio Privado" Ob. Cit. pág. 40.

¹³⁵ LARREATEGUI MENDIETA, Carlos. "Contribución al Estudio del Arbitraje Privado" Ob. Cit. pág. 40.

¹³⁶ Art. 15: "Teniendo en cuenta la finalidad del arbitraje comercial, los árbitros están facultados para decidir los asuntos sometidos a su conocimiento de acuerdo con su conciencia, honrado criterio y sentido de equidad. No están obligados por tanto a someterse a otras normas que las que contiene la presente Ley". Ley de Arbitraje Comercial, Registro Oficial No. 90 de 28 de octubre de 1963.

estar previstos en las leyes, en los cuales era necesario recurrir a la equidad como correctora de la rigurosidad de la Ley para así hacer justicia.

El aporte que proporcionó la referida Ley a la regulación del procedimiento arbitral fue de gran importancia ya que su contenido facilitó a que el Arbitraje sea un método más ágil para resolver las controversias suscitadas en el ámbito comercial, sin embargo con el transcurso del tiempo y con el desarrollo del Arbitraje, dicha ley fue derogada por la actual Ley de Arbitraje y Mediación publicada en el Registro Oficial No. 145 de 4 de Septiembre de 1997.

3. Análisis del artículo 191 de la Constitución Política de la República del Ecuador

La Constitución Política de la República del Ecuador publicada en el REGISTRO OFICIAL NO. 1 del 11 de agosto de 1998, en su Art. 191 expresaba:

“(Jurisdicción, Unidad Jurisdiccional y medios alternativos).- El ejercicio de la potestad judicial corresponderá a los órganos de la Función Judicial. Se establecerá la unidad jurisdiccional.

De acuerdo con la Ley habrá jueces de paz, encargados de resolver en equidad conflictos individuales, comunitarios o vecinales.

Se reconocerán el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la resolución de conflictos, con sujeción a la Ley.

Las autoridades de los pueblos indígenas ejercerán funciones de justicia, aplicando normas y procedimientos propios para la solución de conflictos internos de conformidad con sus costumbres o derecho consuetudinario, siempre que no sean contrarios a la Constitución y a las leyes. La Ley hará compatibles aquellas funciones con las del sistema judicial nacional”

El precedente artículo de la anterior Constitución Política de la República está conformado de tres partes esenciales y fundamentales sobre los que se determina la jurisdicción común y se reconoce otra forma de resolver los conflictos.

La primera parte establece la potestad de juzgar es decir el poder judicial el cual es otorgado exclusivamente a los órganos de la Función Judicial, los cuales son encargados y responsables de la resolución de todas las causas que ante ellos se tramiten.

El ejercicio de la potestad judicial la ejercen los jueces, quienes tienen el poder de administrar justicia otorgado por el Estado, lo cual consiste en la potestad pública de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, esto es la Jurisdicción.¹³⁷

La finalidad u objetivo de acudir ante el juez, presupone la existencia de un conflicto derivado de la relación jurídica entre personas. La función del juez es de gran importancia y complejidad ya que según la potestad que le otorga el Estado debe juzgar, para lo cual debe llegar al esclarecimiento de la verdad y además hacer cumplir lo juzgado, es decir en el evento de que las partes involucradas en el proceso no cumplan, el juez tiene poder de ejercer la fuerza y ejecutar lo juzgado.

Víctor Manuel Peñaherrera, al referirse al concepto de jurisdicción establece que éste se encuentra formado de tres procedimientos distintos los cuales son: el conocimiento de la verdad, juzgar y la ejecución.¹³⁸

El Art. 191 establecía además la Unidad Jurisdiccional, entendiéndola a esta como administrada y ejercida por un solo órgano, el cual correspondería a la función judicial mediante sus respectivos órganos.

¹³⁷ SALCEDO VERDUGA, Ernesto "El Arbitraje: la Justicia Alternativa" Ob. Cit. Pág. 7.

¹³⁸ PEÑAHERRERA, Víctor M.: "Lecciones de Derecho Práctico Civil y Penal" Tomo I, págs. 73-74. Citado por Ernesto Salcedo, "El Arbitraje: La Justicia Alternativa" Ob. Cit. Pág. 7.

En cuanto al Arbitraje, la Mediación y los procedimientos alternativos de resolución de conflictos, de forma muy general y explícita les otorga validez y reconocimiento con sujeción a la Ley.

Se refiere así mismo a los jueces de paz y su jurisdicción, específica en cierto tipo de conflictos.

Reconoce la Justicia incluyendo sus costumbres siempre y cuando éstas no sean contrarias a la Constitución y a la Ley.

La Constitución Política de la República del Ecuador de 1998, fue derogada por la Constitución de la República del Ecuador publicada en el Registro Oficial No.449 del 20 de Octubre de 2008, la que en el Art. 190 se refiere a los Medios Alternativos de solución de conflictos.

La primera parte del referido artículo versa lo siguiente:

“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.”

La actual Constitución hace un reconocimiento expreso del Arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la solución de conflictos pero en ésta a diferencia del derogado Art. 191 de la anterior Constitución se establece el tipo de materia sobre el cual se los aplicará, siendo ésta la que sea de naturaleza transigible.

El reconocimiento de los métodos alternos de solución de conflictos es el resultado de una administración de justicia congestionada, poco confiable en la eficacia y la celeridad del manejo de las causas, a cual ha sido contaminada por la mala administración de la misma y la falta de instrumentos para su mejor desarrollo.

La desconfianza y la inseguridad en la justicia ordinaria es una realidad existente desde hace algunos años, que se ha hecho presente no solo en Ecuador sino en la mayoría de países de Latinoamérica

En Argentina la crisis de la administración de justicia ha ocasionado la pérdida de prestigio y de credibilidad en el Poder Judicial, el cual no presta un servicio que cumpla con las expectativas de la sociedad, pese al reconocimiento de las garantías y derechos contenidos en las Leyes la administración de justicia es considerada como anticuada y, además carente de presupuesto, logística y remuneraciones lo que se refleja en la calidad de las sentencias que muchas veces no tienen fundamentos apropiados y que eventualmente son el resultado del mal manejo, la cantidad de causas que ante éste se someten y la falta de apoyo económico por parte del Estado al Poder Judicial.¹³⁹

Roque Caivano menciona a Aylwin Azócar respecto a su perspectiva de la solución de los conflictos, los cuales desde su punto de vista interesan a toda la sociedad así como también al Estado, siendo su importancia de carácter público y colectivo, afectando principalmente a los involucrados quienes tienen el derecho de sustraerlos del poder judicial¹⁴⁰.

A tal efecto al ser el Estado el *administrador de los recursos comunitarios* en beneficio y buscando el orden de la sociedad, reconoce a los métodos alternos de solución de conflictos.

La segunda parte del Art. 190 de la Constitución de la República, expresa lo siguiente:

“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”

¹³⁹CAIVANO, Roque. “Arbitraje” Ob. Cit. Pág. 29.

En casos en los que la controversia surja en base a la relación contractual entre una persona ya sea natural o jurídica privada y el Estado, el Arbitraje en derecho es procedente previa la aceptación del Procurador General del Estado.

Al respecto es muy cuestionable la libertad y autonomía de la parte privada contratante al ejercer su derecho a someter su controversia al procedimiento Arbitral, ya que su voluntad queda totalmente limitada al pronunciamiento y aceptación por parte de un organismo público, técnico jurídico el cual conforme lo consagra la actual Constitución tiene además de otras funciones la representación judicial del Estado y el patrocinio del Estado y sus instituciones¹⁴¹

El Convenio Arbitral, de conformidad con lo previsto en el inciso primero del Art. 5 de la Ley de Arbitraje y Mediación es el *“Acuerdo escrito en virtud del cual las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual (...)”*¹⁴²

No solamente la legislación ecuatoriana define al Convenio Arbitral como el *acuerdo de las partes* de someter a arbitraje las controversias que surjan o puedan surgir entre éstas sino también la doctrina.

Así lo define Roque Caivano al establecer que el arbitraje nace de la voluntad de las partes quienes se excluyen de la jurisdicción judicial remitiéndose a la decisión de particulares, acuerdo de voluntades que se denomina *“acuerdo arbitral”* o *“pacto de arbitraje”*¹⁴³

El convenio arbitral también es definido como *“un contrato mediante el cual las partes manifiestan su voluntad de deferir la solución de sus conflictos de intereses*

¹⁴¹ Art. 235, Constitución de la República del Ecuador, Registro Oficial No 449 del 20 de octubre de 2008.

¹⁴² Art. 5, Ley de Arbitraje y Mediación, Registro Oficial 145 del 4 de septiembre de 1997 y reforma REGISTRO OFICIAL NO. 532 de 25 de febrero de 2005.

¹⁴³ CAIVANO, Roque. “Arbitraje” Ob. Cit. Pág. 107.

*actuales o futuros, originados en una relación contractual o en una situación de hecho, a la justicia arbitral, quedando derogada la jurisdicción ordinaria (...)*¹⁴⁴

Por lo tanto, si partimos del hecho de que el arbitraje surge de la voluntad de las partes, la cual consta de manera expresa de someterse a la jurisdicción arbitral, sea independientemente en derecho o en equidad, lo que consecuentemente los excluye de la jurisdicción judicial resulta contradictorio que en el momento en que surja una controversia en virtud de dicho convenio arbitral, una de las partes en este caso el Estado, tenga la facultad de aprobar o rechazar la procedencia del proceso arbitral.

La piedra angular y la esencia del Arbitraje se originan en la voluntad de las partes, quienes ejercen libre e incondicionalmente su derecho a recurrir a la jurisdicción arbitral siendo ésta la que les genere más confianza y seguridad al momento de resolver un conflicto, entendiéndose que mediante la expresa manifestación de su voluntad renuncian el sometimiento ante la Función Judicial, lo cual se contradice en el momento en el que una de las partes de la relación contractual es el Estado, quien en ventaja de la otra tiene la opción subjetiva de rectificar o denegar el convenio arbitral.

La Constitución de la República al otorgar la potestad de aprobar la procedencia del Arbitraje en derecho a la Procuraduría General del Estado en casos de contratación pública, le concede a este órgano la facultad de actuar como juez y parte al momento de la existencia de una controversia surgida entre el Estado y los particulares, sobre la cual previamente se ha decidido será sometida a la resolución arbitral.

Además de la limitación a la voluntad de la parte privada contratante, ésta norma al ser de carácter supremo y de prevalecer ante cualquier otra norma se contrapone a lo establecido en el Art. 4 de la actual Ley de Arbitraje y Mediación

¹⁴⁴ RODRÍGUEZ VALCÁRCEL: "El Arbitraje Privado" Revista de Derecho Procesal, 1954, págs. 179 y siguientes. Citado por Ernesto Salcedo, "El Arbitraje: La Justicia Alternativa" Ob. Cit. Pág. 105.

en el que se prevé los requisitos que deberá contener el convenio arbitral cuando una de las partes es el Estado y que, dispone la autorización del Procurador General del Estado previa la suscripción del **Convenio Arbitral**, más no la aprobación de si es procedente o no el arbitraje.¹⁴⁵

Así mismo este artículo se contrapone al principio pro arbitraje el cual se encuentra implícitamente consagrado en el Art. 7 de la Ley de Arbitraje y Mediación¹⁴⁶ al establecer que los jueces deben inhibirse de conocer las demandas que se presenten conforme una relación contractual cuando existe un convenio arbitral, por lo que en caso de duda deberán estar a favor del arbitraje como mecanismo para solucionar y resolver sobre dicho conflicto, sin especificar las partes intervinientes o la materia del Arbitraje.

El principio "Favor Arbitris" tiene por objeto la protección del sistema arbitral contra las armas legales que para la jurisdicción ordinaria son tutela judicial del Estado.¹⁴⁷

En este sentido en el artículo analizado el propio Estado por un lado reconoce la validez del Arbitraje y por otro somete a juzgamiento su procedencia cuando una de las partes es el propio Estado.

4. Clasificación del Arbitraje según la Ley de Arbitraje y Mediación

Ley de Arbitraje y Mediación, publicada en el Registro Oficial 145 del 4 de septiembre de 1997 y reforma Registro Oficial 532 de 25 de febrero de 2005 reconoce la validez del sistema arbitral así como también la mediación asistida por un tercero como procedimientos de solución de conflictos.

¹⁴⁵ Art. 4, Ley de Arbitraje y Mediación, Registro Oficial No. 145 del 4 de septiembre de 1997 y reforma REGISTRO OFICIAL NO. 532 de 25 de febrero de 2005.

¹⁴⁶ Art. 7, Ley de Arbitraje y Mediación, Registro Oficial No. 145 del 4 de septiembre de 1997 y reforma REGISTRO OFICIAL NO. 532 de 25 de febrero de 2005

¹⁴⁷ SALCEDO VERDUGA, Ernesto "El Arbitraje: la Justicia Alternativa" Ob. Cit. Pág. 107.

Su primer artículo 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.”*¹⁴⁸

La norma ibidem regula en cuanto al arbitraje lo siguiente:

- ❖ Clase de arbitraje
- ❖ Capacidad para someterse a éste
- ❖ Convenio arbitral
- ❖ Medidas cautelares
- ❖ Demanda arbitral:
 - Contestación
 - Reconvención
 - Contestación a la reconvención.
 - Modificación de la demanda o contestación
 - No comparecencia del Demandado
- ❖ Etapa de mediación dentro del proceso arbitral
- ❖ Conformación del Tribunal Arbitral:
 - Designación de los árbitros
 - Constitución del Tribunal

¹⁴⁸ Art. 1, Ley de Arbitraje y Mediación, Registro Oficial No 145 del 4 de septiembre de 1997 y reforma REGISTRO OFICIAL NO. 532 de 25 de febrero de 2005.

- Obligaciones e inhabilidades de los árbitros
- Remplazo
- Recusación
- ❖ Audiencia de Sustanciación
- ❖ Diligencias para mejor proveer
- ❖ Audiencia de Estrados
- ❖ Duración del Arbitraje
- ❖ Forma de adoptarse el laudo o decisiones
- ❖ Firma de los árbitros
- ❖ Transacción
- ❖ Conocimiento del laudo
 - Inapelabilidad de los laudos
 - Nulidad de los laudos
 - Ejecución del laudo
- ❖ Rechazo de incidentes
- ❖ Confidencialidad del proceso arbitral
- ❖ Lugar del arbitraje
- ❖ Idioma
- ❖ Normas supletorias
- ❖ Procedimiento

- ❖ Organización de Centros de Arbitraje
- ❖ Reglamentos de los Centros de Arbitraje
- ❖ Arbitraje Internacional
- ❖ Regulación

Respecto a la clase de Arbitraje, la referida norma legal establece en su artículo tercero si el arbitraje será en Derecho o en Equidad, para lo cual se analiza en referido artículo en tres partes:

“Las partes indicarán si los árbitros deben decidir en equidad o en derecho, a falta de convenio, el fallo será en equidad.”¹⁴⁹

En este sentido la Ley faculta a las partes que sean quienes indiquen la base sobre la cual los árbitros fundamentarán su decisión, siendo en Derecho exclusivamente cuando exista un pronunciamiento expreso al respecto, de lo contrario resolverán en equidad.

El hecho de que la Equidad supla el silencio de la voluntad de las partes en el arbitraje, determina el valor y la trascendencia que a lo largo de la historia ha sido característica de la misma, siendo la justicia uno de los valores fundamentales de la equidad la que tiene por objeto corregir la rigidez y aplicación de la normas de derecho las que no siempre por ser de carácter legal serán justas.

Más aún en el arbitraje, mecanismo al cual las partes someten determinada controversia ya que además de ser un método eficaz y célere en el que depositan su confianza en la resolución de uno o varios terceros, existen casos en los que la Ley no prevé ni abarca normas que regulen conflictos que emanen de cierto tipo de relaciones jurídicas.

¹⁴⁹ Art. 3, Ley de Arbitraje y Mediación, Registro Oficial No. 145 del 4 de septiembre de 1997 y reforma REGISTRO OFICIAL 532 de 25 de febrero de 2005.

Así mismo como lo establece nuestra legislación respecto a que a falta de pronunciamiento expreso el arbitraje será en equidad lo establecen las legislaciones de Perú¹⁵⁰, Bolivia¹⁵¹, Paraguay¹⁵² y Uruguay¹⁵³.

Contrario a esta disposición existen legislaciones como la que Argentina¹⁵⁴ y la de Costa Rica¹⁵⁵ por ejemplo que determina el arbitraje en equidad siempre que las partes así lo hayan dispuesto, en caso de silencio será en derecho.

“Si el laudo debe expedirse fundado en la equidad, los árbitros actuarán conforme su leal saber y entender y atendiendo a los principios de la sana crítica. En este caso, los árbitros no tienen que ser necesariamente abogados”¹⁵⁶

La segunda parte del referido artículo, expresamente determina el fundamento sobre el cual deberá expedirse el laudo, siendo esto conforme al leal saber y entender y atendiendo los principios de la sana crítica de los árbitros, quienes por tratarse de un arbitraje en equidad no tienen que ser necesariamente abogados y que muchas veces aportan con sus especialidades a la resolución de los conflictos sobre los que en distintas materias se trate.

¹⁵⁰ LEY 26572 Art. 3. “Salvo que las partes hayan pactado expresamente que el arbitraje será en derecho, el arbitraje se entenderá de conciencia”. Citado por Ernesto Gamboa Morales. Ob. Cit. pág 31.

¹⁵¹ LEY No 1770 Art. 54. (Normas aplicables al fondo) “Salvo pacto en contrario, el Tribunal Arbitral decidirá según la equidad y conforme a sus conocimientos y leal saber y entender. Citado por Ernesto Gamboa Morales. Ob. Cit. pág 32.

¹⁵² LEY 1337 de 1998 Árbitros y arbitradores. El Tribunal podrá ser de jueces árbitros o de arbitradores. Los árbitros juris resolverán conforme a derecho. Los arbitradores, amigables componedores, podrán resolver según la equidad. A falta de acuerdo, o mediando dudas, se entenderá que la cuestión ha sido sometida a tribunal de jueces arbitradores. Citado por Ernesto Gamboa Morales. Ob. Cit. pág 32.

¹⁵³ LEY 15.982, Art. 477. Compromiso:... El compromiso deberá contener:...5) La mención de si el arbitraje es de derecho o de equidad; si nada se dijere, los árbitros fallarán por equidad. Citado por Ernesto Gamboa Morales. Ob. Cit. pág 32.

¹⁵⁴ Proyecto de Ley de Arbitraje Federal (2001) Artículo 28 (3) “El Tribunal arbitral decidirá ex aequo et bono si las partes le han autorizado a hacerlo” Citado por Ernesto Gamboa Morales. Ob. Cit. pág 32.

¹⁵⁵ LEY No. 7727 Artículo 19.- Arbitraje de derecho: “El arbitraje podrá ser de derecho o de equidad. Cuando no exista acuerdo expreso al respecto, se presumirá que el arbitraje pactado por las partes es de derecho”. Citado por Ernesto Gamboa Morales. Ob. Cit. pág 32.

¹⁵⁶ Art. 3, Ley de Arbitraje y Mediación, REGISTRO OFICIAL 145 del 4 de septiembre de 1997 y reforma REGISTRO OFICIAL 532 de 25 de febrero de 2005.

El espectro jurídico presupone la existencia de una realidad compleja, la cual se encuentra conformada tanto por las normas legales o de derecho y por la equidad, por lo que es necesario no solo tener una perspectiva que supere la visión estricta y reguladora de las normas de derecho y que aplique la equidad no solo en base al leal saber y entender de quien juzga sino también en base a los valores y principios característicos de la humanidad.

La precedente norma nada dice respecto a la prohibición de los árbitros facultados para juzgar en equidad de aplicar o referirse a la norma expresa sobre todo si se trata de los principios y garantías consagrados en la Constitución por lo que es discutible el hecho de argumentar o recurrir alguno de estos para la fundamentación del laudo, siempre que no sea en su totalidad.

“Si el laudo debe expedirse fundado en derecho, los árbitros deberán atenerse a la Ley, y a los principios universales de derecho, a la jurisprudencia y a la doctrina. En este caso, los árbitros deberán ser abogados.”¹⁵⁷

En el caso del arbitraje en derecho, al ser éste el argumento fundamental del laudo arbitral, deberá estar apegado a las normas del ordenamiento jurídico así como también a las fuentes del derecho.

Evidentemente en este caso, los árbitros deberán ser conocedores del derecho por lo tanto obligatoriamente serán abogados, quienes solo en base y conforme a la Ley podrán resolver.

¹⁵⁷ Art. 3, Ley de Arbitraje y Mediación, REGISTRO OFICIAL NO. 145 del 4 de septiembre de 1997 y reforma REGISTRO OFICIAL NO. 532 de 25 de febrero de 2005.

5. Arbitraje en Equidad.-

5.1. Antecedentes Históricos

El arbitraje en equidad tiene sus orígenes desde los inicios de la humanidad en donde se confiaba en la sabiduría, experiencia y prudencia en ciertas personas para que fueran éstas quienes resolvieran un conflicto.

Su historia se remonta al Génesis y el Éxodo de la Biblia¹⁵⁸, en las Leyes Hindúes, en la Ley Romana y en la Mitología Griega¹⁵⁹

El arbitraje en equidad es un mecanismo completo para resolver los conflictos partiendo de que desde los inicios de la convivencia de los seres humanos, en virtud de sus distintas necesidades y circunstancias se fueron generando conflictos entre los mismos, quienes en vista de la carencia de normas que regularan las eventualidades que se suscitaren se veían involucrados en el conflicto acudían a un tercero imparcial para que decidiera por ellos, generalmente éste tercero imparcial como por ejemplo el príncipe Paris es quién resuelve en calidad de árbitro en una historia de la Mitología Griega¹⁶⁰; o, los amigables componedores que durante el Fuero Juzgo buscaban llegar a una avenencia entre las partes¹⁶¹.

En el derecho romano se distinguía entre Arbitrator y el Iudex, siendo el Arbitrator quién decidía sujeto a lo que las partes habían previsto en la relación que daba

¹⁵⁸ Biblia, Génesis, 31.53

¹⁵⁹ DUQUE ECHEVERRI J. Emilio, "Del Arbitramento Mercantil" Colección Jurídica Bedout 1976. Citado por GAMBOA MORALES, Ernesto.: "El Arbitraje en Equidad". Ediciones Academia Colombiana de Jurisprudencia, Santa Fé de Bogotá 2003. Pág. 5

¹⁶⁰ REPOLLÉS, José. "Las Mejores Leyendas Mitológicas". EL Juicio de París. Citado por Ernesto Salcedo Verduga, en su obra "El Arbitraje, Justicia Alternativa". Cit., pág. 30.

¹⁶¹ GAMBOA MORALES, Ernesto.: "El Arbitraje en Equidad". Ediciones Academia Colombiana de Jurisprudencia, Santa Fé de Bogotá 2003. Pág. 7

origen al arbitraje; y, el *ludex* quién era escogido por el Pretor y que decidía conforme lo establecido por él mismo.¹⁶²

Posteriormente en el derecho intermedio se hace una distinción entre *Arbitrer* y *Arbitrator*. *Arbitrer* quién decidía conforme a derecho respecto de un conflicto que las partes le hayan confiado; y *Abitrator* quien era escogido por las partes y decidía en equidad o *Ex bono et aequo*. Una diferencia entre las dos formas del arbitraje en el derecho romano es únicamente las decisiones emanadas por el *Arbitrer* eran apelables¹⁶³ es desde entonces cuando se establece una diferencia entre quienes decidían conforme a lo establecido en las normas y quienes lo hacían fundamentados en la equidad.

En el derecho anglosajón la equidad era el fundamento principal de los fallos no específicamente de arbitraje pero si del Tribunal Real, en el que el privilegio de quienes lo conformaba era de “gracia y equidad”¹⁶⁴.

Posteriormente el derecho aplicado por los jueces anglosajones provenía del *Common Law* y de la *Equity*. El *Common law* basado en el derecho consuetudinario, utilizando los precedentes para luego ser consolidado por los Órganos de Grado Superior; y, la *Equity* entendida como las reglas e institutos contenidos por preceptos similares que se introducían en cada caso y que formaban parte de la *Court of Chancery* la cual se inspiraba en principios éticos, religiosos y morales ante la cual se apelaba y decidía respecto de las resoluciones en derecho dictadas de conformidad con el *Common Law*¹⁶⁵

¹⁶² CARDENAS MEJÍA, Juan Pablo.: “El Arbitraje en Equidad” *Universitas*, junio, número 105. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá Colombia, 2003. Pág.:349.

¹⁶³ CARDENAS MEJÍA, Juan Pablo.: “El Arbitraje en Equidad” *Universitas*, junio, número 105. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá Colombia, 2003. Pág.:349.

¹⁶⁴ GAMBOA MORALES, Ernesto.: “El Arbitraje en Equidad”. Ediciones Academia Colombiana de Jurisprudencia, Santa Fé de Bogotá 2003. Pág. 9

¹⁶⁵ GAMBOA MORALES, Ernesto.: “El Arbitraje en Equidad”. Ediciones Academia Colombiana de Jurisprudencia, Santa Fé de Bogotá 2003. Pág. 10.

Es evidente la importancia de la equidad a lo largo de la historia, indistintamente de las sociedades o la forma en la que ha sido aplicada, es una virtud que refleja la justicia en el ámbito social y personal de cada individuo.

Por otro lado los orígenes del Arbitraje demuestran la necesidad de los seres humanos de acudir a terceros en quienes las partes involucradas depositan su absoluta confianza para que decidan y resuelvan el problema en el que están inmersos.

La aplicación de la equidad en el arbitraje fortalece a éste mecanismo que surge desde la antigüedad y que se ha ido fortaleciendo en la medida en que la sociedad y el hombre han sentido la rigidez de la aplicación estricta del derecho; y que muchas veces por ser legal deja de ser justo.

Los árbitros que deciden en equidad fundamentan su resolución o laudo basados en los principios de la sana crítica y en su leal saber y entender, siendo estas características que les otorga la facultad ilimitada para resolver sin caer en la arbitrariedad ni en la actuación irresponsable de los mismos.

La aplicación de la sana crítica parte de la actuación prudente que se aplica luego de haber evaluado una situación en especial, lo cual permite aplicar ciertos criterios conforme resulte necesario a cada caso.

Los elementos de la sana crítica son el conocimiento, la experiencia y la lógica de las apreciaciones al momento de resolver¹⁶⁶

El conocimiento adquirido por los árbitros ya sea en derecho o en las distintas ramas en las que sean especialistas da la pauta para que sea aplicado independientemente a cada caso y permita que el arbitraje en equidad tenga un horizonte más amplio y de diversos criterios que no se apeguen necesariamente a las normas de derecho.

¹⁶⁶ NEIRA ORELLANA, Edgar. "El Arbitraje en Equidad" Conferencia dictada en el curso de Formación de Secretarios Arbitrales, Centro de Arbitraje y Mediación Cámara de Comercio de Quito, Enero 2009.

La experiencia genera la oportunidad de que luego de un análisis y evaluación del conflicto los árbitros puedan aplicar sus conocimientos en base a situaciones similares y anteriores que si bien no serán iguales pueden tener un mismo origen o de alguna manera cierta relación.

La lógica de proposiciones al momento de resolver es el resultado que se obtiene como consecuencia de la aplicación del conocimiento y de la experiencia que permiten resolver en virtud de un razonamiento lógico y positivo en el cual se fundamenta el laudo arbitral y que determina el fin de una controversia en base a distintas perspectivas.

El leal saber y entender de los Árbitros que deciden en equidad se entiende como el conocimiento fiel, y apegado a la realidad de los hechos que han sido debidamente demostrados durante el proceso arbitral, y que aplicados con los principios de la sana crítica emanan como resultado una resolución final que no necesariamente está prevista en las normas derecho.

