

EL ARBITRAJE EN EQUIDAD

Juan Pablo Cárdenas Mejía

RESUMEN

En el presente trabajo el autor hace una breve descripción del arbitraje en equidad y lo compara con otras figuras del derecho contemporáneo y de los requisitos para fallar en equidad. Trata además de la composición del Tribunal de Arbitramento y de las facultades de los árbitros y finaliza con una referencia al recurso de anulación.

Palabras clave: tribunal de arbitramento, equidad, árbitros, recurso de anulación.

ABSTRACT

In this paper the author describes arbitration ex bono et aequo and compares it with other figures of contemporary law and the requirements to rule in equity in arbitration. Stands for the makeup of the arbitrators of a court and the power of them. The paper ends with a reference to the nullity trial against arbitration rules.

Key words: arbitration, arbitration court, arbitrators, ex bono et aequo.

SUMARIO

1. ANTECEDENTES
2. LA CONSAGRACIÓN DEL ARBITRAJE EN EQUIDAD EN EL DERECHO CONTEMPORÁNEO
3. LA DISTINCIÓN ENTRE ARBITRAJE EN EQUIDAD Y OTRAS FIGURAS
4. LOS REQUISITOS PARA FALLAR EN EQUIDAD
5. COMPOSICIÓN DEL TRIBUNAL Y COMPARENCIA A TRAVÉS DE ABOGADOS
6. FACULTADES DE LOS ÁRBITROS
 - 6.1. El procedimiento aplicable
 - 6.2. La necesidad de prueba
 - 6.3. La motivación del fallo
 - 6.4. Las facultades del árbitro frente al fondo
 - 6.4.1. Los límites a las facultades del árbitro
 - 6.4.2. La equidad
7. EL RECURSO DE ANULACIÓN

1. ANTECEDENTES

La historia del arbitraje¹ muestra que desde un principio se previó la posibilidad de que el árbitro decidiera apartándose de las reglas normalmente aplicables.

Esta idea ya aparece en la retórica de ARISTÓTELES cuando él mismo hace referencia a la equidad:

“Es equidad perdonar los errores humanos, y mirar al legislador y no a la ley, al espíritu y no a la letra, a la intención y no a la acción, al todo y no a la parte, al carácter del actor a largo plazo y no en el momento presente, recordar lo bueno antes que lo malo, y el bien que uno ha recibido en lugar del bien que se ha dado, soportar ser herido, desear

1 El arbitraje ya era conocido entre los asirios, es decir, en el tercer milenio antes de nuestra era. Se encuentran referencias al arbitraje en el *Antiguo Testamento*, en la India, en la antigua Irlanda y en Grecia. TOMAS CLAY, *L'arbitre*, Dalloz, 2001, pág. 4 y sigs.

resolver una cuestión por palabras en lugar de acciones, y *por último preferir arbitramento a juicio, porque el árbitro mira lo que es equitativo y el juez sólo lo que dice la ley, y por ello el primer arbitrador fue nombrado para que la equidad pueda florecer*" (bastardilla fuera de texto).

Se señala también por la doctrina que en el derecho romano se distinguía entre el *arbitrer* y el *iudex*².

El *iudex* era designado por el pretor de una lista de ciudadanos que cumplían los requisitos para ser *iudex* y debían sujetarse a lo dispuesto por el pretor.

Por el contrario, el *arbitrer* no necesariamente estaba llamado a decidir una *litis* sino a precisar una relación entre las partes, que le pedían una determinación *vir bonus*. El *arbitrer* estaba entonces sujeto a lo que las partes en el negocio que daba lugar al arbitraje hubieran previsto.

En el derecho intermedio (siglo XIII) los comentadores distinguieron entre *arbitrer* y *arbitrator*. El *arbitrer* era aquel a quien las partes confiaban la decisión de un litigio siguiendo las reglas procesales. Por consiguiente, él debía decidir en derecho. El *arbitrator* era a quien se había confiado decidir *ex bono et aequo*, es decir, en equidad y no tenía que seguir el derecho ni el procedimiento ordinario. Una de las grandes diferencias entre las dos formas de arbitraje era, entre otras cosas, la apelabilidad de la decisión en el caso del *arbitrer*.

En las *Siete partidas* (3,4,23) aparece también la diferencia a la que se ha hecho referencia, pues en ellas se señala:

“Árbitros en latin quiere decir en romance, como jueces avenidores, que son escogidos, e puestos de las partes, para librar la contienda que es entre ellos. E estos son de dos maneras. La una es, quando los omes ponen sus pleyos e sus contiendas en mano dellos, que los oyan e los libren segun derecho... La otra manera de jueces de aveniencia es, a la que llaman en latín Arbitradores que quieren decir como alvedriadores o comunales amigos, que son escogidos por aveniencia de ambas las partes para avenir o librar las contiendas que ovieren entre sí, en cualquier manera que ello toviere a bien”.

2. LA CONSAGRACIÓN DEL ARBITRAJE EN EQUIDAD EN EL DERECHO CONTEMPORÁNEO

Los sistemas jurídicos contemporáneos se refieren de diversas formas a los eventos en los cuales los árbitros pueden fallar sin sujetarse estrictamente a las normas aplicables.

2 CATALANA, GAETANO, “Arbitrato”, en *Enciclopedia de Diritto