“El arbitraje en Equidad es la modalidad más emblemática del arbitraje y basa su fundamento en el leal saber y entender del profesional que actuando como árbitro escuche de las partes, ya que aplica la práctica generalizada y universalmente aceptada del sector en el que se encuadre la disputa. Básicamente el arbitraje en Equidad se basa en lo justo”.¹⁶⁷

Siendo la justicia el valor fundamental de la equidad, el cual aparece desde la antigüedad como el valor de la convivencia humana, es además un factor determinante y regulador de las relaciones entre personas que habitan en sociedad, implica que la función de los árbitros es analizar y evaluar todas las perspectivas del conflicto y sus pruebas sin tener que recurrir a las normas jurídicas para generar una solución justa y equitativa que no solo satisfaga la

¹⁶⁷ <http://www.mediacionyarbitraje.com.sv/modelos.php>

No obstante de que los árbitros no están obligados a fallar conforme a derecho, es totalmente facultativo de éstos la valoración de pruebas carentes de formalidades o solemnidades dentro del proceso, sin que esto implique decidir arbitrariamente.

En contraposición a esto, existe también el sostenimiento de que la facultad de los árbitros de fallar en equidad no significa que se pueda distorsionar, ni mucho menos violar las normas del debido proceso, las cuales tienen por objeto velar por las garantías y el orden del mismo.¹⁷⁰

En el caso Ecuatoriano, la Ley de Arbitraje y Mediación publicada en el Registro Oficial REGISTRO OFICIAL NO. 145 del 4 de septiembre de 1997 y reforma REGISTRO OFICIAL NO. 532 de 25 de febrero de 2005 no establece ni regula el procedimiento del trámite que se debe seguir en el arbitraje en equidad.

Por un lado el artículo 3¹⁷¹ de la norma referida determina únicamente que a falta de pronunciamiento expreso de las partes se entenderá que el arbitraje será en equidad, así como también que los árbitros quienes decidan en equidad no tienen que ser necesariamente abogados, sin establecer nada en cuanto al procedimiento en este tipo de arbitraje ni tampoco que las facultades de los árbitros puedan regular el mismo.

Por otra parte el artículo 38¹⁷² del mencionado cuerpo legal determina y establece las normas que regularán el procedimiento arbitral en general, siendo éstas

¹⁷⁰ “El fallo en conciencia es solo una forma de atenuar el rigorismo legal al momento de decidir en el fondo de la controversia planteada, pero de ninguna manera la puerta para que los árbitros diseñen su propio procedimiento. En otras palabras, que deba fallar en conciencia no autoriza al árbitro, ni a las partes, para pretermitir las reglas del debido proceso. Las reglas, principios y el régimen propio del proceso arbitral deben ser observados como un garantía del orden, de discusión suficiente, de conocimiento leal del conflicto y de determinación oportuna del mismo “ Laudo Arbitral Clínica de ojos Ltda. Vs. Teroptic Cortez Ltda., Bogotá-Colombia.

¹⁷¹ Art. 3: “Las partes decidirán si los árbitros deben decidir en equidad o en derecho, a falta de convenio, el fallo será en equidad. Si el laudo debe expedirse fundado en la equidad, los árbitros actuarán conforme a su leal saber y entender y atendiendo a los principios de la sana crítica. En este caso, los árbitros no tienen que ser necesariamente abogados (...)” Ley de Arbitraje y Mediación, REGISTRO OFICIAL NO. 145 del 4 de septiembre de 1997 y reforma REGISTRO OFICIAL NO. 532 de 25 de febrero de 2005.

¹⁷² Art. 38: “El arbitraje se sujetará a las normas de procedimiento señaladas en esta Ley, al procedimiento establecido en los Centros de Arbitraje, al determinado en el convenio arbitral o al que las partes escojan, sin perjuicio de las normas de las normas que sean

principalmente las que establezcan las partes y las que se encuentran referidas en dicha ley, sin nada decir en cuanto a la especificidad del procedimiento en el arbitraje en equidad, lo cual deja abierto y a discreción del Tribunal Arbitral el hecho de adoptar normas del Código de Procedimiento Civil para regular el procedimiento del proceso arbitral independientemente de que el laudo no esté fundamentado a las normas de derecho.

La doctrina respecto a la diferencia entre arbitraje en equidad o en derecho determina la libertad de los árbitros o también denominados *Amigables Compondores*¹⁷³ a sujetarse o no a la norma positiva, prevaleciendo siempre las normas procedimentales o de fondo a las que se someten las partes en el convenio arbitral para regular el procedimiento arbitral.

Roque Caivano, establece que los *Amigables Compondores* están “*dispensados, por voluntad de las partes, de sujetarse a las reglas de procedimiento del código y de aplicar soluciones previstas en las normas de fondo para la resolución del caso*”.¹⁷⁴

En un inicio se llegó a confundir el término de Amigables Compondores con la figura de un mediador o conciliador, por lo que mal se entendía que la función del Amigable Compondor era lograr un avenimiento entre las partes, lo cual en la medida en que se fue desarrollando el arbitraje en equidad se llegó a establecer que los Amigables Compondores eran árbitros, de los cuales cuya sentencia o resolución emanara tendría carácter definitivo e inapelable.

aplicables” Ley de Arbitraje y Mediación, REGISTRO OFICIAL NO. 145 del 4 de septiembre de 1997 y reforma REGISTRO OFICIAL NO. 532 de 25 de febrero de 2005.

¹⁷³ “Esta locución proviene de la voz francesa *amiable compositeur*. La utilización de esta denominación es históricamente comprensible, ya que el Código Francés de 1806 fue una de las fuentes de las cuales se nutrieron nuestros Códigos Procesales” CAIVANO, Roque. “Arbitraje” Ob. Cit. Pág.: 73.

¹⁷⁴ CAIVANO, Roque. “Arbitraje” Ob. Cit. Pág.: 73.

Posteriormente se les denomina también Árbitros de equidad, y según el análisis que realiza Caivano¹⁷⁵, la libertad de éstos en el proceso arbitral se divide en dos partes:

1.- El procedimiento.- es una libertad la cual puede ser limitada únicamente por las partes quienes pueden especificar las reglas procedimentales la que serán de carácter obligatorio para los árbitros.

2.- El Sustento del Laudo.- en éste sentido los árbitros tienen total libertad de fallar en base a su leal saber y entender sin estar sujetos a ningún tipo de norma expresa, lo cual es la característica fundamental del arbitraje en equidad.

Es importante destacar que la libertad de los árbitros respecto al procedimiento arbitral es algo que independientemente de estar establecido por las partes puede ser de carácter discrecional de los mismos en caso de no existir acuerdo expreso o especificidad en cuanto al mismo, lo que genera la facultad de que dependiendo del criterio del Tribunal Arbitral éstos puedan adoptar una postura más flexible durante el proceso, sin caer en la arbitrariedad ni tampoco violando principios fundamentales de las partes en el proceso.¹⁷⁶

Respecto a la sustentación del laudo en equidad, los árbitros deberán hacer uso de su sentido y de la razón para que su resolución sea el resultado del análisis y del reconocimiento fiel de la realidad de los hechos del proceso arbitral.

Existen contraposiciones en cuanto a la confiabilidad de las partes a someterse al arbitraje en equidad. Por un lado hay quienes creen que la facultad característica de los árbitros de fallar en equidad puede ser objeto de arbitrariedad y de un manejo indiscriminado del criterio de los árbitros en el momento de resolver. Sin

¹⁷⁵ CAIVANO, Roque. "Arbitraje" Ob. Cit. Pág.: 74.

¹⁷⁶ "Aún cuando no tenga ningún tipo de restricción proveniente de los acuerdos arbitrales, deberán respetarse ciertos principios elementales: la garantía de la defensa en juicio, que importa la efectiva vigencia del derecho a ser oído y a reproducir prueba —dentro de las limitaciones propias de los árbitros— y el derecho a una decisión intrínsecamente justa." ¹⁷⁶ CAIVANO, Roque. "Arbitraje" Ob. Cit. Pág.: 74.

embargo por otra parte el Arbitraje en equidad ha sido visto como la manera de acercarse a lo que desde un inicio fue característica del Arbitraje, e incluso fue recomendado en las conclusiones establecidas por las Segundas Jornadas Nacionales de Profesores de Derecho –que se llevaron a cabo en la Facultad de Derecho de la UBA los días 10, 11 y 12 de septiembre de 1992- en las que determinaron que se debe implementar el sistema de amigables compondores para obtener fórmulas de decisión informal.¹⁷⁷

El fallo en equidad puede ser pactado previamente por las partes o a su vez la legislación ecuatoriana contempla que a falta de pronunciamiento expreso de las partes la decisión será en equidad.¹⁷⁸

Existe una excepción expresa respecto a esta regla, la cual establece que será el arbitraje en derecho siempre que una de las partes sea el Estado, por lo que en caso de silencio, respecto de la decisión arbitral, en un convenio o cláusula arbitral contenida en un contrato en virtud del cual se genera la controversia y, que una de las partes es el Estado ecuatoriano no significa que será un arbitraje en equidad¹⁷⁹

Sin embargo, mediante sentencia interpretativa la Corte Constitucional¹⁸⁰, de manera expresa establece que el inciso final del artículo 422 de la Constitución de la República del Ecuador¹⁸¹, prevalece ante las demás normas y aplica soluciones

¹⁷⁷ CAIVANO, Roque. "Arbitraje" Ob. Cit. Pág.: 75.

¹⁷⁸ Art. 3 Ley de Arbitraje y Mediación, REGISTRO OFICIAL NO. 145 del 4 de septiembre de 1997 y reforma REGISTRO OFICIAL NO. 532 de 25 de febrero de 2005.

¹⁷⁹ "Art. 190 (...) 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." Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial No 449, 20 de octubre de 2008.

¹⁸⁰ Sentencia Interpretativa No. 0001-09-SIC-CC Caso 0005-09-IC de la Corte Constitucional, Publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 549, lunes 16 de Marzo de 2009.

¹⁸¹ Art. 422 (...) "En el caso de controversias relacionadas con la deuda externa, el Estado ecuatoriano promoverá las soluciones arbitrales en función del origen de la deuda y con sujeción a los principios de transparencia, equidad y justicia internacional" Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial No 449, 20 de octubre de 2008.

arbitrales con sujeción a principios de transparencia, equidad y justicia internacional, en casos de controversias relacionadas con la deuda externa.

La referida sentencia es emitida en función de la consulta realizada por la Secretaría General Jurídica de la Presidencia de la República, en base a la estipulación contenida en el capítulo VIII de Normas Generales, en la letra b) del artículo 8.04 del contrato de préstamo a suscribirse con el Banco Internacional de Desarrollo y el Gobierno del Ecuador para la realización de un préstamo. Dicha estipulación determina que *“(...) El Tribunal fallará en conciencia, con base en los términos de este contrato y pronunciará su fallo aún en el caso de que alguna de las partes actúe en rebeldía”*

El artículo 190 de la Constitución de la República, establece que:

“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 que por su naturaleza se puedan 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”¹⁸²

La norma constitucional, considera procedente el Arbitraje en Derecho, siempre y cuando sea aprobado por la Procuraduría General del Estado, lo cual se contrapone con lo establecido en el artículo 8.04 del mencionado contrato, por lo que se consulta a la Procuraduría la posibilidad de sometimiento del Estado a un arbitraje en conciencia o en equidad.

En atención a la consulta formulada, el Procurador General del Estado manifestó que: *“se autoriza al Ministerio de Finanzas a someterse al país a arbitraje*

¹⁸² Art. 190, Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial No 449, 20 de octubre de 2008.

*internacional, siempre y cuando, se subsane la observación al artículo 8.04 detallada en el numeral 3 de este pronunciamiento”*¹⁸³

Es decir, la Procuraduría General del Estado, acepta el sometimiento al arbitraje internacional, subsanando la especificación de que sea un fallo en equidad, y en concordancia con el artículo 190 debería ser un arbitraje en derecho.

El fundamento de la Secretaria General Jurídica de la Presidencia, para la realización de la precedente consulta se enfoca en tres puntos, los cuales considera han sido olvidados en el pronunciamiento de la Procuraduría, siendo el primero que al referirse de un contrato de préstamos con un organismo multilateral de crédito internacional no implica que se trate de contratación pública y por lo tanto que no se aplican las normas invocadas por el Procurador.

En segundo lugar, que las normas aplicadas por la Procuraduría en la absolución de la consulta se refieren a entidades públicas que se someten al arbitraje en el territorio ecuatoriano, e invoca a la extraterritorialidad de la ley del artículo 14 del Código Civil, el cual contempla que *“los sujetos que están fuera del Ecuador se someterán a las leyes de la República, cuando existan actos que deben verificarse en el Ecuador; y, las obligaciones o hechos que nacen de la familia (...)”*¹⁸⁴

Finalmente aduce que el artículo 422 de la misma Constitución, contempla al tratarse de la deuda externa, el someterse al arbitraje en equidad.

La respuesta de la Corte Constitucional, es que si cabe el arbitraje en equidad respecto al contrato de préstamo celebrado con el BID, así mismo en todos los casos de controversias relacionados con la deuda externa.

¹⁸³ Sentencia Interpretativa No. 0001-09-SIC-CC Caso 0005-09-IC de la Corte Constitucional, Publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 549, lunes 16 de Marzo de 2009. Pág. 2.

¹⁸⁴ Sentencia Interpretativa No. 0001-09-SIC-CC Caso 0005-09-IC de la Corte Constitucional, Publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 549, lunes 16 de Marzo de 2009. Pág. 2.

Tomando en cuenta las ventajas del arbitraje en equidad, en cuanto a la amplitud y flexibilidad que tienen los árbitros para la aplicación de la Ley, especialmente si se trata de arbitraje internacional en cuyo caso la aplicación estricta y rígida de la normativa legal por más apego que exista a las normas del derecho internacional, podría ser estricta y rígida para alguna de las partes, es importante recalcar que siendo el Estado una de las partes, ya sea en controversias que surjan respecto a contratación pública o a la deuda externa debería existir uniformidad legal y de criterios sobre si es procedente o no el arbitraje en equidad.

La territorialidad o el lugar en donde se esté celebrando el contrato no es un factor determinante para que en función de esto se resuelva en derecho o en equidad, siendo la equidad un principio universal utilizado desde los inicios de la humanidad y anterior a la codificación de todas las normas, plenamente válida para ser aplicada dentro o fuera del territorio ecuatoriano.

Obviamente, el contrato de préstamo celebrado con el BID no tiene objeto ni fines para realizar una contratación pública, por lo que no se aplicaría el artículo 190 de la Constitución.

Es necesario considerar que en el derecho internacional la normativa está relacionada con las normas y principios de la equidad, por lo que es aplicable el arbitraje en Equidad, tomando en cuenta que el ámbito del mismo será vinculado a temas que estén relacionados con la deuda externa, en caso de existir controversias evidentemente se buscará obtener soluciones equitativas que no afecten los intereses de los estados los cuales representan los intereses y el bienestar de todo su pueblo.

En este sentido la estricta aplicación de la ley, puede no estar acorde a las necesidades y a la realidad que vive un Estado en relación con otros países u organismos del mundo por lo que sería contraproducente regirse y apegarse solamente a normas de derecho para motivar en estos casos el laudo arbitral.

De conformidad con el artículo 3 de la Ley de Arbitraje y Mediación¹⁸⁵, cuando se trata de un arbitraje en equidad no es necesario que los árbitros sean profesionales del derecho, lo que por un lado otorga la facultad a los árbitros de fallar en base a su leal saber y entender, pero por otro lado también genera la potestad de que al no ser los árbitros abogados sean más dúctiles en cuanto a las normas procedimentales.

Siendo el laudo desapegado a las normas de derecho existen legislaciones en las que por ejemplo: la legislación Colombiana, la Ley establece la no obligatoriedad de las partes a comparecer mediante la representación de un abogado dentro del proceso arbitral.¹⁸⁶

En cierta forma muchas veces los abogados tratan de evadir normas procedimentales por tratarse de un arbitraje en equidad, si bien es cierto la comparecencia de estos y su función durante y dentro del proceso es de colaborar con la eficacia y celeridad del arbitraje sin dejar de lado la voluntad de las partes, el procedimiento es igual, lo que cambia es la fundamentación del laudo, por lo que solamente será a discrecionalidad de los árbitros aplicar de estricta forma o no las normas que regulen el procedimiento del proceso.

El desconocimiento de las partes y también de los árbitros de principios fundamentales –exclusivamente– del debido proceso genera la polémica respecto a la libertad de los árbitros no solamente para emitir el laudo conforme a la equidad sino también a la flexibilidad que éstos le den al procedimiento y respecto a las pruebas que se actuarán en el mismo.

La Ley de Arbitraje y Mediación en ese sentido no prolifera ningún tipo de restricción en cuanto a la comparecencia de las partes representadas por

¹⁸⁵ Art. 3 Ley de Arbitraje y Mediación, REGISTRO OFICIAL NO. 145 del 4 de septiembre de 1997 y reforma REGISTRO OFICIAL NO. 532 de 25 de febrero de 2005.

¹⁸⁶ CARDENAS MEJÍA, Juan Pablo.: "El Arbitraje en Equidad" Universitas, junio, número 105. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá Colombia, 2003. Pág.:354.

abogados en cuanto al arbitraje en equidad, sin embargo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 327 del Código Orgánico de la Función Judicial¹⁸⁷, se establece que ningún proceso judicial iniciará sin el patrocinio y representación de las partes por un abogado, a excepción de los procesos Constitucionales y aquellos que se sustancien ante jueces de paz.

En ese sentido la Ley se refiere específicamente a los procesos judiciales, sin hacer referencia al proceso Arbitral, no obstante sin importar que se trate de un arbitraje en derecho o en equidad, el patrocinio de los abogados en cualquier proceso judicial o arbitral es obligatoriamente necesario e importante no solo para el correcto ejercicio y defensa de los derechos de las partes, sino también para mantener el orden y hacer valer las reglas del debido proceso.

El mismo artículo en el segundo inciso determina lo siguiente:

“En los tribunales y juzgados no se admitirá escrito alguno que no esté firmado por un abogado incorporado al Foro, excepto en el caso de la tramitación de procesos relativos a garantías jurisdiccionales y las causas que conozcan las juezas y jueces de paz”¹⁸⁸

Se entendería que si todos los escritos tienen que estar firmados por un abogado dentro de un proceso, es porque la comparecencia de las partes por intermedio de un abogado es obligatorio, en este caso hace referencia a tribunales en general, dentro de los cuales se enmarca el tribunal arbitral.

¹⁸⁷ “Art. 327.- INTERVENCIÓN DE LOS ABOGADOS EN EL PATROCINIO DE LAS CAUSAS.- En todo proceso judicial necesariamente intervendrá un abogado en patrocinio de las partes excepto en los procesos constitucionales y en los que se sustancien ante las juezas y jueces de paz, sin perjuicio del derecho a la autodefensa contemplado en el Código de Procedimiento Penal. Quienes se hallen en incapacidad económica para contratar los servicios de un abogado tendrán derecho a ser patrocinado por los defensores públicos.

En los tribunales y juzgados no se admitirá escrito alguno que no esté firmado por un abogado incorporado al Foro, excepto en el caso de la tramitación de procesos relativos a garantías jurisdiccionales y las causas que conozcan las juezas y jueces de paz”. Código Orgánico de la Función Judicial, Suplemento del Registro Oficial No. 544, 9 de marzo de 2009.

¹⁸⁸ Art. 327. Código Orgánico de la Función Judicial, Suplemento del Registro Oficial No. 544, 9 de marzo de 2009.

En forma general el artículo 38 de la referida ley determina las normas que regularán el procedimiento arbitral serán aquellas que contemple dicha ley, además de las que acuerden las partes o que consten en el convenio arbitral, sin perjuicio de aquellas supletorias que contempla la ley.

Es decir implícitamente se entendería que tanto como para el arbitraje en equidad cuanto para el arbitraje en derecho las normas supletorias y procedimentales son las mismas, siendo en el caso del arbitraje en equidad facultativo de los árbitros el apego a ellas puesto que, si no están obligados a fallar en derecho tampoco deberían estarlo para someterse a normas de procedimiento.

Sin embargo, es importante destacar que independientemente de las contraposiciones existentes respecto al tema, hay doctrina que determina la facultad de juez siendo esta propiamente la de fallar en equidad, sin desconocer los principios que garantizan la legítima defensa.¹⁸⁹

Al respecto existe jurisprudencia colombiana que establece que el hecho de fallar en conciencia no significa ni autoriza que los árbitros desconozcan las normas del debido proceso, laudo del 5 de diciembre de 1990 Clínica de Ojos Ltda. vs. Teroptic Corté Cleves:

“El fallo en conciencia es solo una forma de atenuar el rigorismo legal al momento de decidir en el fondo la controversia planteada, pero de ninguna manera la puerta para que los árbitros diseñen su propio procedimiento. En otras palabras, que se deba fallar en conciencia no autoriza al árbitro, ni a las partes, para pretermitir las reglas del debido proceso (...)”¹⁹⁰

La valoración y actuación de las pruebas es otro tema de carácter fundamental en el arbitraje en equidad, debido a que la esencia del mismo es que la resolución de

¹⁸⁹ FOUCHARD, Philippe; Emmanuel Gaillard y Berthold Goldman, *Traité de l'Arbitrage Commercial International*, Paris, Litec, 1996, 1508. Citado por CARDENAS MEJÍA, Juan Pablo.: “El Arbitraje en Equidad” Ob. Cit. Pág.:355.

¹⁹⁰ Laudo del 5 de diciembre de 1990 Clínica de Ojos Ltda. vs. Teroptic Corté Cleves, Citado por CARDENAS MEJÍA, Juan Pablo.: “El Arbitraje en Equidad” Ob. Cit. Pág.:355.

los árbitros se fundamenta en la equidad, en la sana crítica, en la verdad sabida y leal saber y entender de los mismo, para lo que es de trascendental importancia el análisis pertinente que guíe a los árbitros y les permita determinar lo más justo.

La doctrina colombiana y extranjera establece el sistema de apreciación de pruebas, conformado por la tarifa legal, la persuasión racional o razonada y la libre convicción o íntimo convencimiento.¹⁹¹

La tarifa legal conforme el análisis realizado por la Tercera Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, se refiere a la fijación de los medios probatorios que, se les atribuye previamente un valor de convicción, siendo el lado opuesto de la libre convicción, la que por el lado contrario establece que la “verdad jurídica pende por entero de la conciencia del juez que no está obligado por ninguna regla legal; el juez juzga de los hechos litigiosos únicamente a medida de la impresión que las pruebas exhibidas por los contendientes hicieren sobre su ánimo, y no está obligado a dar cuentas de los medios porque se convenció”¹⁹² y finalmente establece a la persuasión racional como el punto medio entre la libre convicción y la tarifa legal.

De tal efecto, la doctrina establece los mecanismos mediante los que los árbitro valoran las pruebas, siendo facultativo de ellos si argumentan o no la valoración de la misma conforme a las normas de derecho, lo cual están desobligados hacer, pero sin embargo en ningún sentido la ley ni tampoco la doctrina establece la potestad de los árbitros de omitir o no practicar pruebas que estén debidamente reconocidas por la ley si es que las partes lo solicitan o ellos lo creen necesario.

¹⁹¹ Sentencia pronunciada por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, respecto del Recurso de anulación del laudo de 20 de mayo de 1974. Bogotá D.E., veinte de agosto de mil novecientos setenta y seis.

¹⁹² Sentencia pronunciada por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, respecto del Recurso de anulación del laudo de 20 de mayo de 1974. Bogotá D.E., veinte de agosto de mil novecientos setenta y seis.

Es decir el arbitraje en equidad faculta a los árbitros a argumentar y a ser más flexibles en cuanto a la práctica de las pruebas y presentación de las mismas dentro del proceso, más no los exime a la prohibición o limitación de las mismas, sobre todo cuando será en base a ellas que podrán llegar al esclarecimiento de la verdad y a emitir un laudo justo conforme la equidad.

La motivación del laudo es fundamental en el laudo arbitral en equidad, pese a que en la doctrina existen dos posiciones diferentes en cuanto a la fundamentación del laudo, habiendo quienes consideran que la facultad de los árbitros de fallar conforme el leal saber y entender les exime de argumentar y explicar el porqué de su decisión, hay quienes también por el lado contrario consideran que el hecho de que los árbitros no tengan que fundamentar su decisión de conformidad con las normas de derecho, no significa que éstos no tengan que explicar el porqué de su resolución sin importar el ámbito o la materia sobre la que trate el arbitraje.¹⁹³

Al respecto es importante destacar el análisis que realiza Roque Caivano, al determinar acertadamente que en el arbitraje en equidad es fundamental la argumentación que tenga el laudo, puesto que en cierta forma para los árbitros que juzgan de conformidad con las normas de derecho es más fácil remitir su argumento a la ley, pero para quienes lo hacen conforme a la equidad es esencial fundamentar que su resolución es la más justa.

Consecuentemente, la motivación del laudo en equidad debe ser explícita, de tal suerte que los árbitros demuestren y lleguen a la captación de las partes, de los fundamentos y principios en base a los que se están resolviendo, siendo fundamental como lo hemos señalado antes el conocimiento fiel de la realidad de los hechos del proceso arbitral que, finalmente aplicando la experiencia y sobre todo –conforme al leal saber y entender de los árbitros- justifiquen que la

¹⁹³ CAIVANO, Roque. "Arbitraje" Ob. Cit. Pág.: 76.

aplicación rígida de la ley no significa que se obtengan resultados justos, y que además del marco jurídico regulador dentro de la sociedad es necesario mantener los principios éticos y morales característico de los seres humanos virtuoso, cristalinos y honestos, que desde un inicio de la humanidad son el pilar esencial del desarrollo, la armonía y la convivencia de la sociedad.

CAPITULO IV

Análisis de Caso Práctico sobre Arbitraje en Equidad.-

4.1. Introducción al caso COMPAÑÍA XX contra el señor YY.

La COMPAÑÍA XX con la intención de construir la obra denominada El Nido, suscribe, el día 12 de agosto de 2003, con el señor YY un Contrato de Construcción Civil, Arquitectónica, Decorados, Hidráulica, Acometidas e Iluminación General para la obra denominado "El Nido", en la COMPAÑÍA XX.

El referido contrato tiene por objeto el levantamiento topográfico, delimitación de niveles, implantación y planos, la venta de materiales de construcción, construcción civil, maderas, materiales eléctricos, iluminación para jugar en la noche, instalación y venta de equipos de hidráulica, decoración y muebles de oficina-recepción-bodega, funcionamiento, hasta la total entrega de materiales instalados, funcionando, pruebas, reparaciones y modificaciones, denominado Contrato Llave, según las especificaciones técnicas constantes en el contrato.

El precio establecido en el contrato conforme los materiales de obra, mano de obra de instalación, movilización, alimentación, estadía del personal de instalación es de Noventa y cuatro mil seis cientos 71/100 dólares, incluido el 12 % del IVA.

La forma de pago del contrato es a cancelarse en cinco cuotas, siendo la primera el 14 de agosto de 2003 de US\$ 42,573.92, la segunda a cancelarse por US\$ 14,919.31 el 14 de septiembre, la tercera por el valor de US\$ 12,299.13 el 14 de octubre, la cuarta cuota por US\$ 12,299.13 el 14 de noviembre; y, la quinta cuota por US\$ 13,245.22 a la firma del acta entrega, liquidaciones y factura total.

El tiempo de entrega del contrato es de ciento veinte días calendario contados a partir de la fecha de entrega de la primera cuota.

El contratista entregó dos letras de cambio, la primera de US\$ 42,573 92/100 dólares para garantizar el buen uso del mismo al contratante, por treinta días plazo calendario. La segunda letra de cambio por el valor de US\$ 473 04/100, correspondiente al 5 por mil del valor total, para garantizar el cumplimiento del contrato, con un plazo de 130 días calendario.

En caso se atraso el contratista deberá reconocer al contratante el equivalente del cinco por mil por cada día de retraso, por un máximo de hasta 35 días calendario luego de lo cual el contratante podrá dar por terminado el contrato sin derecho de reclamo del contratista, siendo las causas de incumplimiento del contrato la negligencia y atrasos del contratista.

En caso de controversias las partes manifiestan expresamente su voluntad de someterse a la resolución de los “Jueces Árbitros” de la Cámara de Comercio de Quito, conforme lo dispuesto en la Ley de Arbitraje y Mediación y ejecutar, de ser el caso, sus resoluciones ante los jueces ordinarios competentes.

4.2. Demanda

La COMPAÑÍA XX, representada por el señor NN presentó una demanda arbitral en contra del señor YY ante el Director del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito, alegando el incumplimiento del contrato de Construcción Civil, Arquitectónica, Decorados, Hidráulica, Acometidas e Iluminación General para la obra denominado el nido, en la COMPAÑÍA XX. Celebrado el 12 de Agosto de 2003 entre la demandante y el demandado, con un plazo máximo de 120 días calendarios, y por un monto de 94.608,71 USD.

La parte actora sostiene que pese haber cancelado US\$ 89.363,49 no recibió la obra encomendada al demandado a entera satisfacción de la compañía; y, que además según el demandado debe cancelar la cantidad de US\$ 30,000 dólares por concepto de inversión y gastos incurridos por el demandado para la elaboración de la obra.

En base a los antecedentes expuestos, la parte actora solicita que el Tribunal Arbitral, declare:

- Por terminado el contrato materia de la controversia suscrito entre la COMPAÑÍA XX y el demandado, conforme lo dispuesto en el artículo 1532 del Código Civil, el cual versa sobre la condición resolutoria envuelta en los contratos bilaterales de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado, dando el derecho al otro contratante de pedir la resolución o el cumplimiento del contrato incluyendo indemnización de perjuicios.
- Se le condene al demandado al pago de daños y perjuicios conforme lo previsto en el artículo 1599 del Código Civil.
- Que se le imponga al demandado el pago de intereses, costas procesales, costos arbitrales y honorarios profesionales.

La cuantía de la demanda la fija en US\$ 40,000 dólares.

Dentro de las pruebas la parte actora además de adjuntar documentos para que sean tomados como prueba a su favor, solicita se recepte la confesión del demandado, una diligencia de inspección a COMPAÑÍA XX RESORT, que se agregue al expediente los informes presentados por los señores NA y NE; que se rindan las declaraciones testimoniales de los señores NA y NE; y, que se realice la exhibición de documentos que acrediten los pagos efectuados al demandado por parte de la actora.

4.3. Calificación y citación de la Demanda

El Director del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito, calificó la demanda mediante providencia de fecha 17 de mayo de 2004; y cuya citación al demandado se hizo en persona el 20 de mayo del mismo año.

4.4. Contestación de la Demanda

Con fecha 4 de junio de 2004 el señor YY, contesta la demanda propuesta en su contra, dentro de la que alega los siguientes aspectos:

- Acepta la jurisdicción y la competencia del Tribunal Arbitral
- Improcedencia de la demanda
- Falta de causa lícita
- Falta de derecho de la COMPAÑÍA XX para presentar la demanda.

Como diligencias probatorias la parte demandada anexa cartas, documentos, fotografías, copia de informes y solicita la práctica de una exhibición de documentos por parte de la actora, una inspección a la obra en las instalaciones de la COMPAÑÍA XX, la confesión del Gerente General de la Compañía actora; y, las declaraciones testimoniales del Presidente y Accionista de la COMPAÑÍA XX, así como también de dos peritos contratados para la inspección final de la Obra.

La parte demandada reconviene al actor por la suma de US\$ 33,000.00, reconvencción que es rechazada por la parte actora.

4.5. El Tribunal Arbitral y la Declaración de Competencia

El Tribunal Arbitral conformado por tres árbitros, se declara competente para conocer y resolver en equidad del presente juicio arbitral, en la audiencia de sustanciación llevada a cabo el 21 de septiembre de 2004.

El Tribunal arbitral se declara competente para resolver respecto de la demanda, contestación a la demanda, reconvencción; y, la contestación a la reconvencción formulada por las partes.

4.6. Pruebas

En cuanto a las pruebas el Tribunal Arbitral incorpora al proceso los documentos presentados por la parte actora en su escrito de demanda, los documentos presentados por la parte demandada en su escrito de contestación a la demanda.

Por cuanto se trata de un arbitraje en equidad, el Tribunal Arbitral dispone que se lleve a cabo un peritaje técnico en la obra denominada "El Nido" en las instalaciones de la Compañía, parte actora dentro del presente proceso.

Se dispone también se lleve a cabo la exhibición de documentos solicitada por la parte demandada en su escrito de contestación, mediante la que el Actor por intermedio de su representante legal deberá exhibirá los referidos documentos en el escrito en mención.

El Tribunal Arbitral también dispone que el Gerente General de la COMPAÑÍA XX, rinda confesión en persona.

Se niega el pedido de declaración testimonial de tres testigos solicitados, en virtud de la prohibición contenida en el numeral 5 del artículo 220 del Código de Procedimiento Civil.

Se dispone la confesión del señor Rafael Hidalgo López, así como también la realización de las declaraciones testimoniales de los señores peritos inspectores contratados para la fiscalización final de la obra.

En relación al pedido realizado por el actor de que el mismo exhiba los documentos que acreditarán los pagos al demandado, el Tribunal Arbitral lo niega en razón de que el artículo 10 de la Ley de Arbitraje y Mediación establece los requisitos de la demanda, lo cual obliga a que se incluyan todas las pruebas en la demanda.

Finalmente de oficio y al amparo de lo dispuesto en el artículo 23 de la norma legal referida en el párrafo anterior, el Tribunal Arbitral dispone que el actor exhiba los documentos que acreditarían los pagos al demandado.

Dentro del pronunciamiento de las pruebas el Tribunal Arbitral en vista de que se trata de un arbitraje en equidad dispone que se realice un informe técnico en las instalaciones de la obra materia y objeto de la controversia.

En los proceso arbitrales en los cuales el Tribunal Arbitral deberá fundamentar el laudo conforme su leal saber y entender y aplicando los principios de la sana crítica es fundamental que todas las pruebas sean debidamente analizadas en base de la materia, en el presente caso si la especialización de los árbitros no abarca todos los temas respecto de los cuales versa la controversia, estos pueden acudir a informes técnicos que faciliten y proporcionen todos los elementos necesarios para realizar un mejor análisis en base a los hechos suscitados. Esta es una facultad y potestad que tienen también los árbitros que juzgan y resuelven en derecho.

El tener todos los elementos que muestren una versión objetiva y técnica de los hechos es de carácter fundamental en cualquier juicio, mucho más en el arbitraje en equidad, puesto que la apreciación de dichos elementos constituyen pruebas que permiten a los árbitros tener una apreciación y una valoración de dichos hechos relacionados con todo lo transcurrido durante el proceso.

En cuanto al pedido de declaración de testigos formulado por la parte demandada, el Tribunal Arbitral lo niega tomando en cuenta las normas establecidas en el numeral 5 del Art. 220 Código de Procedimiento Civil (Actual Art. 216 de la norma *ibídem*)¹⁹⁴ el que determina cuales son las causales para ser considerados por imparcialidad como testigos no idóneos

¹⁹⁴ Artículo 216: Por falta de imparcialidad no son testigos idóneos: (...) 5.- El interesado en la causa o en otra semejante (...) Código de Procedimiento Civil, Suplemento Registro Oficial No. 58, martes 12 de julio del 2005.

Es importante y cabe resaltar el pronunciamiento, en cuanto a las pruebas, que hace el Tribunal Arbitral, así como por ejemplo la disposición de que se realice: confesión judicial de la parte demandada; y, declaraciones testimoniales, siendo éstas consideradas como instrumentos procesales contemplados en el Código de Procedimiento Civil y por lo tanto contemplados por la Ley.

Los árbitros que resuelven en equidad, pese a no estar obligados por ninguna disposición legal a que la argumentación de su resolución esté fundamentada en normas de derecho, aplican las normas establecidas en el Código de Procedimiento Civil en cuanto a la regulación del Procedimiento se trata, pudiendo también aplicarlas e interpretarlas de manera flexible siempre y cuando sea en beneficio y con el objeto de esclarecer cualquier traba en el proceso.

Al respecto, el laudo arbitral emitido en el caso Eugenia Schmidt Reitz, Ilse Helena Schmidt de Ritzl y Rosario Indeborg Schmidt de Eberle vs. Aurora Ramírez de Baquero, el 10 de octubre de 1994 por el doctor José Ignacio Narváez García, Árbitro Único del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, que resolvió en “conciencia” cita y hace referencia el Código de Procedimiento Civil Colombiano enumera los poderes de los jueces siendo uno de estos “resolver los procesos en equidad, si versan sobre derechos disponibles, las partes lo solicitan y son capaces, o la ley lo autoriza” haciendo referencia además a la disposición legal de dicha norma que establece que en la motivación de la sentencia se deberán exponer con brevedad y precisión “los razonamientos legales, de equidad y doctrinarios” ¹⁹⁵

Es importante destacar los preceptos normativos establecidos en la Legislación Colombiana en cuanto a la motivación de las sentencias emitidas por lo jueces, siendo uno de sus elementos no solamente razonamientos legales, sino también de equidad y de doctrina.

¹⁹⁵ Eugenia Schmidt Reitz, Ilse Helena Schmidt de Ritzl y Rosario Indeborg Schmidt de Eberle vs. Aurora Ramírez de Baquero, 10 de octubre de 1994. Centro de Arbitraje y Conciliación, Cámara de Comercio de Bogotá.

En el caso del arbitraje en equidad, el mismo laudo, hace referencia a las directrices que deben seguir los árbitros falladores en equidad, siendo estas: a) Decidir respecto de derechos disponibles de las partes susceptibles de transacción; b) Considerar tanto como se tratara de una sentencia en derecho, las reglas procedimentales y sobre pruebas, puesto que el Código de Procedimiento Civil Colombiano establece que se deberá hacer un examen crítico; y, c) Por sobretodo aplicar el principio del debido proceso, siendo este un derecho fundamental tanto en la Legislación Colombiana como en la del Ecuador.¹⁹⁶

La equidad, según la definición del jurista español Manuel Osorio y Florit, es: “Justicia distributiva; es decir, la basada en la igualdad o proporcionalidad. Moderación en la aplicación de la Ley, atemperando según criterio de justicia el rigor de la letra. Principios generales que deben guiar la facultad discrecional del juez”¹⁹⁷

La facultad y la competencia de los jueces y árbitros en el arbitraje, de dictar sentencias o laudos ya sea en derecho o en equidad, en el primer caso, es de aplicar no solo normativa legal en la motivación de dichas resoluciones, sino también es la facultad de recurrir a la equidad, para que, en el caso de tener que aplicar una norma específica que sea muy rigurosa y estricta, llegando a ser injusta pese a ser legal, sea interpretada o aplicada moderadamente, en función de la igualdad y la proporcionalidad.

Además de esto, los árbitros tienen la oportunidad durante el proceso arbitral, de analizar la actuación de las partes y sus abogados no solamente respecto a sus

¹⁹⁶ Eugenia Schmidt Reitz, Ilse Helena Schmidt de Ritzl y Rosario Indeborg Schmidt de Eberle vs. Aurora Ramírez de Baquero, 10 de octubre de 1994. Centro de Arbitraje y Conciliación, Cámara de Comercio de Bogotá.

¹⁹⁷ OSORIO Y FLORIT, Manuel. Definición de Equidad, Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales, Edi. Heliasta, Buenos Aires, 1979, pág. 288. Citado por el doctor José Ignacio Narváez García, Árbitro Único en el laudo arbitral del caso: Eugenia Schmidt Reitz, Ilse Helena Schmidt de Ritzl y Rosario Indeborg Schmidt de Eberle vs. Aurora Ramírez de Baquero, 10 de octubre de 1994. Centro de Arbitraje y Conciliación, Cámara de Comercio de Bogotá.

intervenciones en cuanto a lo legal, sino también la buena fe y la intención de los mismos, que evidentemente son un gran aporte para la evaluación de los árbitros.

En cuanto al pedido de exhibición de los documentos que ordenan los pagos a la parte demandada, realizado por la parte actora, el Tribunal Arbitral lo niega por cuanto de conformidad con lo establecido en el artículo 10 de la Ley de Arbitraje y Mediación, uno de los requisitos de la demanda es que a ella se adjunten y soliciten la práctica de diligencias probatorias que justifiquen lo aducido en la misma, por lo que los árbitros pese a tratarse de un arbitraje en equidad, están apegados a las normas que regulan el procedimiento y los requisitos de una demanda arbitral, en base a la cual la Ley no hace distinción al provenir de un convenio arbitral que estipule o no, el arbitraje en derecho o en equidad.

Algunas de las diligencias probatorias dispuestas en el Acta de Audiencia de Sustanciación y mediante providencia emitida por el Tribunal Arbitral, no fueron realizadas debido a la no comparecencia de la parte actora quien debía exhibir documentos los cuales tenía en su posesión, realizar la confesión de uno de sus representantes legales, formular el pliego de preguntas para que el demandado rinda su confesión; y, finalmente no se pudo realizar dos declaraciones testimoniales solicitadas por el mismo actor por cuanto los testigos no comparecieron a la diligencia. Cabe recalcar que todas estas diligencias fueron debidamente notificadas tanto a la parte actora, al demandado, así como también a los testigos.

Ante esto y a petición de las partes, el Tribunal Arbitral hace un nuevo señalamiento para que se lleven a cabo las diligencias no realizadas, respecto a la confesión el Tribunal Arbitral hace referencia al anterior artículo 134 (actual artículo 130) del Código de Procedimiento Civil disponiendo que las partes deberán remitir en el término de cuarenta y ocho horas, una vez que reciban la notificación de la providencia, los sobre cerrados con las preguntas para la práctica de la referida diligencia.

El objetivo de las normas que regulan el debido proceso además de reglamentar y establecer los parámetros dentro de los cuales se deberán regir las partes procesales, los jueces y árbitros involucrados en el mismo, tienen por objeto velar por el ejercicio de un derecho y garantía constitucional de las personas, como lo es el debido proceso correlacionado con el de la legítima defensa.

En el caso del arbitraje en equidad, la norma procedimental, dependiendo del criterio de cada Tribunal Arbitral, puede ser secundaria o totalmente facultativa, inclusive los árbitros tienen la facultad de recurrir, igualmente de manera facultativa, a otras normas de derecho.

Partiendo del hecho de que conforme lo establece la doctrina, el arbitraje en equidad consiste en que el laudo arbitral, será dictado acorde a los principios de la sana crítica y de conformidad con el leal saber y entender de los árbitros, no obstante de ello, estos pueden recurrir a las norma positiva, si lo creyeren conveniente.

Al respecto, Roque Caivano¹⁹⁸ hace una apreciación en cuanto a que el hecho de fallar con sujeción a la sana crítica o juicio; y, no estar obligados a los preceptos legales o normas jurídicas no significa que los arbitro puedan apoyarse en normas de derecho que consideren equitativas, o a su vez a interpretarlas de forma equitativa.

Por lo tanto, la facultad y la libertad que tienen los árbitros que resuelven en equidad, radica no solamente en el sentido de resolver una controversia o conflicto según su leal saber y entender, sino también el recurrir o no a normas de derecho aplicables al caso, siempre y cuando éstas sean equitativas, para la argumentación de su laudo.

¹⁹⁸ CAIVANO, Roque. "El Arbitraje", Editorial Ad Hoc, segunda edición. Buenos Aires-Argentina 2008. Pág.:77.

Consecuentemente, la responsabilidad que tiene el Tribunal Arbitral que juzga en equidad o los amigables componedores, es de alcanzar un equilibrio en el laudo arbitral entre los hechos y el fundamento del mismo, en cuanto la argumentación y explicación del mismo ya sea conforme a los principios de la sana crítica o en virtud de normas equitativas, sea de total entendimiento y claridad para las partes.

Dentro del presente caso, la parte actora solicita se realice una inspección en el lugar donde se encuentran ubicadas las instalaciones de la COMPAÑÍA XX; a lo cual luego de esto realiza dicha inspección en un juzgado de lo civil. Posteriormente el Tribunal Arbitral dispone y designa a un perito para que realice dicha inspección, a lo cual la misma parte actora se rehusa a cancelar el valor por concepto de honorarios periciales del perito.

El Tribunal Arbitral insiste para que se dé cumplimiento a dicha disposición pero la parte actora pide revocatoria de la providencia que insiste y dispone la cancelación de dichos valores, alegando haber presentado ya documentos relevantes a la inspección realizada en un juzgado.

En este sentido es interesante como el Tribunal Arbitral avanza con el proceso; y, en la siguiente providencia no hace mención al pedido de revocatoria solicitado.

Se puede entender implícitamente el objetivo que tiene el Tribunal Arbitral de que se realice un peritaje que fue solicitado por la parte actora, la cual posteriormente ya no está de acuerdo en realizar.

Si bien es cierto existe ya una diligencia de inspección realizada en un Juzgado, la importancia de que se realice dentro del proceso genera más confianza y seguridad no solamente para el mismo Tribunal sino también para la contraparte, a quien este tipo de prueba también le favorece en la

medida que aportan para que los árbitros puedan esclarecer los hechos y la verdad.

Así mismo, luego de haber sido rechazado un pedido de recepción de declaración testimonial formulado por la parte demandada, el Tribunal Arbitral dispone que se lleve a cabo dicha diligencia, a lo que el actor solicita la revocatoria de la providencia que ordena la referida diligencia.

La facultad de no estar obligados a fundamentar el laudo en normas de derecho que otorga la Ley a los árbitros que juzgan en equidad, no especifica cual es el sentido de su interpretación y aplicación en cuanto a las normas del proceso se refiere.

El artículo 37 de la Ley de Arbitraje y Mediación establece como normas supletorias las del Código Civil, Código de Procedimiento Civil, Código de Comercio y normas conexas siempre y cuando se trate de un arbitraje en derecho.¹⁹⁹

Haciendo alusión al mencionado artículo, el Tribunal Arbitral fundamenta la disposición de receptar la declaración testimonial que antes había sido rechazada, tomando en cuenta la actuación de las partes en lo que iba del proceso hasta ese momento.

Dicha actuación y facultad de los árbitros depende del criterio de cada Tribunal Arbitral, por cuanto existe en la doctrina de manera general, la discusión y el análisis del significado de los arbitrajes en equidad.

Es decir, por una parte la ley ecuatoriana se refiere a la equidad en el fundamento y argumentación del laudo, no hace ninguna mención expresa al procedimiento o a la obligatoriedad de los árbitros a someterse a normas

¹⁹⁹ Art. 37.- "En todo lo que no esté previsto en esta Ley, se aplicarán supletoriamente las normas del Código Civil, Código de Procedimiento Civil o Código de Comercio y otras leyes conexas, siempre que se trate, de arbitraje en derecho" Ley de Arbitraje y Mediación, Registro Oficial No 145, 4 de septiembre de 1997.

de derecho que regulen el procedimiento arbitral en equidad. Y, por otro lado existe el criterio de que los árbitros competentes para resolver en equidad, pueden hacer caso omiso a las normas procedimentales justamente por tratarse de un arbitraje en equidad, a total discrecionalidad de su leal saber y entender y conforme su sana crítica.

Al respecto, cabe destacar que no son más que los árbitros quienes durante todo el proceso tienen una perspectiva no solamente legal sino también moral de la actuación de las partes dentro de cada caso, lo cual al tratarse de un arbitraje en equidad marca y delimita las decisiones que estos puedan tomar, siendo lo principal y fundamental la argumentación que ellos utilicen para sostener una decisión sin afectar ni contradecir los derechos fundamentales que tienen las partes ni tampoco las garantías del debido proceso.

La característica y lo esencial del arbitraje en equidad es precisamente la función que tienen los árbitros a buscar y argumentar el proceso, de manera que la estricta aplicación de la norma legal no afecte a los intereses de las partes.

Como es normal, dentro del proceso arbitral hay ocasiones en el que una de las partes se sienta afectada por alguna decisión o resolución del Tribunal Arbitral, a lo cual en los arbitrajes en equidad es una tarea más difícil para el Tribunal Arbitral el argumentar y fundamentar cada disposición que emane de igual forma que el laudo arbitral.

Dentro del caso en análisis, la parte actora insiste y pide se revoque por varias ocasiones la providencia mediante la cual el Tribunal Arbitral dispone la realización de la declaración testimonial que en un principio había sido negada.

Las razones expuestas por el Tribunal Arbitral para argumentar la omisión de atender dicho pedido son en virtud de la facultad y por el hecho de tratarse de un arbitraje en equidad.

En el día y hora señalado para la diligencia de declaración testimonial, en el lugar solicitado por la parte actora en virtud de la condición de salud del testigo, se instala el Tribunal Arbitral y una vez que se da inicio a dicha diligencia la parte actora manifiesta su negativa a que el testigo señor NI, Gerente General de la COMPAÑÍA XX, rinda su declaración testimonial, haciendo alusión a lo dispuesto en el artículo 218²⁰⁰ del Código de Procedimiento Civil el cual trata respecto de que se debe expresar la causa de manera clara y precisa por la que se tachare a un testigo, a menos que conste de autos, el juez la deberá apreciar conforme a la sana crítica.

La referencia al artículo que antecede, la hace la parte actora argumentando el porque, desde su punto de vista, no procede realizar la declaración testimonial toda vez que dicha diligencia había sido negada por el tribunal arbitral en dos ocasiones anteriores, quien había sustentado dicha decisión de conformidad con lo dispuesto en el artículo 216²⁰¹ del referido cuerpo legal, el que determina las causales de los testigos no idóneos por falta de imparcialidad, aplicando la establecida en el numeral quinto que versa sobre aquella persona que tenga interés en la misma causa.

Además del argumento legal manifestado por la parte actora, ésta hace una referencia a que el hecho de tratarse de un arbitraje en equidad, no significa que el Tribunal Arbitral permita que se viole el proceso y la Ley, al disponer

²⁰⁰ Art. 218: "Si se tachare a un testigo, se expresará la causa, determinándola clara y precisamente; la tacha deberá probarse, a no ser que conste de autos. El juez la apreciará conforme a las reglas de la sana crítica." Código de Procedimiento Civil, Suplemento Registro Oficial No. 58, martes 12 de julio del 2005.

²⁰¹ Art. 216: Por falta de imparcialidad no son testigos idóneos: (...) 5.- El interesado en la causa o en otra semejante (...) Código de Procedimiento Civil, Suplemento Registro Oficial No. 58, martes 12 de julio del 2005.

la declaración testimonial de un interesado en la causa, con lo que según la parte actora se podría estar incurriendo en el delito de prevaricato.

El argumento utilizado por el Tribunal Arbitral, en respuesta a la manifestación del actor es muy claro y preciso. Tanto porque se trata de un arbitraje en equidad, lo cual fue acordado única y expresamente por las partes, cuanto porque la propia Ley de Arbitraje y Mediación faculta a que los árbitros no estén sometidos a la normativa de derecho establecida en la Ley ni tampoco al Código de Procedimiento Civil. Amparados en el artículo 3 y 23 de la Ley de Arbitraje y Mediación²⁰², son las razones por las que el Tribunal Arbitral dispone la realización de la declaración testimonial del testigo solicitado por la parte demandada.

Es muy interesante la exposición respecto a la decisión del Tribunal Arbitral, que realiza el testigo que se niega a dar su declaración, en virtud de que los árbitros por dos ocasiones seguidas negaron el pedido de que se recepte su declaración testimonial.

La persona solicitada a declarar como testigo, es el gerente general de la compañía actora dentro del proceso arbitral en cuestión, y de manera muy clara expone e interpreta la decisión, por tratarse de un arbitraje en equidad, que toma el Tribunal Arbitral, explicando que su negativa de declarar es por precautelar sus intereses en el proceso, siendo el parte interesada dentro del mismo. De esta forma, hace alusión a que tomando en cuenta de que se trata de un arbitraje en equidad, explica un poco más

²⁰² Art. 3: "Las partes indicarán si los árbitros deben decidir en equidad o en derecho, a falta de convenio, el fallo será en equidad. Si es laudo debe expedirse fundado en la equidad, los árbitros actuarán conforme a su leal saber y entender y atendiendo a los principios de la sana crítica. En este caso, los árbitros no tienen que ser necesariamente abogados. Si el laudo debe expedirse en derecho, los árbitros deberán atenerse a la ley, a los principios universales del derecho, a la jurisprudencia y a la doctrina. En este caso, los árbitros deberán ser abogados.

Art.:23 "Si antes de la expedición del laudo, el Tribunal o las partes estiman que se necesitan otras pruebas o cualquier otra diligencia para el esclarecimiento de los hechos, de oficio o a petición de parte podrá ordenar que se practiquen señalando día y hora. Ley de Arbitraje y Mediación, Registro Oficial No 145, 4 de septiembre de 1997.

detallada la relación mantenida con la parte demandada, con quien tiene una relación de amistad.

La valoración de la prueba en el arbitraje en equidad, ha sido uno de los temas más discutidos y polémicos respecto al alcance de las facultades de los árbitros, siendo las pruebas los elementos más importantes dentro del proceso ya que es en función de éstas que el Tribunal Arbitral ya sea en derecho y especialmente en equidad construyen pilares para la argumentación del laudo.

La mayoría de jurisprudencia arbitral colombiana, como por ejemplo el laudo dictado el 5 de Diciembre de 1990 dentro del Proceso de Clínica de Ojos Ltda. Vs Teroptic Cortes Cleves Ltda., el Tribunal Arbitral considera que, el hecho de que el laudo sea dictado en equidad prescindiendo de la argumentación en derecho no significa que se deba prescindir o alterar la etapa probatoria, considerando lo siguiente:

“Repugna el hecho de pensar que en derecho Colombiano pueda obtenerse una decisión judicial estimatoria de las pretensiones que no encuentre su asidero en pruebas legalmente taridas tanto en su forma de expedición como en su momento procesal de evacuación. (...) 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 esa perspectiva adquieren sentido muchos documentos y muchas declaraciones que en un fallo en derecho podrían ser cuestionados por su congruencia con la materia probatoria”²⁰³

La debida evacuación de las pruebas dentro del proceso arbitral en equidad, implica un análisis minucioso de la validez y la práctica de las

²⁰³ LA JURISPRUDENCIA ARBITRAL COLOMBIANA, TOMO II, Universidad Externado de Colombia 1996, p.97. Citado por Ernesto Gamboa Morales, “El Arbitraje en Equidad”, pág. 87, Ediciones Academia Colombiana de Jurisprudencia, Colección Portable, Santa Fe de Bogotá, 2003.

mismas, puesto que al no estar sujetos a las normas de derecho para emitir una resolución, los mecanismos probatorios son la fiel representación de los hechos que permiten al Tribunal arbitral tener mayor bases y elementos sobre los cuales solventar su decisión.

Así mismo el laudo del caso Mitsui de Colombia vs. Metalec Manufacturas Metal Electricas Ltda., los árbitros consideran:

“Nada modifica la conclusión anterior la circunstancia de que se trate de un fallo en conciencia, en la medida en que en este terreno los falladores no están dispensados de la crítica de la prueba, ni pueden decidir con meras manifestaciones de la parte interesada. El laudo debe estar edificado sobre una convicción sólida, con apoyo en la cual se pueda eventualmente, determinar una norma de equidad, cuando quiera que aquélla del derecho positivo, necesariamente enfocada hacia soluciones generales, no permita tener en cuenta las circunstancias sobre las cuales recae su pronunciamiento. Trátese de aplicar el derecho positivo material, o trátese en su defecto de ir más allá de éste para acercarse aún más a la equidad, el juzgador solamente puede apoyarse en aquellos hechos y sobre los cuales se cuenta, al menos, con una relativa seguridad, so pena de un pronunciamiento arbitrario, construido sobre su capricho sobre sus intuiciones”²⁰⁴

“Determinar una norma de equidad” como lo señala el Tribunal Arbitral en el laudo antes referido, es una característica interesante y fundamental que tienen los árbitros dentro de sus facultades en el proceso arbitral.

El camino para determinar una norma de equidad, debe ser sólido, en base al cual sea posible generar y aplicar la equidad cuando las normas de

²⁰⁴ GAMBOA MORALES, Ernesto. “El Arbitraje en Equidad”, Pág. 88, Ediciones Academia Colombiana de Jurisprudencia, Colección Portable, Santa Fe de Bogotá, 2003.

derecho no permitan hacer un pronunciamiento específico por tratarse de normas en sentido general no aplicables o al menos no en la medida correspondiente al caso.

Cabe destacar la importancia en el aporte regular de las pruebas que hace Ernesto Gamboa Morales²⁰⁵, en cuanto destaca la importancia de la necesaria contradicción y publicación de las pruebas, siendo éstos de trascendental importancia para las partes en la medida en que puedan allegar las pruebas que harán valer a su favor.

En este sentido hay que tomar y valorar aspectos importantes del debido proceso que tienen una connotación profunda y otros que podrían ser de mero trámite. En el caso de la publicación de las pruebas, por más de que se trate de un arbitraje en equidad y que el Tribunal Arbitral quiere flexibilizar el aspecto procedimental del arbitraje, éste jamás podrá violar un derecho que tienen las partes de conocer todas las pruebas que han sido presentadas en su contra, so pena de estar actuando arbitrariamente y perjudicando a una de las partes. No tendría el mismo valor dentro del proceso el hecho de que el Tribunal acepte o extienda el término probatorio para presentar una prueba, a que sin poner en conocimiento de una de las partes deseche otro documento probatorio.

Los árbitros tienen la facultad y pueden prescindir de ciertos requisitos solemnes de los cuales deben estar investidas las pruebas, haciendo valerlas siempre que no alteren la naturaleza y la veracidad de las mismas.

Sin embargo, tampoco es potestad de los árbitros contrariar normas de carácter público en las cuales se apoyan ciertos actos contentivos de requisitos solemnes y formales. En relación a esto, surge el siguiente planteamiento: *“¿Cabría que un Juez en equidad le diera validez y*

²⁰⁵ GAMBOA MORALES, Ernesto. “El Arbitraje en Equidad”, Ob. Cit. Pág. 89.

existencia, por ejemplo, a un contrato de compraventa de un inmueble que no consta en una escritura pública?»²⁰⁶

¿Hasta qué punto los árbitros pueden valorar y omitir la solemnidad sustancial de una prueba, sin la cual ésta legalmente no existiría?

Es importante distinguir en característica esencial del Arbitraje en Equidad, la cual es el no obligar a los árbitros a fundamentar su resolución en normas de derecho, no obstante a ello deberán estar sujetos a las normas del debido proceso para garantizar los derechos de cada una de las partes, así mismo de manera discrecional y sin que se afecte o viole derechos y principios fundamentales que protejan y velen por la seguridad de las partes, podrán interpretar y aplicar de forma flexible ciertas normas del debido proceso en aras de obtener un mejor esclarecimiento de la verdad, siempre y cuando se lo realice sin omitir ni contradecir los mecanismos de prueba existentes y regulados por la ley, no en cuanto en la forma de su práctica respecta, sino a los probatoriamente reconocidos y establecidos.

Sin embargo, el Tribunal Arbitral en uso de su facultad de juzgar en equidad, no podrá cambiar y ni dar validez a elementos probatorios que carezcan de solemnidades sustanciales, sin las que no hubieran surgido ni tampoco surgirían efectos legales.

La función de los árbitros que juzgan tanto en derecho como en equidad, además de hacer un meticuloso análisis de todos los hechos y elementos procesales, debe ser una actuación prolija, que implique además del conocimiento técnico o profesional, la ética y la moral.

²⁰⁶ GAMBOA MORALES, Ernesto. "El Arbitraje en Equidad", Ob. Cit. Pág. 91.

Especialmente en los arbitrajes en equidad, los árbitros deben estar conscientes de los argumentos de sus decisiones, ya sea interpretando o regulando el procedimiento como también en el laudo.

La responsabilidad jurídica y moral que poseen los árbitros debe ser demostrada a lo largo de todo proceso, ya sea en derecho o en equidad. En el caso propuesto el Presidente del Tribunal Arbitral, presentó una excusa para seguir conociendo de la causa, debido a tener relación de quinto grado de consanguinidad con el abogado patrocinador de la parte actora, fundamentando su excusa en normas de derecho.

Al respecto, los dos árbitros principales facultados por la Ley para resolver sobre el arbitraje en equidad, rechazan la excusa presentada considerando que carece de argumento, puesto que una de las causales establecidas por el Código de Procedimiento Civil es mantener relación hasta en cuarto grado de consanguinidad.

En este caso, el Presidente del Tribunal demostró su ética profesional al presentar una excusa por mantener parentesco consanguíneo con el abogado de la parte actora, pese a que el grado de consanguinidad no consta dentro de los establecidos por la Ley para ser considerado como causal de recusación; cabe destacar la intención de salvaguardar la seguridad y transparencia del proceso al poner dicho particular en conocimiento de las partes procesales.

La Ley de Arbitraje y Mediación, establece de forma general las causales para la recusación, remitiéndose éstas a las mismas establecidas en el Código de Procedimiento Civil, no se hace diferencia si se aplican de forma indistinta en arbitrajes en equidad o en derecho, por lo que se entendería que no obstante de tratarse de un arbitraje en equidad, las inhabilidades y causales de recusación de los árbitros serán las que constan reguladas por la Ley.

La práctica de diligencias probatorias como se ha venido analizando en el presente caso, es de total importancia en un proceso arbitral especialmente en equidad, puesto que son estos elementos los que a falta de recurrir a cualquier norma legal, proporcionan al Tribunal fundamentos para realizar su análisis y llegar a determinar con claridad la veracidad de los hechos.

Si bien el Tribunal Arbitral estará sujeto a las disposiciones procedimentales establecidas por la Ley, puede hacer una interpretación flexible de las mismas cuando se trate de cuestiones de forma del procedimiento más no en cuestiones o disposiciones que regulen en el fondo de la práctica de las pruebas.

Un ejemplo en cuanto a lo referido, es el tema de los términos, en este caso el Tribunal Arbitral argumentando de tratarse de un arbitraje en equidad rechaza el pedido de caducidad del informe pericial presentado por la parte demandada y dispone que el perito proceda a realizar la aclaración y ampliación solicitada por ambas partes.

Sería distinto si el Tribunal Arbitral que ha designado un perito y por ende que ha incorporado al proceso un informe pericial, lo rechazara por considerar que carece de fundamentos o de formalidades, siendo un informe pericial técnico de trascendental importancia, a expensas de que se trate de un arbitraje en equidad, estarían causando un perjuicio a las partes.

La correcta práctica de las diligencias probatorias y el fiel cumplimiento de formalidades de las mismas dentro del proceso arbitral en equidad, es una facultad discrecional del Tribunal Arbitral, el prescindir de las solemnidades de las mismas o formalidades establecidas por la Ley es una atribución que solo los árbitros dependiendo de la cuestión específica aplicada al caso de que se trata podrán omitir.

En el caso propuesto, luego de que una de las partes solicita copia certificada de la transcripción de la diligencia de confesión judicial tanto del actor como del demandado, surge a conocimiento del Tribunal Arbitral, de las partes Procesales y a la Dirección del Centro de Arbitraje y Mediación, el hecho de que dichas diligencias no se encontraban transcritas de la manera como se habían realizado.

El Centro de Arbitraje y Mediación atendiendo la petición del Tribunal de revisar dichas grabaciones pone a conocimiento del Tribunal Arbitral que, dicho problema radica en fallas o deficiencias en la operación física de las grabaciones, a cargo de personal de dicho Centro, a lo cual el Tribunal designó un perito para hacer un informe respecto a lo sucedido en el sistema de grabación.

En cuanto a la apreciación de la prueba en el fallo en equidad, a diferencia del arbitraje en derecho, según la doctrina, es aceptable y factible que los árbitros, de ser necesario, aprecien y ponderen pruebas imperfectas, que pese a existir disposición expresa de la Ley de que estas cumplan con solemnidades y requisitos, éstas por razones aceptables carezcan de los mismos, siempre que se haya cumplido con su debida contradicción, como a continuación lo manifiesta Ernesto Gamboa Morales:

“En relación con la apreciación de la prueba en el fallo en equidad, consideramos que si existe una notoria diferencia frente al juicio en derecho, pues en aras del cumplimiento del ideal de equidad, que es el hilo conductor en este tipo de procesos, resulta totalmente aceptable que llegado el caso y de ser necesario, el árbitro aprecie y pondere pruebas imperfectas o carentes de las solemnidades y requisitos de tipo ad probationem que la ley positiva exige, siempre y cuando se haya cumplido con su debida contradicción (...)”²⁰⁷

²⁰⁷ GAMBOA MORALES, Ernesto. “El Arbitraje en Equidad”, Ob. Cit. Pág. 90.

Al ser en el presente caso una diligencia probatoria realizada dentro del proceso, en presencia de los árbitros, la decisión de aceptar o no la confesión rendida tanto por el actor y el demandado, es de absoluta discreción del Tribunal Arbitral.

Luego de que el Tribunal Arbitral designa un perito ingeniero acústico a fin de que realice el respectivo informe pericial respecto de las grabaciones contentivas de las diligencias de confesión, la parte demandada hace un pronunciamiento aludiendo el hecho de que de conformidad con el Código de Procedimiento Civil toda vez que la confesión se realizó el día fijado por el Tribunal, fue rendida ante juez competente y el haberse hecho de manera explícita cumple con los requisitos establecidos por la Ley para que constituya como prueba. Así mismo, el Reglamento para el Funcionamiento del Centro de Arbitraje y Mediación, establece que el proceso Arbitral será oral, por lo que el problema técnico que haya ocurrido en las grabaciones y en las transcripciones, no afectan la validez de la confesión realizada.

El informe pericial demostró que evidentemente debido a la impericia en el manejo de los equipos, las grabaciones en las cuales constaban las diligencias de confesión, fueron objeto de fallas técnicas en virtud de las cuales no había sido posible registrar el total contenido de las intervenciones realizadas.

4.7. *Laudo*

Haciendo referencia al artículo 3 y 37 de la Ley de Arbitraje y Mediación²⁰⁸, el Tribunal Arbitral ejerciendo su plena facultad emite el laudo Arbitral.

²⁰⁸ Art 3: Las partes indicarán si los árbitros deben decidir en equidad o en derecho, a falta de convenio el fallo será en equidad. Si el laudo debe expedirse fundado en la equidad, los árbitros actuarán conforme a su leal saber y entender y atendiendo a los principios de la sana crítica. En este caso, los árbitros no tienen que ser necesariamente abogados (...). Ley de Arbitraje y Mediación, R.O. No 145, Publicado el 4 de septiembre de 1997 y su reforma publicada en el R.O. No. 532 de 5 de febrero de 2005.

Siendo básicamente las disposiciones expresas que regulan y hacen referencia al procedimiento Arbitral en equidad, haciendo alusión a que el laudo será fundamentado conforme el leal saber y entender de los árbitros aplicando los principios de la sana crítica, y luego en el segundo artículo en referencia la Ley establece cuales serán normas de carácter supletorio siempre y cuando se trate de un arbitraje en derecho, sin nada mencionar en cuanto al arbitraje en equidad, pudiendo entenderse que estas no serán normas de carácter obligatoriamente supletorio en el arbitraje en equidad.

En el laudo arbitral, los árbitros dentro de la valoración a las pruebas hacen referencia a normas de derecho, haciendo mención al artículo 23 de la Ley de Arbitraje y Mediación el que dispone y faculta a los árbitros y a las partes a pedir la realización a petición de éstas o de oficio, de pruebas para el esclarecimiento de los hechos.

Así mismo hace referencia y señala que todas las pruebas han sido valoradas de conformidad con lo establecido en el Código de Procedimiento Civil.

Cabe recalcar que el hecho de que el arbitraje sea en equidad, desobliga a los árbitros a fundamentar su resolución en normas de derecho, las que quedan a total discreción de los árbitros de ser o no analizadas, sin embargo el Tribunal Arbitral puede hacer interpretación de éstas sin perjuicio de hacer prevalecer la sana crítica y el leal saber de los mismos.

En el presente caso el Tribunal Arbitral hace un extenso análisis de los informes periciales realizados durante el proceso, los cuales son de trascendental importancia y de gran aporte técnico para motivar la resolución; y, que además de la evaluación de las exposiciones de las

partes en audiencia de estrados contribuyen a que los árbitros lleguen a emitir su fallo en virtud de la equidad.

En función de lo expuesto el Tribunal arbitral decide rechazar la demanda interpuesta por la parte actora y declara legalmente por terminado el contrato objeto de la controversia puesto que de acuerdo con la decisión del Tribunal Arbitral éste se encuentra vigente.

Por otra parte acogen la petición del demandado de que se declare vigente el contrato lo cual es acogido por el Tribunal, no obstante de ello no se considera que el demandado ha cumplido íntegramente con el contrato porque el mismo incumplió con normas de su deber profesional.

Se deniega la petición de la actora de que al demandado se lo condene al pago de daños y perjuicios, como así también se desecha las peticiones de la actora de Ultra petita, plus petere y plus petito, toda vez que dichas acciones solo proceden contra sentencias judiciales.

Se acoge las pretensiones del demandando en cuanto al saldo adeudado por la parte actora que fue reconocido por la misma, y además a la cancelación por obras realizadas que pese a no constar como parte del contrato fueron bien conocidas por el actor.

Se hace referencia a la equidad, el momento de aceptar el pago del interés anual sobre montos reclamados por el demandado, en función de las obras determinadas en el contrato y no respecto de obras adicionales. Ya que, si bien es cierto, la parte actora tenía pleno conocimiento de estos, el demandado no informó el valor de las mismas ni tampoco entregó un presupuesto de ellas.

El Tribunal Arbitral, dispone el uso de la obra, negando la petición del demandado de no ser utilizada hasta que no se firma el Acta de entrega recepción entre el actor y el demandado, en vista de que la misma se

encuentra totalmente terminada y se dispone se la dé por entregada por medio del laudo.

4.8 Ampliación de Laudo

Luego de que se ha emitido el Laudo Arbitral las partes solicitan aclaración y ampliación del mismo.

La parte actora pide que se aclare el porqué no se tomó en cuenta en su totalidad uno de los informes presentados por el perito, además solicitan se especifique cual de las partes corre con los gastos del cambio de un elemento técnico realizado por el mismo perito en el informe pericial mencionado, finalmente solicita se aclare el laudo arbitral en cuanto a indicar en que parte del proceso constan documentos sobre los cuales el actor acepta la ejecución de obras adicionales a las que contractualmente se había comprometido con el demandado y respecto del porcentaje pertinente por concepto de liquidación de honorarios del demandado.

La parte demandada pide aclaración respecto de que en la liquidación de obras adicionales, pretensión aceptada y acogida por el Tribunal Arbitral en el laudo, aparezca también la liquidación de las obras complementarias.

El Tribunal Arbitral luego de correr traslado con el pedido de las mismas; y, verificado que hayan sido presentadas dentro del término legal, considerando que los puntos objetos de aclaración y ampliación fueron debidamente argumentados y expuestos en el laudo arbitral, resuelve denegar las solicitudes presentadas tanto por el actor y por el demandado.

Luego de ser las partes notificadas con la resolución respecto de aclaración y ampliación, la parte actora presentó acción de nulidad, solicitando la suspensión de la ejecución del laudo, pidiendo así mismo se fije la caución por los perjuicios estimados por la demora que esto pueda causar a la contraparte.

El Tribunal Arbitral, fija un valor por concepto de caución y su respectivo interés por el tiempo que estará suspendida la ejecución del laudo arbitral, a lo cual el actor pide se indique y modifique dicho monto en virtud de que considera que es demasiado elevado y no tiene concordancia con el cálculo establecido por la Ley.

El Tribunal Arbitral, niega por improcedente dicho pedido argumentando su resolución en la Ley de Arbitraje y Mediación.

Cabe recalcar que a la fecha que se presenta la acción de nulidad dentro del caso en análisis, el Tribunal Arbitral, calcula el monto de la caución por el tiempo de dos años, estimando la duración del trámite que llevará a cabo la Corte Superior de Justicia de Quito.

En la actualidad, la acción de nulidad es resuelta en tres meses, debido al trámite especial que la Corte le da a dicha acción.

Actualmente el monto de la caución se fija calculando el interés correspondiente conforme el valor que se está disponiendo cancelar en el laudo arbitral.

Dentro del presente caso el actor no rinde la caución dentro del término otorgado por la Ley.

Finalmente se remite el Proceso a la Corte Superior de Justicia de Quito, actual Corte Provincial de Justicia el proceso y la acción de nulidad planteada, lo que se encuentra hasta la actualidad en trámite, desde el 15 de noviembre de 2005.

CAPÍTULO V

Legislación Comparada

6.1.- *El Arbitraje en Equidad en Colombia*

El Arbitraje en Equidad en la Legislación Colombiana se distingue dentro de dos periodos los cuales se definen con la promulgación de la Constitución Política de 1991. El primer periodo se caracteriza por clasificar a los fallos en derecho y en fallos “en conciencia”.²⁰⁹

A partir de la promulgación de la Constitución Política de 1991 las funciones jurisdiccionales otorgadas a particulares se consagran a rango constitucional y se establece de la siguiente manera:

“Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de conciliarse o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la Ley”²¹⁰

De esta manera se inicia a considerar a los arbitrajes resueltos en conciencia como arbitrajes en equidad.

Posteriormente el artículo 111, de la Ley 446 de 1998, estableció que:

“Artículo 11, Ley 446/98: Definición y Modalidades: El artículo 1° del Decreto 2279 de 1989 quedará así: El Arbitraje es un mecanismo por medio del cual las partes involucradas en un conflicto de carácter transigible, defieren su solución a un

²⁰⁹ GAMBOA Morales, Ernesto. “El Arbitraje en Equidad”. Ediciones Academia Colombiana de Jurisprudencia, Colección Portable, Santa Fe de Bogotá. D.C., 2003. Pág. 21.

²¹⁰ GAMBOA Morales, Ernesto. “El Arbitraje en Equidad”. Ob. Cit. Pág. 22.

tribunal arbitral, el cual queda transitoriamente investido de la facultad de administrar justicia, profiriendo una decisión denominada laudo arbitral.

El Arbitraje puede ser en derecho, en equidad o técnico. El arbitraje en derecho es aquel en el cual los árbitros fundamentan su decisión en el derecho positivo vigente. En este evento el árbitro deberá ser abogado inscrito. El Arbitraje en equidad es aquel en que los árbitros deciden según el sentido común y la equidad. Cuando los árbitros pronuncien su fallo en razón de sus específicos conocimientos en una determinada ciencia, arte u oficio, el arbitraje es técnico.”²¹¹

De esta manera en el derecho colombiano se define al arbitraje en equidad de forma similar aunque más concreta que en la legislación ecuatoriana, a aquel en el que los árbitros definen según el sentido común y la equidad.

Por otro lado la Ley Estatutaria de Administración de Justicia cuyo artículo 13 numeral 3 establece que:

*“Del ejercicio de la función jurisdiccional por otras autoridades y por particulares. Ejercen función jurisdiccional de acuerdo con lo establecido en la Constitución Política: “... “3. Los particulares actuando como conciliadores o árbitros habilitados por las partes, en asuntos susceptibles de transacción, de conformidad con los procedimientos señalados en la Ley. Tratándose de arbitraje, las leyes especiales de cada materia establecerán las reglas del proceso, sin perjuicio de que los particulares puedan acordarlas. Los árbitros, según lo determine la ley, podrán proferir sus fallos en derecho o en equidad”.*²¹²

Para Ernesto Gamboa, la inclusión Constitucional de la Equidad en la Legislación Colombiana, forma parte integral e inseparable del sistema jurídico positivo y

²¹¹ GAMBOA Morales, Ernesto. “El Arbitraje en Equidad”. Ob. Cit. Pág. 23.

²¹² CARDENAS Mejía, Juan Pablo. “El Arbitraje en Equidad”. Universitas, Junio, número 105, Pontificia Universidad Javeriana Bogotá, Colombia

contribuye a que no exista un culto absoluto hacia la Ley escrita, lo cual la Corte Constitucional resalta en una de sus sentencias al establecer que: “Es necesario concluir que el hecho de que los operadores jurídicos y en particular los jueces, tengan en cuenta la equidad y atribuyan a las partes los efectos de sus decisiones de acuerdo con un conjunto más completo de circunstancias de la realidad social no resulta contrario a nuestro ordenamiento constitucional. Por el contrario, contribuye a desarrollar el artículo 13 de la Carta, en la medida en que dicha norma establece que el Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva (...)”²¹³

De esta manera la consagración, reconocimiento e inclusión del arbitraje en equidad en la Constitución Política Colombiana, sirve como aporte y complemento al sistema jurídico ya establecido; y que, antes de la Promulgación de la misma en 1991 había sido determinado con otro sentido y con otros términos como arbitraje en conciencia.

Incluso en materia de administración de justicia, la equidad, ha sido incluida dentro del cuerpo de la Carta magna, que establece en el artículo 230, segundo inciso a la equidad como uno de los “criterios auxiliares de la actividad judicial”²¹⁴

Aquello ha sido corroborado en sentencias por la Corte, en las que se ha determinado que no cabe hacer una aplicación estricta de la Ley, sin vulnerar el principio de equidad: “De acuerdo con este principio cuando el Juez está en la tarea de aplicar la norma legal al caso concreto debe tener en cuenta las circunstancias propias del mismo, de manera que la voluntad del legislador se adecúe a los distintos matices que se presentan en la vida real (...)”²¹⁵

²¹³ Sentencia C1547/2000. Magistrada Ponente Encargada Cristina Pardo Schelesinger. Citada por Ernesto Gamboa, “El Arbitraje en Equidad” Ob. Cit. Pág.26.

²¹⁴ GAMBOA Morales, Ernesto. “El Arbitraje en Equidad”. Ob. Cit. Pág. 27.

²¹⁵ Sentencia T.518 de 1998. Citada por Ernesto Gamboa Morales, “El Arbitraje en Equidad” Ob. Cit. Pág. 28.

En la Legislación Colombiana, a diferencia de la Legislación Ecuatoriana, el laudo en ausencia de estipulación expresa de las partes, deberá ser en derecho²¹⁶.

Otra particularidad del Arbitraje en Equidad en Colombia es que las partes que intervienen en él no están obligadas a hacerse representar por abogados, puesto que esa es una exigencia solamente establecida para los arbitrajes en derecho²¹⁷

En este sentido es discutible la regulación del procedimiento, tomando en cuenta que quienes representan a las partes involucradas fueran desconocedores del derecho, no porque el Tribunal tenga que emitir el laudo en sentido a éste, sino por el desarrollo del proceso arbitral, lo que determina la responsabilidad de los árbitros para regular y velar por el respeto a las normas del debido proceso, para precautelar los derechos de las mismas partes.

El derecho Colombiano, hace distinción entre la figura del arbitraje en equidad y la del amigable componedor, estableciendo a los árbitros que resuelven en equidad como un intermedio entre los árbitros que resuelven en derecho y los que en un principio actuaban como amigables componedores resolviendo ya que estos mantenían la prerrogativa de “conciliar pretensiones opuestas” según la derogación concebida en el artículo 167 de la Ley del Decreto 2279 de 1989.²¹⁸

En general la mayoría de legislaciones Iberoamericanas no hacen distinción entre el arbitraje en equidad y aquel en el que resuelven los amigables componedores y en virtud de ello, tampoco lo distinguen los Organismos de Arbitraje Comercial Internacional como la American Association of Arbitration (AAA), La Comisión

²¹⁶ Art. 115: (...) “Parágrafo. En la cláusula compromisoria o en el compromiso, las partes indicarán el tipo de arbitraje. Si nada se estipula, el fallo será en derecho.” Decreto 1818 de 1998.

²¹⁷ Inciso segundo el artículo 118 de la Ley 446 de 1998, modificadorio del mismo inciso del artículo 7º del Decreto 2279 de 1989. Citado en el Laudo Arbitral Mouse Tecnología Ltda. vs. Enrique Jesús Vélez Bermeo. Diciembre 5 de 2001, Tribunal de Arbitramento (*), Bogotá, D.C., cinco de diciembre de dos mil uno.

²¹⁸ GAMBOA Morales, Ernesto. “El Arbitraje en Equidad”, ob. Cit. Pág 35.

Interamericana de Arbitraje Comercial (CIAC), La Cámara de Comercio Internacional (CCI); y la Ley Modelo de UNCITRAL²¹⁹

Esta distinción que se realiza en el derecho Colombiano, parte de la diferenciación que, anterior a la promulgación de la Constitución Política de 1991 se hacía, respecto a los fallos emitidos en Derecho y fallos en Conciencia, denominación que posteriormente cambia por fallos en Equidad. La connotación que tiene el cambiar y reconocer constitucionalmente a la Equidad, se debe a la evolución y el desarrollo del Arbitraje dentro de los lineamientos jurídicos que se van estableciendo.

Las connotaciones del concepto de Equidad en el Derecho Colombiano, se divide en dos postulados que sostiene la doctrina: por un lado la Equidad “Como criterio de ponderación” y por otro lado como “el principio del derecho que suple los preceptos legales conforme los cuales se fundamenta una decisión”²²⁰

La Equidad considerada como criterio de ponderación, se encuentra consagrada en la Constitución, y sirve como auxiliar de la Administración de Justicia²²¹, siendo además considerada por el doctor Gilberto Peña Castrillón, como un “*elemento que integra –cuando a ello hubiere lugar- la sentencia en Derecho*”²²²

Es decir, la equidad en este sentido es aplicable siempre y cuando el juez o el árbitro pueda ajustarla dependiendo de las circunstancias, para corregir, integrar o

²¹⁹ GAMBOA Morales, Ernesto. “El Arbitraje en Equidad”. Ob. Cit. Pág. 35.

²²⁰ GUZMÁN Villalobos, Andrés Felipe. “El Arbitraje de Equidad en el Derecho Colombiano”, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, Departamento de Derecho Procesal, Bogotá D.C. 2003, Biblioteca Virtual: <http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere5/TESIS20.pdf>, Pág. 102.

²²¹ “Art.230: Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley. La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho son criterios auxiliares de la actividad judicial.” Citado por Andrés Felipe Guzmán Villalobos, “El Arbitraje de Equidad en el Derecho Colombiano”, Ob. Cit. Pág. 103.

²²² PEÑA Castrillón, Gilberto. “Algunos Aspectos Generales del Arbitraje”. Sinopsis entregada a los alumnos de la especialización en Gestión Pública e Instituciones Administrativas. Universidad de los Andes. Bogotá: Primer Semestre, 2003. Citado por Citado por Andrés Felipe Guzmán Villalobos, “El Arbitraje de Equidad en el Derecho Colombiano”, Ob. Cit. Pág. 103.

complementar las normas de derecho, siempre y cuando estas no contravengan las normas o principios constitucionales o, sean aplicables de forma armónica.

La Equidad considerada como razón fundante de decisiones, se la puede aplicar en tres sentidos diferentes.²²³

En primer lugar como un recurrente cuando se han agotado todos los criterios posibles apegados al derecho positivo, sin que estos puedan respaldar su decisión, en este caso la equidad se aplica según el criterio del árbitro o juez.

El segundo caso se presenta cuando se encuentra dispuesto en la Constitución la aplicación de la Equidad, en este caso el autor cita, a la aplicación de la equidad por los jueces de paz; y,

En tercer lugar la aplicación de la equidad en el Arbitraje, la cual se encuentra permitida por la Constitución Política y por la Ley.

Aplicando la aplicación de la equidad ya que se encuentra permitida en la Constitución y la Legislación Colombiana, es que los árbitros emiten sus laudos.

Antes de la promulgación de la Constitución de 1991, se hacía referencia a laudos en conciencia y luego se les denominó en Equidad.

La diferenciación entre estos es que los laudos en conciencia son emitidos según la "íntima convicción del juzgador" se consideraba que no era necesaria la valoración de las pruebas ni la motivación; y que, eran emitidos conforme la "verdad sabida y la buena fe guardada" de los árbitros.²²⁴

²²³ GUZMÁN Villalobos, Andrés Felipe. "El Arbitraje de Equidad en el Derecho Colombiano". Ob. Cit. Pág. 104.

²²⁴ GAMBOA Morales, Ernesto. "El Arbitraje en Equidad" Ob. Cit. Pág. 64

En este sentido la no motivación de laudos arbitrales, como lo indica Ernesto Gamboa, podía generar que los mismos fueran el resultado de los “estados de ánimo” de los árbitros.²²⁵

Luego con la nueva denominación de fallos en equidad, se limita y establecen los parámetros que tienen los árbitros que resuelvan conforme la misma, así coincide y estipula un pronunciamiento de la Corte Constitucional, la cual hizo las siguientes apreciaciones:²²⁶

“Es necesario distinguir entre las decisiones” en derecho”, “en equidad”, “en conciencia” y “verdad sabida y buena fe guardada”. La más exigente de ellas es la decisión en derecho ya que supone el conocimiento, la interpretación y aplicación de normas objetivas respetando criterios hermenéuticos. El fallo en equidad, aunque mucho menos exigente que el fallo en derecho, como ya se ha sostenido anteriormente, no puede desatender las particularidades concretas del caso, vgr. Las circunstancias fácticas del contexto en el que decide, ya que su sentido mismo es buscar el equilibrio en la decisión evitando cargas y efectos excesivamente gravosos para las partes y asignando beneficios a quien los necesita o merece. Es por ello que las motivaciones del fallo en equidad resultan importantes en la determinación de la razonabilidad de la decisión. Por el contrario, la decisión en conciencia y la decisión verdad sabida y buena fe guardada remiten a la esfera interna del fallador quien adopta una decisión cuya finalidad no es necesariamente justicia o la equidad. No es posible, por lo tanto, equiparar ambas instituciones. Quien falla verdad sabida y buena fe guardada no tiene que hacer explícitos los hechos en que se funda ni justificar con razones sus conclusiones. En cambio quien decide en equidad debe considerar las particularidades fácticas de la situación, apreciar su valor para que sus conclusiones sean justificables, no a partir de su conciencia subjetiva, sino del concepto indeterminado pero objetivo de

²²⁵ GAMBOA Morales, Ernesto. “El Arbitraje en Equidad” Ob. Cit. Pág. 65

²²⁶ Sentencia T46 de 2002. Citada por Ernesto Gamboa Morales, “El Arbitraje en Equidad” Ob. Cit. Pág. 66.

equidad. La flexibilidad asociada a la equidad, inclusive en la definición más restrictiva de la misma, estriba en que es posible apartarse de una aplicación de las reglas jurídicas precisamente cuando los hechos especiales del caso –las particularidades del mismo– así lo requieren para que la decisión sea justa. De tal manera que las razones de equidad son las que parten de los hechos y justifican una decisión que consulta las especificidades de un conflicto determinado, sin depender de la aplicación estricta de cierta regla.”

Es muy claro el pronunciamiento de la Corte Constitucional de Colombia, en cuanto a las distinciones existentes entre resolver en conciencia o en equidad, siendo la equidad aquella que resuelve en función de los hechos y de las circunstancias de cada caso, flexibilizando la aplicación de la normativa establecida por el derecho, en función del caso concreto de ser necesario, cuando la rigidez de la aplicación de la Ley no permita solucionar de manera justa el caso.

Es evidente que así como ocurre en la Legislación Ecuatoriana, el Arbitraje en Equidad en Colombia también busca obtener resoluciones justas y equitativas, en las que, luego de un análisis racional de los hechos y las pruebas aportadas en el Proceso los árbitros encuentran la motivación de su decisión.

Finalmente, del análisis que antecede respecto del Arbitraje en Equidad en Colombia, se concluye que el mismo se encuentra regulado por la expresión Constitucional de 1991, la Ley 446 de 1998 y 270 de 1996, cuyos textos se refieren expresamente a la posibilidad de que existan fallos arbitrales en “equidad”.²²⁷

El arbitraje en equidad en Colombia, se establece como intermedio entre el fallo en derecho y el que resulta de la amigable composición.

²²⁷ GAMBOA Morales, Ernesto. “El Arbitraje en Equidad”. Ob. Cit. Pág. 24.

6.2. El Arbitraje en Equidad en Argentina.-

En Argentina, el Estado por medio de la Constitución Nacional, prevé la conformación de Tribunales Estatales para la administración de justicia, así mismo permite que estos Tribunales puedan dejarse de lado para recurrir a otros medios que los excluya, con lo cual el Estado admite que los particulares asuman facultades jurisdiccionales en el Arbitraje, otorgando a las decisiones que emiten los árbitros el efecto de cosa juzgada, estableciendo el mismo procedimiento para la ejecución de laudos permitiendo hacer uso de la fuerza coercitiva.²²⁸

El Arbitraje ha sido considerado, en un fallo de la Corte, como un sustituto de la jurisdicción, en el cual los árbitros investidos de facultad pueden decidir controversias mediante un procedimiento el cual se caracteriza por la libertad de las formas, obligatorias para las partes que lo han convenido en una cláusula compromisoria.²²⁹

El Arbitraje se muestra como un complemento a la justicia ordinaria, mostrando otras maneras de llegar a una solución sin la necesidad específica del pleito y del litigio, mediante un proceso en el cual las partes tienen libertad otorgar facultades jurisdiccionales a terceros particulares, y de escoger el procedimiento.

En Argentina, teniendo en cuenta los principios de libertad, autonomía de la voluntad y fuerza obligatoria de los contratos como impulsores del desarrollo nacional, en el análisis que Roque Caivano²³⁰, realiza respecto al Arbitraje hace referencia a las siguientes normas:

El Artículo 19 de la Constitución Nacional, permite la autodeterminación de los hombres, siempre que el objeto o la materia sobre la cual se trate la "convención" no afecte el orden público.

²²⁸ CAIVANO, Roque. "El Arbitraje" 2da edición actualizada y ampliada, Editorial Ad hoc, Buenos Aires 2008. Pág. 48.

²²⁹ CNCivil, Sala G. 14/8/90, LL, 1990-E-148, y ED, 141-121. Citada por Roque Caivano, "El Arbitraje" Ob. Cit. Pág. 49.

²³⁰ CAIVANO, Roque. "El Arbitraje", Ob. Cit. Pág. 54

En relación con el Arbitraje y en función de éste precepto constitucional, se reconoce la libertad y la capacidad de las personas a poder escoger y someter sus controversias a la resolución de un Tribunal Arbitral y recurrir a la decisión de los Árbitros para poner fin a un conflicto.

En cuanto a la materia de la convención, en el sentido arbitral, ésta jamás violará o se contrapondrá al orden público puesto que se encuentra regulado y reconocido en distintos cuerpos legales, los que serán mencionados más adelante.

Por otro lado, el artículo 101 del Código Civil, da la facultad a las partes de un contrato, de escoger el domicilio especial para las obligaciones que emanan de éstos, cuando previamente, en el mismo cuerpo legal en el artículo 100 se prevé que del lugar elegido determinará la competencia para conocer sobre el asunto.

En este sentido, las partes quienes libre y voluntariamente deciden someterse al Arbitraje, establecen la competencia de los árbitros que conocerán de la causa, así como también su domicilio, al ser este el lugar, la forma o el Centro en donde se llevará a cabo el Arbitraje.

En cuanto a las normas específicas que regulan el arbitraje, Roque Caivano²³¹, hace referencia a la errónea concepción de su naturaleza, debido a la forma en que se encuentra determinado en los distintos Código Procesales locales, los que consideran al Arbitraje como un “procedimiento especial”.

La inclusión del Arbitraje en los Códigos Procesales, permite que dependiendo de la materia que éstos regulen, se determine el Arbitraje, sin que exista una Ley específica que lo regule.

²³¹ CAIVANO, Roque. “El Arbitraje”, Ob. Cit. Pág. 55

Acerca del Arbitraje en equidad, el Código Procesal Nacional y el Código Procesal de Buenos Aires, separa haciendo diferencia, respecto del Arbitraje en equidad o de conciencia, para el marco legislativo que trata cada clase.

Los amigables componedores, según su forma de actuar, tienen total libertad de aplicar los preceptos jurídicos en dos aspectos: tanto en el procedimiento, como en el sustento del laudo.²³²

Cabe recalcar que la libertad de los amigables componedores, para actuar y no estar obligados a someterse a la rigidez ya sea del procedimiento o del sustento del laudo, se encuentra determinada por las partes, quienes pueden acordar la aplicación de un procedimiento específico o de normas determinadas para llevar a cabo el proceso arbitral.

El sustento del laudo, queda a la discrecionalidad de los amigables componedores, de recurrir o hacer referencia a la norma de derecho que trate el fondo del caso, o resolver según los principios de la equidad, aplicando su leal saber y entender.

Señala Roque Caivano, que no obstante de tratarse de un arbitraje en equidad, los árbitros se encuentran limitados a respetar la garantía de la defensa en juicio, el derecho a ser oído, a producir prueba y el derecho a una decisión justa.²³³

Como se ha dicho anteriormente, el Arbitraje en Argentina se encuentra regulado en los distintos Códigos Procesales.

En el Código de la Nación, se establece que los amigables componedores no están sujetos a las formas legales, y se encuentran limitados a recibir los antecedentes o documentos que las partes les presenten, luego pueden pedirles las explicaciones que consideren necesarias y finalmente a emitir la “sentencia”

²³² CAIVANO, Roque. “El Arbitraje”, Ob. Cit. Pág. 74.

²³³ CAIVANO, Roque. “El Arbitraje”, Ob. Cit. Pág. 74.

conforme su leal saber y entender.²³⁴ De igual redacción lo manifiesta el Código de Buenos Aires.

El Código de Santa Fe, determina que los amigables componedores deben dictar su laudo *ex aequo et bono*, pudiendo moderar, según el caso, la aplicación y el rigor de las leyes, dándole a los elementos probatorios, según ellos creen convenientes, menor o mayor eficacia de lo que corresponde en Derecho.²³⁵

EL Código Procesal de Córdoba, determina que en el caso de un Arbitraje Forzoso, los Árbitros resolverán conforme la naturaleza de la amigable composición, en función de que la controversia sea resuelta prioritariamente en base a los principios de la equidad y no los legales. En el Arbitraje Voluntario, se resolverá en estricto derecho al menos que las partes pacten lo contrario, debiendo además los árbitros que resuelven el Arbitraje Voluntario, actuar como jueces ordinarios.²³⁶

Este es una manera de fomentar las resoluciones en equidad, siendo todos los Arbitrajes Forzosos, como es el caso de Córdoba, obligados a ser resueltos en función de la amigable composición, dando en cierta forma, prioridad, importancia y confianza a las resoluciones que emitan los amigables componedores.

El Arbitraje de amigables componedores, como se le denomina en Argentina, o de Equidad como se establece en nuestra legislación, ha sido objeto de desconfianza por parte de los conocedores del derecho que consideran que la única forma de resolver conflictos es mediante la aplicación de las normas de derecho.

Sin embargo, las conclusiones que se determinaron en las Segundas Jornadas Nacionales de Profesores de Derecho, realizadas en la Facultad de Derecho, de la Universidad de Buenos Aires los días 10, 11 y 12 de septiembre de 1992,

²³⁴ Artículo 796 del Código de la Nación; y, artículo 807 de Buenos Aires. Citados por Roque Caivano, "El Arbitraje" Ob. Cit. Pág. 75

²³⁵ Artículo 431 del Código Procesal de Santa Fe. Citado por Roque Caivano, "El Arbitraje" Ob. Cit. Pág. 75

²³⁶ Artículos 502 y 503 del Código Procesal de Córdoba. Citado por Roque Caivano, "El Arbitraje" Ob. Cit. Pág. 75

recomendaron “implementar el sistema de amigables componedores para obtener fórmulas de decisión informal”²³⁷.

Al igual que en la Legislación Ecuatoriana, en la Legislación Argentina, tanto los laudos dictados en Derecho, como los de Equidad, equivalen y tienen efecto de cosa juzgada.

No obstante de la igualdad respecto a la calidad del laudo, existen en la Legislación Argentina diferencias determinadas en cada uno de los Códigos que los regulan en los recursos aplicables.

A excepción de pacto en contrario establecido por las partes, los laudos en Derecho son recurribles mediante los mismos recursos que se aplican a las sentencias judiciales, sin embargo los laudos que dicten los amigables componedores son irrecurribles, pudiendo ser solamente objetos de revisión mediante la nulidad que se presente por acción judicial, en virtud de las causales de haberse pronunciado fuera de plazo o sobre puntos no comprometidos.²³⁸

Es importante rescatar que los laudos emitidos por los amigables componedores presuponen mayor responsabilidad de los mismos al momento de resolver, siendo una resolución que no debe estar apegada a las normas expresas de derecho, sino en la cual ante la norma legal y el criterio del amigable componedor debe prevalecer el leal saber y entender, por lo que es lógico que no exista ningún recurso aplicable al mismo, al ser las partes quienes por su propia voluntad decidieron someterse a dicho tipo de Arbitraje.

Claro está, el emitir laudos por amigables componedores no los exime de actuar de manera ilimitada e irrespetando normas y derechos constitucionales coincidentes en la Legislación Ecuatoriana como en la Argentina, en virtud de los que cuales se precautela derechos fundamentales de las partes como el de

²³⁷ CAIVANO, Roque. “El Arbitraje” Ob. Cit. Pág. 75

²³⁸ Art. 771 del Código Nacional y Art. 809 del Código de Buenos Aires. Citados por Roque Caivano, “El Arbitraje” Ob. Cit. Pág. 79

legítima defensa y a tener una resolución justa, por lo que establecer una causal como haber dictado el laudo fuera de término es importante y esencial en el Arbitraje, no solo de amigables componedores sino también para el arbitraje en derecho.

La revisión de laudos en equidad, podría desvalorizar la verdadera esencia del arbitraje en equidad, que como lo considera Roque Caivano²³⁹, implicaría que un Juez revise la decisión subjetiva del árbitro que en primera instancia resolvió también de manera subjetiva.

El Código Procesal de Córdoba coincide con el Buenos Aires, al determinar que los laudos dictados en Arbitrajes Forzosos y por lo tanto laudos dictados según la amigable composición, son irrecurribles.

A diferencia de ello, el Código Procesal de Santa Fe, establece que sobre los laudos arbitrales, sin hacer distinción alguna, proceden los mismos recursos que sobre las sentencias judiciales se aplican.²⁴⁰

Las causales de nulidad establecidas por el Código Nacional y por el Código Procesal de Buenos Aires, para laudos en derecho son la existencia de una falta esencial del procedimiento, en haber fallado los árbitros fuera de plazo, sobre puntos no comprometidos o en la existencia de decisiones incompatibles entre si en la parte dispositiva.²⁴¹

Los laudos emitidos por amigables componedores, tiene dos causales de nulidad determinadas las cuales versan respecto a la emisión del laudo fuera del plazo y sobre puntos no comprometidos.²⁴²

²³⁹ CAIVANO, Roque. "El Arbitraje". Ob. Cit. Pág. 79.

²⁴⁰ Art. 436. Código Procesal de Córdoba, citado por Roque Caivano. "El Arbitraje". Ob. Cit. Pág. 79.

²⁴¹ Art. 760 y 761 del Código Nacional; y, Art. 789 y 799 del Código de Buenos Aires. Citados por Roque Caivano, Ob. Cit. Pág. 80.

²⁴² Art. 771 del Código Nacional; y, Art. 809 del Código de Buenos Aires. Citados por Roque Caivano, Ob. Cit. Pág. 80.

En cuanto a las normas procedimentales aplicables para el arbitraje de amigables compondores también existen diferencias en cuanto al arbitraje en derecho.

Los amigables compondores no están sujetos a ninguna norma procedimental, más que a recibir los antecedentes y documentos que las partes les presenten, teniendo la facultad de solicitar explicaciones a las mismas en caso de que lo consideren necesario, mientras que en el arbitraje en derecho los árbitros a menos de que las partes se pronuncien respecto del procedimiento o de las normas que lo regulen, deberán someterse al procedimiento establecido para los juicios ordinarios o sumario, tomando en cuenta la naturaleza del conflicto y la economía de la causa.²⁴³

Al arbitraje de amigables compondores presupone una mayor confianza depositada de las partes en los árbitros quienes tienen mayor responsabilidad no solo profesional sino ética y moral para resolver, por lo que sería ilógico que existan recursos o causales de nulidad que versen sobre la decisión final de los árbitros, siendo esta de carácter subjetivo.

La determinación del tipo de arbitraje se establece acorde la estipulación de las partes, en caso de no manifestar el tipo de arbitraje al que resuelven someterse se entenderá que es el de amigables compondores, siendo este preferente al arbitraje en derecho.²⁴⁴

Al igual que en la Legislación Ecuatoriana, en Argentina se da prioridad al arbitraje en equidad siendo este el procedente cuando no exista manifestación expresa de las partes.

²⁴³ Art.751 y 769 del Código Nacional y Art. 789 y 807 del Código de Buenos Aires. Citados por Roque Caivano, "El Arbitraje" Ob. Cit. Pág. 80.

²⁴⁴ Art.766 del Código Nacional y Art. 804 del Código de Buenos Aires. Citados por Roque Caivano, "El Arbitraje" Ob. Cit. Pág. 80.

CAPITULO VI

PROPUESTA PARA REGLAMENTAR EL PROCEDIMIENTO DE ARBITRAJE EN EQUIDAD Y RECOMENDACIONES

5.1. *El Convenio Arbitral.-*

El convenio arbitral es el instrumento fundamental de donde nace y se da origen al arbitraje, siendo éste la manifestación expresa de la voluntad de las partes de someter sus controversias existentes o futuras a la resolución de un Tribunal Arbitral.

Cabe destacar que dependiendo de cada legislación la ley competente que regula el sistema arbitral, determina, en caso de que las partes no lo hagan, el tipo de Arbitraje. Es así como el artículo 3 de la Ley de Arbitraje y Mediación, establece que las partes son quienes determinarán si los árbitros deben decidir en derecho o equidad; y, que a falta de dicho convenio se entenderá que el arbitraje será en equidad.²⁴⁵

En la práctica de los casos, no todos los convenios arbitrales se establecen haciendo un detalle minucioso de temas importantes del arbitraje, que en el momento de surgir la controversia son fundamentales para llevar a cabo el proceso y para la decisión de los árbitros.

Mientras más explícito sea el convenio arbitral más claro será el procedimiento no solo para las partes sino también para los árbitros.

En el caso de la legislación ecuatoriana, el silencio de las partes en el convenio arbitral respecto del tipo de arbitraje, lo convierte per se en un arbitraje en equidad, a lo que partiendo desde los inicios y orígenes del arbitraje las partes depositan su confianza en la decisión de un tercero para que imparta justicia y solucione un conflicto, se mantiene en este sentido la figura que desde un principio

²⁴⁵ Art. 3: Las partes indicarán si los árbitros deben decidir en equidad o en derecho, a falta de convenio, el fallo será en equidad (...) Ley de Arbitraje y Mediación, R.O. No. 417, 14 de diciembre de 2006.

tuvo el arbitraje al ser resuelto conforme la sana crítica y el leal saber y entender de los árbitros, siendo está una inclinación más hacia el lado de que los arbitrajes sean resueltos prevaleciendo en ellos la equidad ante las normas de derecho, sin dejar de lado ni contraponerse en contra del debido proceso.

En el arbitraje en equidad el tipo de convenio arbitral ideal sería el que de manera expresa determine y especifique temas de trascendental importancia como la forma de designar a los árbitros, el número de árbitros que conformará el tribunal arbitral, el término en el que deberán resolver, así como también cualquier particularidad acordada por la mismas, estableciendo de esta manera los parámetros procedimentales bajo los cuales se llevara a cabo el proceso arbitral.

El convenio arbitral en el arbitraje en equidad debe ser claro y preciso, sin dejar abierta la posibilidad de generar dudas y confusiones, en cuanto más explícito sea será mucho mejor y establecerá de forma clara cuestiones que muchas veces por confusión u oscuridad de las partes podrían generar y ser causales de nulidad dentro de un proceso.

5.2.- La Selección de los Árbitros

Partiendo de la histórica polémica y discusión respecto de si el derecho es una ciencia o un arte, tomando en cuenta el análisis de COLIN y CAPITANT²⁴⁶, quienes consideraban que el derecho abarcaba características de una ciencia y también del arte al ser este factor expresado al momento de legislar y proferir sentencias.

Especialmente si se trata de juzgar conforme al leal saber y entender; y, a los principios de la sana crítica las cualidades que deben tener los árbitros en equidad son una amplia e ilimitada interrogante determinada únicamente por la confianza depositada de las partes en el momento de escoger a los árbitros.

²⁴⁶ COLIN, Ambrosio y CAPITANT H., "Curso Elemental de Derecho Civil". Reus, Madrid 1941 Tomo I, p.13. Citado por Ernesto Gamboa Morales, "El Arbitraje en Equidad", Ediciones Academia Colombiana de Jurisprudencia, Colección Portable, Santa Fe de Bogotá D.C, 2003, pag. 117.

A diferencia de los jueces que juzgan en la justicia ordinaria o a los mismos árbitros que resuelven en derecho quienes se encuentran limitados a resolver apegados en las normas de derecho, los límites que tienen los árbitros juzgadores en equidad, son establecidos conforme a la moral, la ética, y a su leal saber y entender, lo que implica mayor responsabilidad y análisis para poder ser justos y equitativos.

En el arbitraje en equidad podemos hacer referencia al poder discrecional que embiste a los árbitros, el mismo que no poseen quienes juzgan apegados al derecho.

Para los árbitros en equidad no es obligatorio fundamentar su resolución en derecho, pudiendo prescindir totalmente de la normativa establecida y relacionada materia de la controversia, lo cual no quiere decir que puedan recurrir a ella y aplicarla de forma atenuante y flexiva.

Así mismo se puede considerar que los árbitros en este tipo de arbitraje crean y son constructores de normas equitativas, que a diferencia de lo establecido en el derecho positivo corrigen la rigidez y las limitaciones que estas generan en determinadas circunstancias.

Ahora bien, es por todos estos antecedentes que surgen ciertas interrogantes respecto a los árbitros en equidad, como por ejemplo si deberán o no ser abogados, o si es el hecho de que sean abogados distorsiona o confunde la esencia del arbitraje en equidad.

La Legislación Ecuatoriana²⁴⁷, al respecto hace referencia única y exclusivamente a la no obligatoriedad de que los árbitros sean abogados para resolver en equidad, a lo cual se entiende que bien podrían ser o no abogados, sin establecer un factor

²⁴⁷ Art. 3: "Las partes indicarán si los árbitros deben decidir en equidad o en derecho, a falta de convenio, el fallo será en equidad, los árbitros actuarán conforme a su leal saber y entender y atendiendo los principios de la sana crítica. En este caso, los árbitros no tienen que ser necesariamente abogados (...)" Ley de Arbitraje y Mediación, R.O. No. 417, 14 de diciembre de 2006.

específico o determinante que diferencie a la conformación del Tribunal Arbitral cuando se trata de arbitraje en equidad.

La relación y la importancia que tiene la calidad de los árbitros con el convenio arbitral desencadenan y generan mayor seguridad debido a la confianza otorgada por las partes en la resolución que ponga fin a proceso arbitral. Siendo este un factor que implica salvaguardar la integridad de la esencia del laudo en equidad, así como también el evitar proliferar laudos emitidos por árbitros apegados a la doctrina positivista del derecho.

Depende mucho de las partes ya sea en la elaboración del convenio arbitral o en el momento propicio que la Ley les otorga la facultad de designar a los árbitros que conformarán el Tribunal Arbitral²⁴⁸.

Existen casos en los que a falta de acuerdo de las partes, se procede a la designación mediante sorteo que establece la Ley, y pese a tratarse de un arbitraje en equidad, se conforma un Tribunal Arbitral que en aras del azar esta integrado únicamente por abogados.

En estos casos dependiendo del criterio y de la concepción doctrinaria que tengan los árbitros éstos decidirán y tomarán en cuenta de que por tratarse de un arbitraje en equidad pueden flexibilizar y atenuar la aplicación de las normas de ser el caso necesario.

La legislación colombiana por ejemplo, establece en artículo 1 del Decreto 2279 de 1989, con su reforma a la ley 446 de 1998, establece que “cuando el fallo se produce en derecho el árbitro deberá ser abogado inscrito”²⁴⁹ lo cual implica que no es un requisito sine qua non para el arbitraje en equidad.

²⁴⁸ Art. 16: “De no existir acuerdo total en la audiencia de mediación, el director del centro de arbitraje enviará a las partes la lista de árbitros, para que de común acuerdo designen en el término de tres días los árbitros principales y el alterno que deban integrar el tribunal (...)” Ley de Arbitraje y Mediación, R.O. No. 417, 14 de diciembre de 2006.

²⁴⁹ Artículo 1 del Decreto 2279 de 1989, Reforma Ley 446 de 1998, Proyecto de Ley General de Arbitraje, artículo 14. Citada por Ernesto Gamboa Morales, ob. Cit. pag. 119

Dicha norma coincide en su esencia con la legislación ecuatoriana puesto que establece que los árbitros que resuelvan en derecho deberán ser abogados.

Sin embargo es importante recalcar que si bien es cierto los árbitros no deberán argumentar su decisión en normas de derecho, si deberían tener conocimiento del debido proceso y de la especificidad del proceso a darse en el arbitraje en equidad, partiendo de la concepción de que únicamente el laudo en equidad no necesariamente estará apegado a las normas de derecho.

Al respecto Ernesto Gamboa Morales²⁵⁰, cita en su obra una reflexión hecha por el Tribunal Superior de Medellín en fallo de enero 18 de 1998 que a continuación me permito transcribir:

“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 mas justa que la misma ley”

Con lo que expresa y deja claro el sentido sustancial del arbitraje en equidad, teniendo como norte el resolver de forma no solamente *jurista* sino también *humanista*, lo cual implica del análisis y la fundamental actuación de los árbitros.

Lo ideal sería que especialmente al tratarse de arbitraje en equidad, sean las partes quienes decidan si quieren un Tribunal integrado por árbitros no abogados o mixtos, es decir por abogados y no abogados tomando en cuenta la materia de la controversia, o en su defecto que no obstante de que los árbitros sean o no abogados, sean escogidos en función de la materia.

Así mismo en caso de no haber acuerdo de las partes en la conformación de tribunal arbitral, al tratarse de arbitrajes en equidad, se podría realizar el sorteo de los mismos según la especialización de cada uno en relación con la materia del conflicto.

²⁵⁰ Fallo del Tribunal Superior de Medellín, Enero 18 de 1998. Citado por Ernesto Gamboa Morales, ob. Cit. pág. 121.

5.3. Especificidad del procedimiento.-

La característica principal en el Arbitraje en general es la celeridad de su procedimiento, el cual a diferencia de los juicios ordinarios y que se plantean ante la justicia ordinaria, es mucho más rápido para resolver una controversia.

El procedimiento arbitral, además de ser más corto según lo establece la Legislación Ecuatoriana, puede ser determinado expresamente por las partes.

La regla general es que, en virtud y aplicación del principio de la autonomía de la voluntad, sean las partes quienes puedan pactar libremente las normas del procedimiento con las cuales se tramitará el caso.

El principio de la autonomía de la voluntad, contempla el velar por el respeto de las garantías constitucionales, del debido proceso, así como también de la igualdad de las partes y el ejercicio a la legítima defensa.²⁵¹

En cuanto al procedimiento arbitral, comenzando por establecer el tipo de arbitraje al que las partes convienen someterse, dependerá si se trata de un arbitraje institucionalizado con lo cual en primer lugar se someten a las normas establecidas de un Centro de Arbitraje y Mediación y por ende a las normas establecidas en la Ley de Arbitraje y Mediación, como es el caso ecuatoriano; y, si es que se trata de un arbitraje independiente, serán las partes quienes establezcan y determinen desde un inicio el procedimiento o las normas a las que se someterá arbitraje.

Para el arbitraje en derecho y el arbitraje en equidad, la Ley no establece un procedimiento específico para cada uno, sino que somete a las dos clases de

²⁵¹ SALCEDO VERDUGA, Ernesto. "El Arbitraje: La Justicia Alternativa", DISTRILIB, segunda edición actualizada, Guayaquil Ecuador, 2007. Pág. 191.

arbitraje al procedimiento establecido en dicha ley y como norma supletoria se remite al Código de Procedimiento Civil.²⁵²

No obstante de la indistinción que hace la ley, las partes pueden establecer la normativa que regule el procedimiento arbitral, por cuanto en esta clase de arbitraje no está obligado a someterse a la rigidez de las normas legales. Sin embargo es importante destacar que si bien es cierto en el arbitraje en equidad, los árbitros no están obligados a sustentar el laudo en normas de derecho, el tema del procedimiento cuando no está establecido expresamente por las partes, es algo que deja la opción de que sea apegado a las normas de la Ley de Arbitraje y Mediación; y, normativa supletoria o a su vez que sean los árbitros quienes en función de las normas establecidas en la Ley hagan una aplicación más flexible y no tan rígida según sea el caso, velando siempre por los intereses de las partes.

Especialmente en el arbitraje en equidad, son las partes quienes deben tener en cuenta las amplitudes y características que les otorga la Ley para resolver determinada controversia, siendo ellas en primera instancia las responsables de establecer en el convenio arbitral las normas en función de las cuales se regirá el procedimiento.

La especificidad del trámite que se debe seguir en el arbitraje en equidad, depende también del tipo de controversia que a él se está sometiendo, es decir si las partes recurren a un arbitraje en equidad por tratarse de un conflicto que en su esencia es difícil de resolver en derecho, deberían especificar cuales serán las normas que también regularán el procedimiento, sin que esto quiera decir evadir y desconocer el debido proceso y las garantías constitucionales, las que dejando de lado el tipo de arbitraje o en base a que resolverán los árbitros, son normas

²⁵² "Art. 38: El arbitraje se sujetará a las normas de procedimiento señaladas en esta Ley, al procedimiento establecido en los centros de arbitraje, al determinado en el convenio arbitral o al que las partes escojan, sin perjuicio de las normas supletorias que sean aplicables." Ley de Arbitraje y Mediación, R.O. No. 417, 14 de diciembre de 2006.

constitucionales que protegen la integridad y los derechos de todos los ciudadanos.

La posibilidad de poder especificar o determinar un procedimiento especial para el arbitraje en equidad, es de generar más seguridad y confiabilidad para las partes, así mismo es determinar el marco normativo, ya sea el legalmente establecido o el que las partes consideren conveniente, para que los árbitros se guíen y puedan aplicar según se trate el tema objeto de la controversia.

En los arbitrajes administrados, las partes sin importar que se trate de un arbitraje en derecho o en equidad, se acogen al Reglamento de los Centros de Arbitraje, los cuales se encuentran a su vez apegados a lo establecido en la ley de Arbitraje y Mediación, como en nuestro caso, con lo que se determina y se divide el procedimiento arbitral en dos etapas: una previa o etapa pre arbitral en la que desde que se presenta la demanda, hasta que se conforma, posesiona y declara competente el Tribunal Arbitral que conocerá del caso, es la Dirección del Centro quien lleva a cabo el proceso; y, luego de la declaratoria de competencia del Tribunal, serán única y exclusivamente los árbitros quienes resolverán y desarrollarán el proceso.

Independientemente de la fase arbitral en la que se encuentre el proceso, se debe cumplir a cabalidad la voluntad de las partes, estipulada en el convenio arbitral o durante el proceso, siempre y cuando sea el acuerdo de ambas, tanto la Dirección del Centro como los árbitros deberán acogerse a la manifestación de éstas, mucho más aún al tratarse de arbitraje en equidad.

La piedra angular y la esencia del arbitraje es la voluntad de las partes, partiendo desde su origen, procedimiento y normativa legal en función de la cual los árbitros resolverán, siempre y cuando esto no atente contra los derechos de una de las partes, deberá ser el fundamento y lo que determinará el proceso arbitral en general.

Por lo que prevalece la voluntad de las partes ante cualquier norma establecida en la Ley ya sea para el procedimiento o respecto de la motivación del laudo, de tal suerte que las partes, especialmente por tratarse de un arbitraje en equidad, podrían detallar y especificar el procedimiento arbitral, siendo los árbitros quienes apliquen y velen por el fiel cumplimiento de lo manifestados por las partes.

En este sentido, dependiendo de la materia del conflicto y de su complejidad las partes pueden establecer un término mucho más corto para la emisión del laudo, lo cual beneficiaría a cada una de estas al terminar con la controversia.

El término probatorio durante el proceso arbitral, no se encuentra determinado por la Ley, y en este caso son los árbitros quienes lo establecen luego de haberse declarados competentes en la Audiencia de Sustanciación.

La práctica de diligencias probatorias y los documentos que se agreguen por las partes para ser tomados como prueba a su favor, son de trascendental importancia especialmente en el arbitraje en equidad, puesto que es en base los cuales el Tribunal Arbitral hará un análisis, la concatenación de los hechos y podrá emitir el laudo arbitral.

La admisibilidad de las pruebas es totalmente discrecional de los árbitros, siendo esto una de las facultades que se encuentra implícitas dentro de aquellas que les han sido otorgadas por las partes, siempre que, el aceptar o no las pruebas presentadas no implique desconocer y contraponer un derecho de interés público o el del debido proceso.

Al tratarse del arbitraje en equidad, los árbitros no podrán desconocer ni tampoco obviar las garantías constitucionales y del debido proceso específicamente el derecho a la legítima defensa, pero sí pueden en caso de ser necesario admitir o considerar pruebas que faciliten el acercamiento a la verdad recurriendo; y, aplicando su leal saber y entender, para admitirlas o extender términos cuando el objeto sea esclarecer de mejor forma los hechos que los conduzcan a la verdad.

Si bien es cierto que los árbitros que resuelven en equidad no están obligados a someterse a la Ley, estos tampoco pueden desconocerla totalmente, en virtud de que el juzgar en equidad implica corregir la severidad y rigurosidad de la misma; que en ciertos casos por el hecho de ser legal no es necesariamente justo ni aplicable a un caso en particular.

La Ley de Arbitraje establece los parámetros sobre los cuales se debe regir el procedimiento arbitral ya sea en derecho o en equidad, sin ser estos obligatorios para los árbitros que resuelven en equidad, quienes pueden optar en tomarlos como una guía procedimental y de interpretación de la voluntad de las partes.

Sería susceptible de cuestionamiento la validez del proceso arbitral si es que las facultades de los árbitros se entenderían totalmente ilimitadas y arbitrarias, con lo cual contravendrían el verdadero espíritu de la ley y de la equidad²⁵³ lo que significaría el sobrepasar el ordenamiento jurídico que hace posible y en virtud del cual se establece el arbitraje.

Es evidente que en el arbitraje en equidad independientemente que los árbitros se apeguen o no completamente al procedimiento establecido por la Ley, quienes establecen los límites y las características procedimentales en primer lugar son las mismas partes, siendo eso si, de obligatorio cumplimiento para el Tribunal Arbitral; y, en caso de no haberse pactado el procedimiento, ahí si es facultativo de los árbitros el aplicar o no con rigurosidad la ley supletoria que regule el procedimiento arbitral.

5.4. La Buena Fe de las partes en el proceso Arbitral en Equidad

El arbitraje nace y tiene origen en el acuerdo de voluntades estipulado entre las partes de someter cualquier conflicto existente o futura controversia a la decisión de un tercero, con lo que se manifiesta de manera expresa la intención libre y voluntaria de acudir, en el caso de que exista un conflicto, a la justicia arbitral.

²⁵³ SALCEDO VERDUGA, Ernesto. "El Arbitraje: La Justicia Alternativa", DISTRILIB, segunda edición actualizada, Guayaquil Ecuador, 2007. Pág. 217.

El hecho de existir un acuerdo arbitral suscrito, genera y faculta a las partes para que cuando sientan que se ha generado un conflicto, inicien un proceso arbitral, lo que establece claramente que; cualquiera de las dos que origine la controversia será demandado.

Desde que se manifiesta la voluntad expresa de sometimiento al arbitraje, existe buena fe de las partes, partiendo del hecho que otorgan de mutuo consentimiento facultades a un tercero para que resuelva un eventual conflicto; y, que pueden establecer las normas y los aspectos que regularan dicho proceso están demostrando tener buena fe y la voluntad de solucionar posibles controversias de una manera alternativa en la que se encuentren directamente involucrados y en capacidad de ser partes activas dentro de un proceso.

La voluntad de las partes es la piedra angular del arbitraje, de ellas depende si establecen un procedimiento específico, las facultades de los árbitros, la normativa a la cual se regirá el proceso, el término en el que deberán dictar el laudo los árbitros, y en su defecto al no estar expresamente estipulado, serán los árbitros con sujeción a las normas del debido proceso y a la Ley de Arbitraje y Mediación quienes determinarán el proceso arbitral.

Siendo la voluntad de las partes algo esencial dentro del arbitraje, la buena fe de las mismas, es un elemento muy importante en función del cual dependerá el desarrollo y la evolución del proceso.

Al ser los árbitros directores del proceso arbitral toda vez que se encuentra debidamente posesionados y declarados competentes, las partes deben acatar las disposiciones que el Tribunal establezca en función de llevar el proceso de manera rápida, eficaz y transparente.

La buena fe²⁵⁴, entendida desde el punto de vista procesal, es de trascendental importancia en el arbitraje, proceso en el cual la voluntad de las partes prevalece

²⁵⁴ Buena Fe procesal. (D.Pr) Principio establecido en la L.E.C. 2000, en su artículo 247, según el cual, los intervinientes en todo tipo de procesos deberán ajustarse en sus actuaciones a las reglas de la buena fe. Los tribunales deben rechazar fundadamente las peticiones e

ante cualquier disposición legal siempre que no se contraponga ni viole los derechos de las mismas partes ni tampoco del debido proceso.

Si alguna de las partes actúa contraviniendo la buena fe procesal, o con la intención de causar algún incidente que demore o impida el desarrollo del proceso, afectando los intereses de la otra parte, los árbitros están facultados a sancionar a los profesionales que incurran en faltas que atenten contra la buena fe.

La buena fe y la actuación de las partes a través de sus abogados son muy importantes para el avance del proceso. Puede darse el caso que el propulsar incidentes y desacatar las disposiciones emanadas por el Tribunal Arbitral sean manifiestos de una intención negativa y problemática en el proceso.

El Código de Procedimiento Civil Ecuatoriano, otorga y obliga la facultad a los jueces, que en este caso sería aplicable a los árbitros, a sancionar a los abogados que presenten solicitudes con intención de entorpecer y retrasar el proceso²⁵⁵. Siendo el Código de Procedimiento Civil, norma aplicable supletoria conforme lo establece la Ley de Arbitraje y Mediación tanto para regular el arbitraje en derecho cuanto, según lo establezcan las partes o la discrecionalidad de los árbitros, puede ser aplicable en función de velar por el correcto desarrollo y la celeridad del proceso arbitral.

El Código Civil Ecuatoriano²⁵⁶ en el Título XII, que trata el efecto de las obligaciones también hace referencia a la buena fe de las partes, no

incidentes que se formulen con manifiesto abuso de derecho o entrañen fraude de ley o procesal (...) Si los tribunales entendieren que la actuación contraria a las reglas de la buena fe podría ser imputable a alguno de los profesionales intervinientes en el proceso, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo anterior, darán traslado de tal circunstancia a los Colegios profesionales respectivos por si pudiera proceder la imposición de algún tipo de sanción disciplinaria. Definición de Buena fe procesal, Diccionario Jurídico Espasa, Editorial Espasa Calpe, S.A., Madrid 2006, pág. 248.

²⁵⁵ **Art. 293.-** Los jueces se hallan obligados a rechazar con multa de cinco a veinte dólares de los Estados Unidos de América, toda solicitud que tienda a entorpecer el curso del juicio o a suscitar incidentes que propendan al mismo fin (...) Código de Procedimiento Civil, Codificación 2005-011, Suplemento del Registro Oficial No. 58 del 12 de Julio de 2005

²⁵⁶ **Art. 1562.-** Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan, no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que, por la ley o la costumbre,

específicamente en el procedimiento arbitral pero si en el cumplimiento de las obligaciones adquiridas en los contratos.

El Arbitraje nace de la voluntad de las partes, lo cual se origina del convenio arbitral, en el que se obligan a cumplir tanto en cuanto a someter su controversia a la resolución de un Tribunal Arbitral, cuanto a toda la normativa específica que ellos mismos determinen, así como también a la dirección de los árbitros durante el proceso arbitral.

La Buena fe de las partes debe ser valorada por los árbitros en función de la actuación de las mismas durante todo el proceso, lo cual sirve de apoyo y también da luces al Tribunal respecto a los valores y principios de las mismas no solo como parte procesales sino también como seres humanos.

5.5. El laudo Arbitral en Equidad.-

El laudo arbitral en equidad es la parte esencial en la cual se marca la diferencia con el arbitraje en derecho, pues partiendo de su naturaleza, es en éste mediante el cual los árbitros resuelven sin apego ni fundamentación en las normas de derecho, sino según su leal saber y entender y conforme los principios de la sana crítica.

Al no estar obligados a encontrar soluciones reguladas por el derecho, los elementos probatorios recaudados en el proceso, son la base fundamental del mismo, pues en es virtud de los mismo que los árbitros deberán guiarse y aplicando su leal saber y entender llegar al esclarecimiento de la verdad.

Ernesto Gamboa Morales, sostiene en su obra "El Arbitraje en Equidad"²⁵⁷ que la valoración de la prueba dentro del proceso arbitral en equidad es necesaria para

pertenecen a ella. Código Civil, Título XII, Del Efecto de las obligaciones, Suplemento del Registro Oficial No. 46, del 24 de Junio de 2005.

²⁵⁷ GAMBOA MORALES, Ernesto. "El Arbitraje en Equidad", Ediciones Academia Colombiana de Jurisprudencia ,Colección Portable, Santa Fe de Bogotá, 2003. Pág. 86.

proferirse el laudo en equidad, sin que esto se confunda en la aplicación del conocimiento de los árbitros con el “Estado de ánimo” de los mismos.

Si es muy importante determinar que, no se puede distorsionar el concepto de valoración de la prueba según el saber de los árbitros con el que ellos puedan actuar arbitrariamente de forma imparcial y caprichosa en su decisión.

Al respecto el autor, señala la existencia de una posición contraria la cual ha sido manifestada en Jurisprudencia del Consejo de Estado Colombiano²⁵⁸ y establece que la decisión de los árbitros, no puede estar apoyada en el procedimiento probatorio, debido a que esto sería aplicar la voluntad de la ley, lo cual es considerado como una posición contraria al laudo en conciencia que no debe tener base probatoria más que en la propia verdad de los árbitros.

Así mismo señala la tesis contraria y que es mayoría en la jurisprudencia arbitral en la que los árbitros han estipulado: (...) *“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 esa perspectiva adquieren sentidos muchos documentos y muchas declaraciones que en un fallo en derecho podrían ser cuestionados por su congruencia con la materia probatoria”*²⁵⁹

A lo que cabe recalcar que para resolver de conformidad con la sana crítica y el leal saber, es necesario tener un sustento probatorio sobre el cual los árbitros pueden dilucidar los hechos, y no se limiten a escritos tanto de demanda como de contestación a la demanda y demás presentados en el proceso, porque de ser así se perdería totalmente la esencia del arbitraje.

²⁵⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, Exp. 10.468, Sentencia de septiembre 14 de 1995, citada por Jorge Hernán Gil E. en “Del Recurso de Anulación de laudos Arbitrales”. Citado por Ernesto Gamboa Morales, “El Arbitraje en Equidad” ob. Cit. pág. 86.

²⁵⁹ GAMBOA MORALES, Ernesto. “El Arbitraje en Equidad” Ob. Cit. pág. 87.

Respecto al tema y acorde con esta doctrina existe Jurisprudencia Arbitral Colombiana²⁶⁰ que establece los requisitos en virtud de los cuales los árbitros en equidad deberán emitir el fallo arbitral, y aquellos parámetros sobre los que se deberán guiar para argumentar el mismo laudo, siendo estos los siguientes:

- I. El laudo deberá estar fundamentado en pruebas regulares y debidamente contribuidas durante el proceso.
- II. Deben respetarse las reglas del debido proceso especialmente las garantías constitucionales las cuales por tratarse de derecho público deberán ser de obligatorio cumplimiento.
- III. Los árbitros deben emitir el laudo en virtud de los hechos y las pretensiones de las partes, teniendo la facultad de crear un derecho aplicable al caso sin necesidad de apegarse a normas ya establecidas por el derecho, teniendo como objetivo el dar a cada parte lo que a criterio de los árbitros les corresponda.
- IV. Los árbitros al juzgar en equidad pueden conciliar pretensiones opuestas, siempre y cuando las partes hayan acordado otorgar esa facultad expresa en el convenio arbitral.

Es así como en función de los requisitos expuestos, se fortalece la seguridad jurídica, ética y moral del arbitraje en equidad, estableciendo los preceptos que han de ser considerados por los árbitros sin dejar la posibilidad de confundir el arbitraje en equidad con un deliberado arbitramento.

La regularidad de la aportación de la prueba en el proceso arbitral en equidad es un requisito muy importante que destacar, puesto que la mala

²⁶⁰ Laudo Arbitral Mouse Tecnología Ltda. vs. Enrique Jesús Vélez Bermeo, Diciembre 5 de 2001. Tribunal de Arbitramento (*) Bogotá, D.C., cinco de diciembre de dos mil uno.

práctica probatoria procesal, podría afectar a la publicidad de la misma y la contradicción de la prueba.

A esto coincide el criterio de Ernesto Gamboa Morales, en su obra "El Arbitraje en Equidad"²⁶¹, con uno de los requisitos establecidos en la jurisprudencia señalada considerando que la no aportación de la prueba de forma regular puede atentar con los postulados del debido proceso lo cual pone en peligro la necesaria contradicción y publicidad de la prueba. Determina el autor que en el caso del arbitraje independiente, el Tribunal puede regular la práctica probatoria cuidando que el procedimiento que ha sido previamente seleccionado por las partes garantice los principios de publicidad y contradicción.

La fundamentación y motivación del laudo es muy importante tanto en cuanto se tratare de un arbitraje en derecho o de un arbitraje en equidad; en el primer caso la motivación es mucho más explícita puesto que será en base de normas de derecho, mientras que en el caso del arbitraje en equidad los árbitros deberán motivar su laudo emitido en base a su leal saber y entender, de manera que las partes entiendan la razón y el alcance de la resolución.

Roque Caivano en su obra "El Arbitraje" cita a Alvarado Velloso²⁶² en cuanto a la apreciación que establece respecto a la actividad de los jueces pero totalmente aplicable a los árbitros, respecto de la fundamentación de la sentencia la cual consiste *"en la construcción de un razonamiento suficiente para que –de los hechos que el juez percibe- un hombre sensato pueda sacar la última conclusión contenida en la parte dispositiva."*

²⁶¹ GAMBOA MORALES, Ernesto. "El Arbitraje en Equidad" Ob. Cit. pág. 89.

²⁶² CAIVANO, Roque. "El Arbitraje", Ob. Cit. Pág 252.

De tal forma, el análisis que realiza Roque Caivano es muy acertado al referirse a la decisión basada en función del “leal saber y entender”, la cual debe ser comprendida por cualquier persona sin que tenga ningún tipo de conocimiento de la normativa jurídica; y, que además debe tener elemental correspondencia entre las cuestiones planteadas y el laudo en sí.

La responsabilidad de los árbitros en el Arbitraje en Equidad a fundamentar debidamente el laudo, se mide en función del mayor grado de confianza que les otorgan las partes para decidir en este sentido, estando obligados a hacer una minuciosa explicación de los argumentos que los motiva.²⁶³

Es importante también establecer los límites que tienen los amigables componedores en cuanto a la aplicación o no de las normas de derecho, los cuales están dados por las normas de derecho público, las que no podrán ser desconocidas o inobservadas.

Ernesto Salcedo, dice considera hace un análisis al respecto y considera que el arbitraje en equidad no significa que el árbitro no pueda resolver en base a normas de derecho, sino que no tiene la obligación a hacerlo,²⁶⁴ entendiendo que el laudo no contraría al orden jurídico y que más bien puede ser apoyado en él o complementarlo.

Lo trascendental y esencial del laudo en equidad es que si bien es facultativo de los árbitros el recurrir a normas de derecho para su motivación, no pueden dejar de hacer una apreciación valorativa de todos los hechos paralelamente con los principios de la sana crítica.

La Sana crítica o persuasión racional, según lo define Marco Monroy Cabra, *“Consiste en la valoración conjunta de la prueba, de conformidad con las*

²⁶³ CAIVANO, Roque. “El Arbitraje”, Ob. Cit. Pág 255.

²⁶⁴ SALCEDO, Ernesto. “El Arbitraje: La Justicia Alternativa”, Segunda Edición Actualizada, DISTRILIB Editorial 2007, Guayaquil Ecuador. pág.: 267.

*reglas de la lógica, la psicología y la experiencia, dándole a cada medio probatorio un determinado valor, como también al conjunto de pruebas. Es evidente que el juez deberá dar las razones que le inducen a otorgar determinado valor a cada medio probatorio, con lo que se cumplen los principios de publicidad y contradicción de la prueba”.*²⁶⁵

Siendo así, la valoración tanto de los hechos como de las pruebas, los elementos que permiten a los árbitros acercarse al esclarecimiento y determinación de dar a cada uno lo justo.

Al tratarse de un arbitraje en equidad y al no estar obligados los árbitros a fundamentar su decisión en normas de derecho, ésta debe ser lo más claro posible, de total entendimiento no solo para los abogados sino también para las partes, debiendo ser motivada y explicada acorde las razones que condujeron a los árbitros a expedirla.

El término en el cual los árbitros deberán emitir el laudo, puede ser plenamente pactado por las partes, así como también los parámetros a seguir para la respectiva motivación del mismo.

Por lo que se puede considerar que en los arbitrajes en equidad, al ser cuestiones no sometidas a la Ley y al derecho, el término para la emisión del laudo sea establecido por las partes o determinado por la ley en un período menor a los 150 días en función de que los árbitros una vez analizado y evaluado los instrumentos probatorios practicados en el proceso, más que un estudio minucioso de la Ley deben aplicar sus conocimientos, su leal saber y entender según su experiencia lo cual se puede dar de manera más pronta que de aquellos quienes resuelven en derecho.

²⁶⁵ MONROY Cabra, Marco Gerardo. “Principios de Derecho Procesal Civil”. Edi.: Temis, Bogotá, Colombia, 1979, pág. 62. Citado por Ernesto Salcedo, “El Arbitraje: La Justicia Alternativa”. Ob. Cit. pág.:267.

5.6. Ejecución del Laudo Arbitral en Equidad.-

Uno de los efectos del laudo arbitral ya sea en equidad o en derecho, es el efecto de sentencia ejecutoriada y de cosa juzgada²⁶⁶, esto le otorga la calidad de obligatorio acatamiento por las partes, quienes sometieron el caso concreto a la resolución del Tribunal Arbitral lo cual vincula a las partes con una situación jurídica previamente establecida, siendo éstas quienes otorgaron facultad y competencia a los árbitros para resolver, se obligan de manera implícita o explícita a acatar la resolución o laudo arbitral.

Según la doctrina procesalista, respecto a la ejecutoriedad de resoluciones basada en aquellas que han sido dictadas por jueces, considerándolas como aquellas que no pueden ser impugnadas, refiriéndose a ser atacadas en el mismo proceso en que se emitieron o, en otro grado posterior al proceso o mediante un recurso extraordinario.²⁶⁷

Esta doctrina, es aplicable al laudo arbitral por cuanto lo establece el artículo 30 de la Ley de Arbitraje y Mediación, éste no es susceptible a ningún tipo de recurso ulterior más que el de aclaración y ampliación ante el mismo Tribunal Arbitral, previa a su ejecución; y, luego no es aplicable ningún recurso más que la acción de nulidad.²⁶⁸

²⁶⁶ Art. 32: (...) "Los laudos arbitrales tienen efecto de sentencia ejecutoriada y de cosa juzgada y 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 se originen con posterioridad a la expedición del laudo." Ley de Arbitraje y Mediación, R.O. No. 417, 14 de diciembre de 2006.

²⁶⁷ GUASP, Jaime. "Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil" Tomo I, Madrid, 1948, pág. 987-988. Citado por Ernesto Salcedo, "El Arbitraje: La Justicia Alternativa", Ob. Cit. pág. 271.

²⁶⁸ Art. 30.- "Los laudos arbitrales dictados por los tribunales de arbitraje son inapelables, pero podrán aclararse o ampliarse a petición de parte, antes que el laudo se ejecute, en el término de tres días después de que ha sido notificado a las partes. Dentro de este mismo término los árbitros podrán corregir errores numéricos, de cálculo, tipográficos o de naturaleza similar. Las peticiones presentadas conforme a lo establecido en este artículo serán resueltas en el término de diez días contados a partir de su presentación.

Los laudos arbitrales no serán susceptibles de ningún otro recurso que no establezca la presente Ley." Ley de Arbitraje y Mediación, R.O. No. 417, 14 de diciembre de 2006.

La ejecución de los laudos arbitrales implica recurrir a la potestad otorgada por la Ley y el Estado a los jueces quienes en ejercicio de su jurisdicción hacen ejecutar lo juzgado.

El hecho de que los árbitros carezcan de facultad para hacer ejecutar lo juzgado, el someter su ejecución ante la justicia ordinaria no implica que el laudo arbitral pierda obligatoriedad ya que el contenido de las decisiones son irrevisables, sin que las partes puedan someterlas o plantearlas ante otra jurisdicción.

El efecto de ejecutoriedad, no y la intervención de los jueces no afecta las decisiones de fondo de la resolución, las cuales son de obligatorio cumplimiento para las partes, no solo porque la Ley equipara los efectos del laudo a los de una decisión judicial, sino también porque son las mismas partes quienes voluntariamente decidieron y aceptaron ser juzgados por un Tribunal Arbitral, lo que establece fuerza vinculante con la decisión de quienes ellos mismos (las partes) estipularon someterse.²⁶⁹

En el caso específico del Laudo en Equidad, se entendería que la confianza de las partes en el leal saber de los árbitros, les faculta a resolver y motivar su resolución más que en cualquier norma de derecho en la aplicación de los principios de la sana crítica, de lo que resultaría ilógico que no se dé cumplimiento a la decisión que el Tribunal Arbitral emitió, siendo quizá el arbitraje en equidad en el que menos se debería recurrir a la justicia ordinaria para la ejecución de laudos.

Así mismo, siendo la resolución emitida conforme la verdad sabida de los árbitros; y, además por que el Juez Ordinario no es competente de hacer ningún tipo de revisión respecto del fondo o la decisión de los árbitros, la ejecución del laudo debe limitarse a la aplicación del poder conferido por la

²⁶⁹ CAIVANO, Roque. "El Arbitraje" Ob. Cit. pág. 269.

Ley de administrar justicia, el cual de conformidad con lo previsto en el artículo 1 del Código de Procedimiento Civil es: “la potestad pública de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado”.²⁷⁰

En el caso del arbitraje, la Ley de Arbitraje y Mediación le otorga al laudo el mismo valor que el de una sentencia ejecutoriada y de cosa juzgada; y, a los árbitros, según el convenio arbitral y por la Ley, la facultad de juzgar, pero no la facultad de ejecutar lo que ha sido por ellos juzgado.

A diferencia de la potestad que tienen los jueces de justicia ordinaria, debido a que cuentan con los medios para ejecutar las sentencias, en el arbitraje la ejecución de laudos se encuentra excluido de la competencia que tienen los árbitros otorgada por las partes y reconocida por la Ley.

Por lo tanto, la ejecución de laudos arbitrales no solo en derecho sino también en equidad, se hará siguiendo el trámite previsto por la Ley, presentado las copias certificadas por el Secretario Arbitral, el Director del Centro o los árbitros, del laudo ante el Juez Ordinario, el cual está facultado para ordenar el embargo de los bienes del deudor, o de los que fueron materia de medidas cautelares dispuestas durante el proceso.

Es importante destacar que no solo en el arbitraje en equidad sino también en derecho son las partes quienes han decidido someterse a la resolución del Tribunal por lo que, deberían acatar las resoluciones contenidas en el laudo sin tener que acudir a la vía ordinaria para el cumplimiento del mismo.

En todo caso los árbitros deberían estar facultados para hacer cumplir y ejecutar el laudo hasta un tiempo determinado y prudente luego de la emisión del mismo, porque de no ser el caso, el tener que acudir a la justicia ordinaria para cumplir algo a lo que cada parte se ha sometido hace que el Arbitraje pierda sentido.

²⁷⁰ SALCEDO, Ernesto. “El Arbitraje: La Justicia Alternativa” Ob. Cit. pág. 274.

5.7.- La Acción de Nulidad del Laudo en Equidad.-

La Acción de Nulidad, como su nombre lo indica es una acción a la cual las partes pueden recurrir en el caso de que se hayan incurrido en alguno de los requisitos establecidos por la Ley, los cuales hayan impedido el libre ejercicio de los derechos de las partes.

El artículo 31 de la Ley de Arbitraje y Mediación, establece las causales de nulidad, siendo estas las siguientes:

- a) *“No se haya citado legalmente con la demanda y el juicio se ha seguido y terminado en rebeldía. Será preciso que la falta de citación haya 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; o,*
- b) *No se haya notificado a una de las partes con las providencias del tribunal y éste hecho impida o limite el derecho de defensa de la parte; o,*
- 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; o,*
- d) *El laudo se refiera a cuestiones no sometidas al arbitraje o conceda más allá de lo reclamado; o,*
- e) *Cuando se hayan violado los procedimientos previstos por esta Ley o por las partes para designar árbitros o constituir el Tribunal Arbitral²⁷¹*

²⁷¹ Art.31. Ley de Arbitraje y Mediación, Ley de Arbitraje y Mediación, R.O. No. 417, 14 de diciembre de 2006.

La Ley es muy clara al establecer las causales de nulidad, precautelando los derechos de las partes dentro del proceso, así como también la actuación de los árbitros en cuanto la emisión del laudo sea respecto a temas sometidos al arbitraje o que la decisión del Tribunal Arbitral conceda más de lo pedido.

Al tratarse de un laudo en equidad, las causales aplicables para la acción de nulidad son las mismas que distingue la Ley, puesto que cada una de ellas trata sobre cuestiones procedimentales y no del fondo del laudo.

Sin embargo algunas de ellas pueden prestarse para distintas formas de interpretación, por ejemplo la contenida en el literal c) que se refiere a la no convocatoria o falta de notificación o a la no práctica de pruebas pese a existir hechos que deban probarse, refiriéndome específicamente a la última parte de esta causal, el Tribunal Arbitral que resuelve en equidad deberá emitir el laudo en función de todas las pruebas evacuadas durante el proceso, las cuales, luego de un análisis crítico son los instrumentos mediante los que se dictará su resolución, no obstante de ello se podría malinterpretar esta causal en la medida de que un Tribunal Arbitral, cuyo laudo se emite en equidad haya descartado la valoración de una prueba o la práctica de la misma en función de que no la consideren pertinente en base a su leal saber y entender.

Si bien es cierto, el arbitraje en equidad surge para corregir la rigurosidad de la Ley y en su procedimiento puede suscitarse la necesidad de atenuar la rigidez de la aplicación de la ley, los árbitros no pueden ignorar ni desconocer el debido proceso y los derechos que éste acarrea para las partes, no solo con el objeto de hacer justicia, sino también de evitar una posible futura nulidad del caso.

Justamente las causales de nulidad se establecen en función de precautelar los derechos del debido proceso de las partes, con lo que en cierta forma el Estado, a través de la función judicial controla la resolución arbitral cuando es alegada por una de las partes.

Si bien el Arbitraje nace de la voluntad de las partes, y es regulado por una Ley Especial, la acción de nulidad es un derecho que las partes pueden ejercer cuando se haya violado las normas del debido proceso y disposiciones establecidas en la Ley.

Ernesto Salcedo, al respecto considera que la acción de nulidad, se manifiesta a través de una instancia irrenunciable, mediante la cual se le concede al Estado la potestad de verificar y controlar mediante la Función Judicial, que los procesos arbitrales cumplan con los requisitos establecidos por la Ley en cuanto a la administración de justicia, siendo nulo el laudo arbitral, cuando se haya irrespetado las normas del orden público y del debido proceso.²⁷²

En cuanto a la causal establecida en el literal d) que se refiere a cuando el laudo trata cuestiones no sometidas al arbitraje o ha concedido más allá de lo pedido, los árbitros que resuelven en equidad deben ser muy cuidadosos al momento de resolver.

El emitir fallos en equidad conforme el leal saber y entender de los árbitros puede generar conclusiones que se produzcan como consecuencia del razonamiento lógico y valorativo de las pruebas aportadas durante el proceso, que conlleven a determinar la existencia de otros incumplimientos o pretensiones que no han sido expresamente planteadas en la demanda o reconvención, las cuales podrían generar un pronunciamiento del Tribunal sobre cuestiones que no han sido demandadas o que se entienda que se concede más de lo que se ha reclamado.

En este sentido existen dos criterios diferentes sobre los cuales por un lado se vela por el ejercicio de los derechos del demandado y por otro lado se considera que los árbitros quienes resuelven en equidad pueden hacer una interpretación extensa del escrito de demanda.

²⁷² SALCEDO, Ernesto. "El Arbitraje: La Justicia Alternativa" Ob. Cit. pág. 292.

Ernesto Gamboa Morales, señala que en el derecho colombiano, por ejemplo, los fallos que reconocen y conceden más allá de lo pedido, se contraponen al derecho de defensa, puesto que acogerían declaraciones o condenas en base a las cuales el demandado no tuvo la posibilidad de ejercer “actos de contradicción”.²⁷³

Por otra parte el mismo autor cita CASTAN TOBEÑAS, quien considera que el arbitraje en equidad actúa como un factor correctivo a la ley positiva o en función de la aplicación de normas existentes en los distintos caso que se presenten en la vida; y, por lo tanto los árbitros podrán “suplir” en el mismo sentido cualquier “limitación técnica” de la demanda.²⁷⁴

En este sentido, cabe recalcar que ya sea en derecho o en equidad, la actuación de los árbitros debe ser imparcial, tratando de acercarse lo más posible a la verdad, y en función de ello dictar el laudo, en el caso de arbitraje en equidad en forma justa en función de su leal saber y entender y conforme los principios de la sana crítica, lo cual se estaría contradiciendo en el caso de que un Tribunal arbitral descubra o determine más de lo que el demandado está solicitando, ya que estarían corrigiendo los errores no solo de la parte sino también de los abogados patrocinadores del proceso, beneficiándolo en forma parcial y directa.

Partiendo del hecho de que las partes otorgan competencia a los árbitros para que resuelvan sus controversias, renunciando a la jurisdicción ordinaria, resulta contradictorio que, la acción de nulidad, sea concedida por expreso mandato de la Ley a ser conocida y resuelta por la función judicial, a lo que en un principio las mismas partes están renunciando, por lo tanto intrínsecamente las partes renunciarían a someter el laudo, emitido, por quienes son ellas las que han dispuesto, ante un órgano judicial.

²⁷³ GAMBOA Morales, Ernesto. “Arbitraje en Equidad”. Ob. Cit. pág. 105.

²⁷⁴ CASTAN TOBEÑAS, Citado por Ernesto Gamboa Morales. “Arbitraje en Equidad”. Ob. Cit. pág. 105.

Si bien es cierto que la acción de nulidad precautela los derechos de las mismas partes, resulta contradictorio el que ésta sea resuelta y controlada por la justicia ordinaria cuando, nada ha tenido que ver ésta con el proceso.

Al respecto Roque Caivano, cita a Piaggi quien ha señalado que *“el proceso arbitral debe lograr la mayor autonomía posible de la intervención judicial...El juez no puede ni debe ser un revisor en segunda instancia de los árbitros, porque el procedimiento arbitral no es un seudoproceso judicial privatizado”*²⁷⁵

De esta manera, se puede concluir que manteniendo la voluntad de las partes, y siendo el arbitraje un método alternativo de solución de conflicto mediante el cual se trata de dar celeridad a la resolución de controversias y descongestionar la administración de justicia ordinaria, lo ideal sería que la acción de nulidad sea resuelta ante un Tribunal Especial conformado por árbitros que resuelvan respecto de la misma, en función de las causales establecidas en la Ley y no respecto del fondo.

Es interesante una de las causales consagrada en Argentina, respecto a la acción de nulidad respecto de los laudos arbitrales emitidos por Amigables Compondores, la cual establece que en caso de que el laudo haya sido dictado fuera de término o haya resuelto en función de puntos no comprometidos, las partes pueden presentar la acción de nulidad.²⁷⁶

El hecho de que la resolución sea emitida con un “parámetro diferente” no implica que se pueda violentar las normas del procedimiento.²⁷⁷

²⁷⁵ CAIVANO, Roque. “El Arbitraje” Ob. Cit. pág. 284.

²⁷⁶ Art. 771 del Código de Nacional y 809 del Código de Buenos Aires, citados por Roque Caivano. “El Arbitraje” Ob. Cit. pág. 297.

²⁷⁷ CAIVANO, Roque. “El Arbitraje” Ob. Cit. pág. 284.

Es importante destacar que la legislación ecuatoriana no hace ninguna distinción respecto de las causales de nulidad para laudos en equidad o laudos en derecho. En este caso el respetar el término que establece la misma Ley es algo fundamental, independientemente de que el laudo sea en equidad, las reglas del procedimiento no pueden ser ignoradas o desconocidas, ni por las partes como tampoco por los árbitros, por lo que se podría considerar la inclusión de una causal como la antes señalada en la legislación ecuatoriana.

La distinción en las causales de nulidad para el arbitraje en derecho o en equidad, siendo el procedimiento exactamente igual, debería ser analizado y profundizado en la medida que en el arbitraje en equidad los árbitros tienen mayor flexibilidad para la aplicación de la ley especialmente procedimental sin que esto signifique la omisión de la misma, sin embargo el momento en que se presenta y se resuelve la acción de nulidad, se debe tener en cuenta que tipo de arbitraje es y cual fue el motivo que llevó a que se cumpliera una causal establecida en la Ley, siempre que se constate que en efecto no se ha perjudicado o dejado en indefensión alguna de las partes.

Recomendaciones

Es necesario generar una cultura de credibilidad en los métodos alternos de solución de conflictos, particularmente sobre el arbitraje en equidad, difundiendo su verdadero espíritu, no solo en los estudiantes de las facultades de derecho sino también de todos los estudiantes en general, para que puedan tener información respecto de cómo acudir, cómo ser parte e incluso llegar a ser árbitros que resuelvan en equidad.

El fortalecimiento del arbitraje en equidad en la sociedad ecuatoriana no solo que ayudaría a obtener y alcanzar resoluciones más justas, sino que también serviría para descongestionar todas las causas que se someten a la jurisdicción judicial, las cuales en muchas ocasiones son objetos no solo de retrasos y demoras, sino

también de sentencias injustas en las que se resuelve en estricto apego al derecho lo cual dependiendo de cada circunstancias puede ser legal pero no justo.

El generar la confianza en las resoluciones que se emiten conforme la equidad, y el desenmascarar a la sociedad de que las soluciones válidas y efectivas serán solo las que emiten los jueces ordinarios, permitirá el avance y el desarrollo evolutivo de la administración de justicia no solamente por parte del arbitraje en derecho sino también del arbitraje en equidad.

En las sociedades y Estados más antiguos, el arbitraje en equidad fue consagrado y utilizado antes de la existencia del derecho, siendo una acertada manera de resolver conflictos y además de respetar la voluntad de las partes quienes estaban permitidas a determinar quienes resolverían sobre sus controversias.

Dichas sociedades y Estados fueron quienes dejaron el legado de grandes civilizaciones, que forman parte de la historia, en las que se creía y confiaba en el leal saber y entender de distinguidos personajes, y en las que se demostraba la buena fe no solo de las partes sino también de los juzgadores.

Y, aunque el mundo jurídico se avance hacia el incremento de leyes y códigos, es esencial que los seres humanos tengan conciencia de donde venimos, de cuales son las causas de nuestros conflictos y de cual sería la mejor forma de resolverlos, generando una cultura de paz y respeto hacia nuestros propios derechos y el de los demás.

CAPITULO VII

Conclusiones

La Equidad, definida como “justicia del caso concreto”, ha ido evolucionando a lo largo del desarrollo de la historia, como fuente del derecho o como correctora de la rígida aplicación del mismo, flexibilizando la aplicación de la norma legal para que se ajuste de manera más acertada a la circunstancia en particular y por otro lado permitiendo crear normas aplicables a un caso concreto, sobre el cual no cabe aplicar el derecho positivo ya que su resultado final sería legal pero no necesariamente justo.

El Arbitraje, es un método alternativo de solución de conflictos que se origina en virtud de la manifestación expresa de las partes, quienes libre y voluntariamente deciden someter sus controversias existentes o futuras a la resolución de un tercero, depositando la confianza en quien resolverá conforme a derecho o equidad en función de su leal saber y entender.

En el Arbitraje en Equidad, se conjuga por un lado la esencia pura de la equidad utilizando a la justicia como razón fundante de las decisiones arbitrales junto con la facultad otorgada por las partes a los árbitros quienes resolverán según la sana crítica, su leal saber y entender y los principios de la equidad.

Es una de las instituciones más antiguas de administración de justicia, sin contraponerse al derecho ya que es utilizada por el mismo para hacer justicia.

Nace de la voluntad de las partes por el pronunciamiento expreso de las mismas o en el caso de silencio en cuanto al tipo de arbitraje, también éste será en equidad por disposición legal.

El procedimiento, salvo que las partes estipulen lo contrario, se encuentra regulado en la Ley de Arbitraje y Mediación y en las normas supletorias a estas.

Siendo únicamente el laudo arbitral el que se encuentra exento de ser sustentado en las normas de derecho.

En cuanto a la actuación de los árbitros que resuelven en equidad, estos se encuentran limitados por la voluntad de las partes, y deberán actuar con el fin de precautelar los derechos de las mismas, sin contravenir el derecho a la legítima defensa y a la práctica de pruebas, a emitir un laudo justo aplicando su criterio, experiencia y leal saber y entender.

Es por eso que aunque en ciertos casos, la concepción del arbitraje en equidad puede ser objeto de confusión, por parte de quienes consideran que al tratarse de un arbitraje en equidad, los árbitros podrán modificar el procedimiento, cuando la esencia misma se refiere únicamente a poder dictar el laudo sin necesidad de estar obligados a sustentar el contenido del mismo en las normas de derecho.

El resolver mediante la equidad no significa actuar arbitrariamente y desconocer el debido proceso o los derechos constitucionales, la responsabilidad de los árbitros es más extensa al tener que argumentar y sustentar su resolución haciendo un análisis de los elementos probatorios aportados en el proceso, sin buscar una norma de derecho aplicable al caso en concreto, sino valorizando todos los hechos y concatenándolos a las circunstancias específicas sobre las cuales se trata la materia de la controversia para así, emitir una decisión justa y razonable.

Además de resolver de conformidad con el leal saber y entender, el arbitraje en equidad implica aplicar el criterio ético y humano de los árbitros, quienes pueden recurrir a normas de derecho prevaleciendo ante éstas los principios de la equidad.

Este mecanismo de solución de conflictos ha sido subestimado, debido a que erradamente los abogados de generaciones anteriores fueron formados con la idea de litigar, teniendo la concepción de que la única manera de resolver los conflictos y hacer justicia era aplicando las normas establecidas del derecho.

A medida que las sociedades se van desarrollando se van presentando nuevas necesidades; surgen nuevos problemas, cuyas soluciones no están previstas en todas las leyes, por lo que se ha ido fortaleciendo el sistema arbitral y en ese aspecto el arbitraje en equidad resulta como una forma positiva de llegar a una solución.

Si bien los árbitros que resuelven en equidad no tienen que ser abogados, estos no pueden desconocer o impedir la práctica de pruebas durante el proceso, puesto que serán estos los únicos elementos sobre los que se guiarán para poder emitir su decisión.

No obstante de ello, si en un Tribunal Arbitral, todos los árbitros que lo conforman son o no abogados, estos deberán establecer una barrera que les permita recurrir a las normas de derecho si lo consideran apropiado, sin obviar y hacer prevalecer los principios de la equidad.

Es importante para el fortalecimiento y el desarrollo del Arbitraje en Equidad que partiendo de las partes quienes deciden someterse a él, lo hagan tomando en cuenta la materia del eventual conflicto, como una alternativa óptima para llegar a una justa solución.

Por otro lado los abogados quienes comparecen en un proceso arbitral, lo vean como una ventajosa alternativa de llegar a obtener resoluciones más rápidas apegadas no solo a las normas expresas del derecho sino también al lado humano tanto de los árbitros como de las partes aplicable a las necesidades del caso en concreto.

Y finalmente los árbitros, de quienes depende la dirección del proceso, en primer lugar según lo hayan acordado las partes y en segundo lugar en función de su criterio, sin desconocer ni contraponer los derechos y garantías de las partes, facultados para recurrir o no al derecho positivo y encargados de velar por la evolución de todo el procedimiento en aras de la verdad y la justicia.

BIBLIOGRAFÍA:

- ARISTÓTELES, “Ética a Nicómaco” Libro V, Capítulo tercero “.
- Biblia, Génesis, 31.53
- CAIVANO Roque, “Arbitraje”, Segunda Edición, Editorial Ad hoc, Buenos Aires, 2000.
- CÁRDENAS MEJÍA, Juan Pablo. “El Arbitraje en Equidad”. Vniversitás, junio, número 105, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá-Colombia. Artículo publicado en la Red de Revistas científicas de América Latina y el Caribe, España y Portugal. Universidad Autónoma del Estado de México, <http://redalyc.uaemex.mex>
- Diccionario de la Lengua Española, vigésima edición, Madrid 1987, Tomo III.
- FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara y LEONARDI DE HERBÓN, Hebe.: “El Arbitraje” Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998.
- GAMBOA Ernesto, “*El Arbitraje en Equidad*”, Primera Edición, Ediciones Academia Colombiana de Jurisprudencia, Bogotá, 2003.
- HASPER, Florencia Eugenia. “Argentina: La Equidad en el derecho administrativo”
- ROCA José María, “*Arbitraje e Instituciones Arbitrales*”, José María Boshc Editors, S.A., Barcelona, 1992.
- MATTHIES Roland, “*Arbitrariedad y Arbitraje*”, Editorial Arte, Caracas, 1996.
- NEIRA ORELLANA, Edgar. “El Arbitraje en Equidad” Conferencia dictada en el curso de Formación de Secretarios Arbitrales, Centro de Arbitraje y Mediación Cámara de Comercio de Quito, Enero 2009.

- LARREATEGUI MENDIETA, Carlos. "Contribución al Estudio del Arbitraje Privado" Publicación de la Cámara de Comercio de Quito, Quito-Ecuador 1982
- ORDOÑEZ NORIEGA, Eugenia. "Entorno a la Equidad como Fuente del Derecho", Tesis de Grado de la Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá-Colombia 1997.
- PLATÓN, Diálogos V, Editorial Gredos Madrid 1988.
- SALCEDO Ernesto, *"El Arbitraje la Justicia Alternativa"* Editorial Distrilib, Guayaquil, 2007.
- FALCÓN TELLA, María José. "La Equidad en el Tiempo. Estudio dinámico de los distintos tipos históricos de equidad", Pág. 5. <http://www.vlex.com/vid/330187>
- GUZMÁN Villalobos, Andrés Felipe. "El Arbitraje de Equidad en el Derecho Colombiano", Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, Departamento de Derecho Procesal, Bogotá D.C. 2003, BibliotecaVirtual: <http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere5/TESIS20.pdf>
- <http://www.mediacionyarbitraje.com.sv/modelos.php>
- Laudo Arbitral Ferrocarriles Nacionales vs. Francisco Stella Ibáñez y Ramón González Nieto, Mayo 20 de 1974. Centro de Arbitraje y Conciliación, Cámara de Comercio de Bogotá-Colombia.
- Laudo Arbitral Clínica de ojos Ltda. Vs. Teroptic Cortez Ltda., Centro de Arbitraje y Conciliación, Cámara de Comercio de Bogotá-Colombia.
- Laudo Arbitral Eugenia Schmidt Reitz, Ilse Helena Schmidt de Ritzl y Rosario Indeborg Schmidt de Eberle vs. Aurora Ramírez de Baquero, 10 de octubre de 1994. Centro de Arbitraje y Conciliación, Cámara de Comercio de Bogotá-Colombia.

- Laudo Arbitral Mouse Tecnología Ltda. vs. Enrique Jesús Vélez Bermeo, Diciembre 5 de 2001. Tribunal de Arbitramento Centro de Arbitraje y Conciliación, Cámara de Comercio de Bogotá-Colombia, 5 de diciembre de 2001.
- Sentencia pronunciada por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, respecto del Recurso de anulación del laudo de 20 de mayo de 1974. Bogotá D.E

Bibliografía Complementaria:

- Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial No 449, 20 de octubre de 2008.
- Ley de Arbitraje Comercial, R.O. No. 90 de 28 de octubre de 1963.
- Ley de Arbitraje y Mediación, R.O. 145 del 4 de septiembre de 1997 y reforma R.O. 532 de 25 de febrero de 2005.
- Código de Procedimiento Civil, Suplemento Registro Oficial No. 58, martes 12 de julio del 2005.
- Sentencia Interpretativa No. 0001-09-SIC-CC Caso 0005-09-IC, Corte Constitucional, Suplemento, Registro Oficial No. 549, 16 de marzo de 2009.

ANEXOS

Entrevistas a Árbitros Internacionales y Nacionales acerca sus experiencias respecto al Arbitraje en Equidad.

La práctica y aplicación de la equidad y del leal saber y entender de los árbitros es única según cada una de sus experiencias, sus criterios y según el caso en el cual hayan sido escogidos para resolver, es por ello que conocer la apreciación y valioso criterio de Árbitros Internacionales y Nacionales es de enriquecedora importancia para el desarrollo, la fortaleza y la evolución en crecimiento del Arbitraje en Equidad, por lo que a continuación conoceremos el criterio de distinguidos árbitros que desde cada una de sus experiencias generan un invaluable aporte a la presente investigación.

- *Entrevista a Roque Caivano, Lima – Perú, 28 de abril de 2009.*

En medio del desarrollo del IV Congreso de Arbitraje Internacional Peruano, llevado a cabo en Lima, Perú los días 28, 29 y 30 de abril de 2009, el doctor Roque Caivano, respondió las siguientes interrogantes respecto al arbitraje en equidad:

1. ¿Cuál es su criterio respecto al arbitraje en equidad?

RESPUESTA: En mi opinión, el arbitraje de equidad representa la forma más pura de arbitraje, y responde a sus orígenes históricos, cuando las partes buscaban, antes que expertos jurídicos, hombres de buena fe y que gozaran de su confianza para resolver sus controversias.

Si bien es cierto que, en la actualidad, muchas de las complejas controversias que usualmente se someten a arbitraje exigen una mayor formación jurídica de los árbitros, es deseable que éstos no pierdan de vista que la solución, además de ajustada a derecho, debe ser justa y equitativa.

Ello, en definitiva, supone que los árbitros iuris, sin perjuicio de su condición de juristas, deben tener, además, un gran sentido de la equidad.

2. ¿Cómo ha sido la experiencia Argentina en cuanto al arbitraje en equidad?

RESPUESTA: La Argentina es uno de los pocos países que todavía conserva en su legislación una preferencia por el arbitraje de equidad: el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación dispone que cuando las partes nada pactaron sobre la condición del arbitraje, se entenderá que se sometieron a arbitraje de equidad (amigables componedores, en la terminología del Código).

A pesar de ello, es posible que la mayoría de los arbitrajes se pacten como de derecho. Ello se explica porque la mayoría de los contratos son redactados o revisados por abogados, que se sienten más cómodos si la controversia se resuelve en términos jurídicos.

En Argentina los tribunales arbitrales más antiguos (las Cámaras Arbitrales de Cereales) son arbitrajes de equidad "químicamente puros" porque los árbitros son comerciantes en granos, que laudan a su leal saber y entender, y en función de los usos y costumbres comerciales. Y la experiencia del funcionamiento de estos tribunales ha sido sumamente exitosa, al menos en ese ámbito.

3. ¿Cuál es el procedimiento del Arbitraje en equidad en Argentina?

RESPUESTA: En la Argentina, el CPCCN dispone que los amigables componedores fallarán "sin sujeción a formas legales", aunque respetando el derecho de defensa. Sin embargo, en la mayoría de los arbitrajes de equidad en los que he participado, las partes se han sometido a reglamentos que no difieren sustancialmente de los previstos para arbitrajes de derecho.

4. ¿Qué opinión tiene respecto al Arbitraje en equidad independiente y/o administrado?

RESPUESTA: En mi experiencia, el arbitraje administrado es mucho más seguro y previsible para las partes, toda vez que la amplitud que el CPCCN brinda en materia de procedimiento, termina siendo en alguna medida acotada por los reglamentos. Creo que esto le da un mayor grado de previsibilidad al procedimiento: tanto las partes como los propios árbitros conocen sus deberes y atribuciones, y los límites. No hay que olvidar que si los árbitros no son abogados, la falta de un reglamento que les sirva de guía puede ser contraproducente y llevarlos a cometer errores procesales que, a la postre, pueden perjudicar la validez o ejecutabilidad del laudo por vicios formales.

5. ¿Cuál cree debería ser el procedimiento para el arbitraje en equidad?

RESPUESTA: No creo que la naturaleza del arbitraje (de derecho o de equidad) deba influir significativamente en el procedimiento. En ambos casos, los árbitros deben contar con herramientas que les permitan evitar la desnaturalización del arbitraje, llegar lo más cerca posible de la verdad material y cumplir con su cometido principal: hacer justicia en el caso. Pero también que le pongan límites definidos a su eventual discrecionalidad en el manejo del proceso, para evitar situaciones de indefensión a las partes.

La mayor virtud que debe tener un reglamento (y esto es tan válido para árbitros de equidad como de derecho) es que sea lo suficientemente flexible como para adaptarse a las necesidades del caso.

6. ¿Desde su punto de vista, cual es el límite que tienen los árbitros que resuelven en Equidad?

RESPUESTA: En materia de procedimiento, el principal límite es que no pueden afectar el derecho de defensa (a ser oídos, a presentar adecuadamente su caso y a ser tratados con igualdad). Una cuestión que en ocasiones suele generar dificultades para árbitros legos es la valoración de la prueba, pues a veces tienden a tener por ciertos hechos sobre la base de intuiciones o presunciones.

En otro aspecto, el límite más importante es el deber de ceñirse a resolver las cuestiones que le fueron sometidas. La falta de formación jurídica, en algunos casos, puede llevarlos a laudar ultra o extra petita.

En materia de fondo, el límite es mucho más difuso, dada la dificultad en definir el concepto de equidad. Su deber primordial es dictar un laudo equitativo. En tanto cumpla con ese requisito, el laudo debe ser inatacable en cuanto al fondo de lo que resuelve (sin perjuicio de la posibilidad de impugnar su validez). Aunque no siempre es sencillo definir cuándo un laudo es equitativo, en la Argentina la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha elaborado el concepto de "sentencia arbitraria" para descalificar decisiones judiciales o arbitrales. Un laudo emitido por un árbitro de equidad encuadrara en esa categoría habría transgredido el límite, pues la arbitrariedad es precisamente lo opuesto de la equidad.

7. ¿Deberían ser las mismas causales de nulidad para un proceso arbitral resuelto bajo los preceptos de equidad? ¿Cuáles serían estas?

RESPUESTA: No creo que en este punto deba hacer diferencias entre el arbitraje de derecho y el de equidad. En mi opinión las causales de nulidad deberían ser las mismas.

8. En su experiencia docente y doctrinaria como tratadista del Arbitraje, cual cree que deben ser los principios que deben aplicarse al arbitraje en equidad, en cuanto al procedimiento y en cuanto a la resolución, cuando esté no está legislado por una Ley específica

RESPUESTA: En mi opinión, salvo la "dispensa" a los árbitros de equidad del deber de fundar su decisión en derecho, los principios que deben imperar, tanto en materia de procedimiento como en cuanto a los otros aspectos (por ej., causales de recusación, deber de imparcialidad, causales de nulidad, etc.) son los mismos para cualquier clase de arbitraje.

- *Entrevista al doctor Diego Romero Ponce, Quito, 3 de mayo de 2009.*

1. ¿Cuál es su criterio respecto al Arbitraje en Equidad?

RESPUESTA: Mi criterio general es que es un arbitraje en el cual el árbitro tiene mayores facultades para intentar buscar "la justicia" del caso concreto y no sólo la aplicación obligatoria de la norma jurídica o de las disposiciones contractuales. Esto debería aplicarse únicamente en la resolución del caso, en el laudo, y no entenderla como una flexibilidad en el procedimiento. Los laudos en equidad normalmente satisfacen parcialmente los pedidos de las partes, a diferencia del arbitraje en derecho, donde normalmente una parte obtiene la resolución total a su favor.

2. ¿Cuál es su concepción doctrinaria respecto del arbitraje en equidad?

RESPUESTA: Este tipo de arbitraje intenta acercarse al “amigable componedor”, a un juez que busca la justicia del caso concreto, por lo tanto la participación de árbitros que no sean abogados puede influir positivamente para que el Laudo sea apegado a la voluntad de las partes de que se aplique la sana crítica y el leal saber y conocer del Arbitro al momento de resolver. Es importante el comprender el alcance de equidad y sana crítica, para lo cual me permito incluir ciertos conceptos y jurisprudencia:

Concepto de Equidad:

“La equidad representa, frente a la razón legal (“dura lex, sed lex”), el sentimiento de la justicia que, a veces, se aparta de la ley para atender circunstancias que, de no ser consideradas, determinarían una “legal injusticia”, si se admite la frase paradójica. (...) La estricta u rigurosa aplicación de la norma jurídica, puede conducir, lo raramente a injusticias o inequidades. Desde antiguo se conoce el aforismo: “summus jus, summa injuria”: el exceso de rigor legal causa injusticia o agravio, libremente traducido.” (Diccionario Jurídico Anbar, con Legislación Ecuatoriana, Fondo de Cultura Ecuatoriana, 1998, Cuenca Ecuador, Volumen III, D-F, página 340.

Equidad: *“2. Bondadosa templanza habitual. Propensión a dejarse guiar, o a fallar, por el sentimiento del deber o de la conciencia, más bien que por las prescripciones rigurosas de la justicia o por el texto terminante de la ley. 3. Justicia natural, por oposición a la letra de la ley positiva.”* (Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española, Vigésima Segunda Edición, 2001, Tomo I, página 943.)

“Tres Acepciones de la palabra equidad. Son varias, aunque no independientes ni antagónicas las acepciones de la palabra equidad. Una de estas acepciones es equivalente a justicia. En este sentido, se entiende por equidad lo fundamentalmente justo. Al fin y al cabo la palabra equidad expresa una de las dimensiones de la idea de justicia, a saber, el principio de la igualdad o proporcionalidad. En tal sentido, justicia y equidad resultan vocablos sinónimos. Una segunda acepción, la más usada e importante, de la palabra equidad es la denotar una norma individualizada (sentencia judicial o resolución administrativa) que sea justa, es decir que resulte justa en el caso particular y concreto para el que se dictó. En este sentido se suele hablar de equidad como aquello que el juez debe poner en práctica para lograr que resulte justa la conversión de la norma genérica y abstracta de la ley en la norma concreta e individualizada de la sentencia dictada para un caso particular. En tercer lugar se habla también de equidad para designar la norma o el criterio en que deben inspirarse, las facultades discrecionales del juez o del funcionario administrativo.” (Enciclopedia Jurídica OMEBA, Sociedad Bibliográfica Argentina, 1982, Tomo X, página 428)

Concepto de Sana Crítica:

“Frente a la absoluta libertad del juzgador para apreciar y valorar las pruebas y también frente a la restricción valorativa de la prueba legal, surge el sistema intermedio y más extendido de la sana crítica que deja al juez formar libremente su convicción, pero obligándole a establecer los fundamentos de la misma. En la libre convicción entra en juego la conciencia en la apreciación de los hechos; en la sana crítica, el juicio razonado.” (Manuel Osorio, Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, Pág. 688).” (Concepto extraído del Diccionario Jurídico Anbar, con Legislación Ecuatoriana, Fondo de Cultura Ecuatoriana, 1999, Cuenca Ecuador, Volumen V, P-Z, página 281).

Jurisprudencia: *“Las reglas de la sana crítica son reglas de lógica y de la experiencia humana suministradas por la psicología, la sociología, otras ciencias*

y la técnica, que son las que dan al juez conocimiento de la vida y de los hombres y le permiten distinguir lo que es verdadero y lo que es falso.” (Gaceta Judicial. Año CII. Serie XVII. No. 5. Página 1244.)

Jurisprudencia: *“Al determinar la ley que el juez apreciará la prueba con las reglas de la sana crítica, se consagra en definitiva su libertad para examinarla, ponderarla, comparar las pruebas producidas unas con otras, y preferir aquellas que su juicio tienen mayor credibilidad en relación al asunto que se discute en el proceso. Operación intelectual que el juez realiza con todo el acervo de su experiencia humana, que es variable y contingente, pues depende de circunstancias locales y temporales, pero que deberá hacerlo dentro de la racionalidad y aplicando las reglas de la lógica, que son estables y permanentes. Es por eso que la sana crítica no le permitirá hacer una valoración absurda, o que contraría las reglas de la experiencia humana, pues si tal situación se detectara en una sentencia, el tribunal de casación sí tendría atribución para corregirla.”* (Gaceta Judicial. Año CIV. Serie XVII. No. 13. Página 4110.)

Jurisprudencia: *“El artículo 119 del Código de Procedimiento Civil no contiene propiamente una regulación sobre valoración de la prueba, sino más bien el método que ha de utilizar el sentenciador para dicha valoración. De acuerdo con el método señalado por este artículo, el juzgador no puede valorar los elementos de prueba producidos en juicio aislada o individualmente sino en su conjunto, para darles, de acuerdo con la sana crítica, el valor de convicción que les corresponde. La valoración de la prueba es una operación mental o intelectual, y en esta operación el juzgador debe examinar separadamente los elementos de prueba aportados por las partes con que pretenden demostrar los hechos afirmados, ya sea en la demanda ya sea en la contestación de la misma. Luego, el juzgador debe estudiarlas comparativamente, en forma tal que la conclusión a que llegue sea el producto de una verdadera síntesis de la totalidad de los elementos de prueba y los hechos que en ellos se contiene. En este proceso*

mental el juez ha de aplicar las reglas de la sana crítica, las cuales no constan en normas de derecho positivo, sino son reglas de lógica y de experiencia humana, suministradas por la psicología, la sociología y la técnica, que permiten al juzgador distinguir lo que es verdadero y lo que es falso.” (Gaceta Judicial. Año CV. Serie XVII. No. 15. Página 5015.)

3. ¿Cuál ha sido su experiencia y como ha sido en cuanto al arbitraje en equidad?

RESPUESTA: Creo que muchas veces no se entiende el rol o la mayor discrecionalidad del árbitro que resuelve en equidad. Los árbitros siguen apegados a la norma jurídica y les cuesta desprenderse de estos conceptos, sobre todo, cuando coincide con que los árbitros designados son abogados. Cuando no lo son, les resulta más sencillo. Igualmente, las partes que litigan muchas veces se olvidan que el arbitraje es en equidad y le dan al proceso un enfoque más en derecho, sin presentar sus alegatos apegados a la discrecionalidad de la sana crítica.

4. ¿Cuál cree debería ser el procedimiento en el arbitraje en equidad?

RESPUESTA: Debe ser exactamente el mismo que para en Derecho, porque las normas procesales son normas de orden público que buscan proteger y cristalizar otros principios, como la igualdad procesal y el debido proceso. Por lo tanto, estas normas no son disponibles por los árbitros, pero obviamente que en nuestra legislación claramente se diferencia el arbitraje en equidad y derecho al establecer que lo que no estuviere previsto en la Ley de Arbitraje, como normas supletorias se aplicarán las del Código Civil, Procedimiento Civil, etc., siempre que se trate de arbitraje en derecho, excluyendo expresamente a los arbitrajes en equidad.

5. ¿Qué opinión tiene acerca del arbitraje en equidad independiente y el arbitraje en equidad administrado?

RESPUESTA: En lo que respecta a los dos tipos de arbitraje en equidad ya sean independientes o administrados, no tiene mayor importancia para la resolución final y emisión del Laudo respectivo, si el arbitraje es en equidad administrado o no, lo que si influye dentro de un proceso no administrado, es que se puede tener mayor celeridad procesal, pues el Tribunal tiene la facultad de sustanciar y administrar el proceso sin depender de terceros.

6. ¿Cuál es el límite, desde su punto de vista que tienen los árbitros que resuelven conforme la equidad?

RESPUESTA: En primer lugar sujetarse a los pedidos que las partes efectúan dentro de la demanda y contestación a la demanda, momento en el cual se traba la litis, no extralimitarse en dar más de lo que piden las partes al momento de dictar el laudo, so pretexto de que el arbitraje es en equidad. Adicionalmente, deben sujetarse a la racionalidad y la fundamentación lógica de sus conclusiones y su resolución, a la luz de las pruebas que obran en el proceso.

7. ¿Cuáles serían las causales para presentar acción de nulidad, respecto de laudos emitidos en equidad?

RESPUESTA: En principio, las mismas que para el arbitraje en Derecho, tomando en cuenta que cada una de las causales del artículo 31 de la Ley de Arbitraje y Mediación, son taxativas y están establecidas para proteger principios procesales, que no tienen relación con la forma de apreciación del árbitro al momento de resolver, obviamente, que sí el Tribunal dicta un laudo en equidad concediendo más de lo reclamado habría plena causal de nulidad.

8. ¿En su experiencia como árbitro, cuales cree que deben ser los principios que deben aplicarse en el arbitraje en equidad, cuyo procedimiento no está legislado por una ley en el Ecuador?

RESPUESTA: Creo que el procedimiento en ambos tipos de arbitraje está definido por la ley, no se excepciona el arbitraje en equidad, al contrario, claramente el Artículo 3 de la Ley de Arbitraje establece la diferencia entre los dos tipos de arbitraje y adicionalmente determina, que en equidad los árbitros actuarán conforme a su leal saber y entender y atendiendo a los principios de la sana crítica, por ende, queda determinado el alcance de los árbitros en equidad al momento de dictar el laudo.

9. ¿Qué tipo de arbitraje es mejor para las partes, en equidad o en derecho?

RESPUESTA: Depende de cada caso concreto. En algunos puede ser de utilidad la mayor flexibilidad que tiene el árbitro al momento de resolver, pero en otros, donde existen normas expresas tanto en el Contrato como en las leyes, que en derecho se deben aceptar como de cumplimiento obligatorio al momento de dictar el laudo, pueden perjudicar a una de las partes. Por lo tanto, deberán ser los abogados quiénes preparan el contrato respectivo e incluyen la cláusula arbitral, quienes deban analizar que si se llega a dar un presupuesto para un conflicto entre las partes, que le puede convenir más a su cliente, o sujetarse a que el Tribunal resuelva sujeto a la sana crítica o, ateniéndose a la ley y a los principios universales del derecho. No hay que olvidarse que el Tribunal Arbitral mira el proceso de acuerdo la voluntad de las partes y por ende un laudo puede variar sustancialmente en el fondo dependiendo si es en equidad o en derecho.

10. ¿Considera que debería existir un procedimiento específico que regule el proceso en los arbitrajes en equidad?

RESPUESTA: No hay que olvidarse que el fin de un proceso jurídico es llegar a la verdad de los hechos y por lo tanto creo que ambos arbitrajes deben someterse a las mismas reglas procesales, porque estas miran a la consecución correcta del proceso y que es que ambas partes gocen de iguales derechos para ejercer su defensa, presentar sus pretensiones y ser oídos ante quien tendrá la misión de resolver la controversia. Claramente la Ley determinar cuando el Arbitro puede aplicar las normas supletorias y cuando no. La equidad sólo debe entenderse en el mayor grado de discrecionalidad que

tienen los árbitros para salirse de las normas jurídicas al momento de resolver y de analizar las prueba para resolver.

- ***Entrevista al doctor Ernesto Andrade Veloz, Quito, 29 de Junio de 2009.***

1.- ¿Cuál es su criterio respecto al Arbitraje en Equidad?

RESPUESTA: Creo que debe mantenerse la alternativa de acceder al arbitraje en equidad, pese a que las legislaciones modernas, cada vez más, están eliminando las diferencias entre los arbitraje en derecho y en equidad ("ex aequo et bono") en cuanto se refiere al derecho privado. El arbitraje en equidad es imprescindible en nuestro medio y debe obedecer a las siguientes reglas: 1) Se requiere que las partes así lo pacten de un modo expreso. Si la equidad se ha convenido expresamente, es posible también que las partes prevean que las reglas de derecho solo se aplique a ciertos aspectos de la controversia. Como todos conocemos, en nuestro medio, a falta de convenio, el laudo será en equidad, como establece el Art. 3 de la Ley de Arbitraje y Mediación. 2) Es indispensable que la ley no prohíba que el fallo se expida en equidad, como sucede con los arbitrajes de los Organismos y entidades del Sector Público, como dispone el Art. 11, tercer inciso de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado. 3) En la modalidad del arbitraje en equidad, los árbitros no requieren ser abogados, pero esto no quiere decir que se excluya a los abogados ser árbitro en equidad. 4) Deben respetarse los principios del debido proceso, consagrado en la Constitución y en la ley, lo que implica seguir el proceso de acuerdo con el procedimiento respectivo. 5) Dentro del debido proceso, deben practicarse las pruebas que soliciten las partes y aún las de oficio para aclarar los hechos, pues el laudo debe ser dictado con base en los hechos adecuadamente acreditados.

2.- ¿Cuál es su concepción doctrina respecto del arbitraje en equidad?

RESPUESTA: En el aspecto jurídico, la equidad significa la igualdad de tratamiento, la justicia natural para interpretar o aplicar la ley, los contratos y en general los actos jurídicos. La equidad es un sentido superior de la justicia que pretende evitar perjuicios por una aplicación puramente literal de la ley o de las disposiciones contractuales particulares. El Art. 18 del Código Civil, dispone que los jueces no pueden suspender ni denegar la administración de justicia por oscuridad o falta de ley y que en tales casos juzgarán aplicando una de las siete reglas. La regla 6a. establece que en los casos en que no pueden aplicarse las reglas del Art. 18 para la interpretación de la ley, se lo hará del modo más conforme al espíritu general de la legislación y a la equidad natural. Las normas constitucionales en algún sentido han reiterado lo anterior y lo han consagrado como derechos de los ciudadanos.

En un Estado de derecho la sentencia del juez debe tener como fundamento la norma legal aplicable al caso. No obstante, en algunas ocasiones, la dificultad aparece cuando el juzgador busca en vano esa norma. A veces no la encuentra exactamente aplicable y en otras ocasiones, la aplicación de esa norma la encuentra injusta. Aunque una de las características de la ley es la generalidad, no siempre los hechos están tipificados o previstos anticipadamente en la ley. Pero, como la falta de norma exactamente aplicable, o su oscuridad o cuando la misma no es completa, no es excusa para que el juzgador se abstenga de fallar, so pena de incurrir en denegación de justicia, corresponde al arbitro encontrar esa norma legal, acudiendo, como lo establece nuestro Código Civil, a normas semejantes o a casos análogos y, en su defecto a las costumbres o a las reglas generales del derecho. En nuestro medio, la equidad, la doctrina, la jurisprudencia, los preceptos generales del derecho son criterios auxiliares de la actividad judicial y por lo tanto

de la arbitral, con lo cual se llega a la conclusión de que el fallo en equidad es un fallo en derecho, porque, aun en el caso de que el árbitro se aparte de la norma escrita, si la decisión en equidad es justa y se funda en el derecho o se acomoda a él, se habrá cumplido con el cometido, pues el objetivo del derecho es la justicia.

Se ha sostenido desde hace algún tiempo que en el arbitraje en equidad los árbitros no están obligados a aplicar la ley ni en lo sustantivo ni en lo adjetivo, ya que la resolución de los conflictos están sometidos a su consciencia, a su leal saber y entender. A veces los árbitros en equidad crean su propio derecho, evidentemente dentro de los parámetros de lo justo. Pero estos principios no son absolutos, ya que existen normas de orden público que no pueden soslayarse, entre ellos, el derecho de defensa y todas las normas del debido proceso.

La equidad, entendida como sentido natural de lo justo, permite que las controversias se resuelvan de una forma más flexible que con la aplicación estricta de las normas positivas. Más, fallar en equidad, no debe entenderse que los árbitros pueden resolver las controversias en forma arbitraria y sin razonamiento alguno.

3.- ¿Cuál ha sido su experiencia y cómo ha sido respecto al arbitraje en equidad?

RESPUESTA: En la práctica he intervenido en pocos arbitrajes en equidad, especialmente en los procesos iniciados con la anterior Ley de Arbitraje Comercial. Mi experiencia ha sido positiva por las siguientes razones: 1) Los tribunales estaban integrados por abogados y un solo árbitro lego. Por lo general, la Presidencia y por ende la sustanciación del juicio estuvo en manos de abogados. Por lo tanto, ha existido lógica jurídica y los procesos se han llevado con el orden establecido en la justicia común. 2) Los árbitros legos, pese a no ser abogados, son empresarios muy bien enterados de los asuntos controvertidos, ya

que para ellos no son del todo ajenos los problemas controvertidos. Con seguridad, ellos habrán sido también partes en reclamaciones arbitrales. Por lo general son personas con muy buen sentido común. 3) Los árbitros legos que conocen los aspectos prácticos de los negocios, están alejados de los rigorismos legales, tanto sustantivos como adjetivos y por lo tanto, tienen una mente más abierta y flexible para entender los asuntos controvertidos y brindar las soluciones más justas. Por lo general, a los abogados, a veces nos resulta muy difícil flexibilizar las normas o salirnos de los cánones fatales que hemos observado en la justicia ordinaria. Por lo general, los abogados obedecemos a una cultura rígida de la aplicación de la ley, a veces inclusive en contra de lo justo. En definitiva, a veces brindamos culto al aforismo “ DURA LEX, SED LEX”. 4) La intervención de árbitros legos también puede ser conveniente cuando los asuntos controvertidos nacen de contratos innominados, como son la mayoría de los contratos modernos, los mismos que cada vez se alejan de los rigorismos formales dando paso a las realidades comerciales fáciles y sencillas, con una literatura que a veces no entendemos ni los abogados, pero que son de aplicación general. Ejemplo de esto son los Instrumentos del Comercio Internacional y los llamados Incoterms.

4.- ¿Cuál cree que debería ser el procedimiento en el arbitraje en equidad?

RESPUESTA: Debe cumplir con los siguientes principios: 1) El arbitraje en equidad debe pactarse expresamente y no sobreentenderse. 2) Como principio fundamental debe respetarse el debido proceso. Sobre este tema no debe existir ninguna diferencia con el arbitraje en derecho. Esto implica respetar el principio de defensa, la contradicción probatoria, la igualdad de las partes en la sustanciación del juicio, entre otros. La equidad no puede ser excusa para que se justifique la violación de derechos fundamentales. En un estado de derecho los árbitros no pueden ser arbitrarios. 3) Debe respetarse la producción de pruebas y su apreciación. No existe en nuestro sistema de derecho, en el que se incluye el arbitraje en equidad, ninguna posibilidad de que se expidan fallos a espaldas del

material probatorio para consultar su propia verdad. El fallo en equidad no puede confundirse con los llamados “fallos en conciencia”, que casi han desaparecido en la actualidad y que estuvieron a cargo de los amigables componedores. 4) Los laudos deben ser motivados, como una consecuencia del debido proceso. El árbitro en equidad no puede perder de vista que no ha sido nombrado para favorecer o hacer concesiones a tal o cual litigante, sino para resolver a cuál de ellos le asiste la razón y por qué motivos. La necesidad de dictar un fallo en equidad jamás excluye la motivación, aunque la misma sea sumaria, pero clara y contundente. 5) El laudo dictado en equidad puede ser aclarado o ampliado, pero no debe ser susceptible de acción de nulidad, en vista de que, aunque debe respetar los principios antes señalados, no existirá violación de la ley positiva o de procedimiento. Sin embargo, parecería que en algunas ocasiones se impone al menos un recurso de revisión, por ejemplo en los casos de ultra o extra-petita o cuando no se han respetado las normas del debido proceso.

5.- ¿Qué opinión tiene acerca del arbitraje en equidad independiente y el arbitraje en equidad administrado?

RESPUESTA: Parecería que no existe problema en que las controversias puedan resolverse a través del arbitraje administrado o institucional y el independiente o ad-hoc, ya que el arbitraje se basa en la relación de confianza que existe entre las partes y los árbitros, cuando éstas deciden acudir a terceras personas para solucionar las divergencias, en lugar de la justicia ordinaria. Una de las ventajas rectoras del arbitraje es la libertad o posibilidad de elegir a los árbitros. Sin embargo, la institución del arbitraje no solamente se limita a la selección de los árbitros por las partes o por un tercero. El arbitraje institucional o administrado es confiado a un Centro corporativo dotado de cierta infraestructura y organización que inclusive dicta sus normas propias que son muy importantes y que inclusive llenan vacíos que pudieran existir en la ley, sin modificarla, especialmente en el

procedimiento. Las listas de árbitros, entre los que se encuentran profesionales especializados en ciertas áreas es muy beneficioso para los litigantes.

6.- ¿Cuál es el límite, desde su punto de vista, que tienen los árbitros que resuelven conforme la equidad?

RESPUESTA: Como se dijo anteriormente, los límites serían: su propia conciencia; el respeto de los principios constitucionales generales del debido proceso, derecho a la defensa, etc.; la aplicación objetiva de su leal saber y entender; la independencia e imparcialidad; el buen sentido común, es decir, como lo dice el Diccionario de la Real Academia, la facultad que la generalidad de las personas tiene de juzgar razonablemente las cosas y cómo actuar conforme al buen juicio natural de las gentes.

7.- ¿Cuáles serían las causales para presentar acción de nulidad, respecto de laudos emitidos en equidad?

RESPUESTA: Anteriormente dijimos que los fallos en equidad no deben ser susceptibles de acción de nulidad, ya que será difícil para el juez ordinario verificar las violaciones de las normas positivas o adjetivas a las que los árbitros en equidad no están sometidos. La acción de nulidad desvirtuaría la decisión en conciencia o la aplicación del sentido común; el leal saber y entender. El juez jamás podría introducirse en la conciencia del árbitro para analizar las razones que tuvo para dictar el laudo. No obstante, es imprescindible que dichos laudos al menos sean susceptibles de un recurso de revisión, ya que a veces, pueden carecer de motivación o ser irrazonables, o dictados en base a prejuicios o lo que es peor atropellando las reglas del debido proceso que no solamente pertenecen al derecho positivo, sino al natural. El juez en equidad no puede, bajo ninguna circunstancia contrariar los principios generales del derecho.

8.- ¿Qué tipo de arbitraje es mejor para las partes, en equidad o en derecho?

RESPUESTA: Podríamos decir que el arbitraje en equidad es el sistema que más se acomoda con la institución filosófica del arbitraje por su origen y por la autonomía de la voluntad de las partes, especialmente para elegir a los árbitros y a veces para dictar su propias normas a las que deben someterse los árbitros. Sin embargo, hay quienes piensan que un arbitraje en el que se apliquen las normas de derecho sin excepción brinda mayor garantía a la solución de controversias. La doctrina contemporánea está eliminando cada día mas la diferencia del arbitraje en equidad y en derecho en cuanto se refiere al derecho privado. Las normas, especialmente de procedimiento se han flexibilizado y dentro de éstas los términos fatales de la estación probatoria. La realidad impone que lo que importa en definitiva es la busca de la verdad y la aplicación del derecho subjetivo. Las normas positivas se basan en principios generales de la buena práctica de los negocios, descartando también los rigorismos legales. Algunas normas del derecho han nacido precisamente de la equidad, como son: el abuso del derecho; el enriquecimiento injustificado; la teoría de la imprevisión, como un elemento más de la fuerza mayor, como excepción del rigorismo de las estipulaciones contractuales que buscan el equilibrio de las dos partes; el principio de la buena fe que es uno de los elementos principales de las obligaciones en nuestro Código Civil; los principios de generalidad, proporcionalidad e igualdad de los tributos; el principio de que todo trabajo debe ser remunerado; el hecho de que nadie puede aprovecharse de su propio dolo; el de que quien motivó la nulidad no puede aprovecharse de ella, etc.

No obstante, la unificación de los dos sistemas arbitrales es una tarea larga que debe ser ampliamente regulada, razón por la cual todavía se sostiene que es mejor el arbitraje en derecho, especialmente para ciertas áreas especializadas o técnica que la doctrina los llama inclusive “Arbitrajes Técnicos”.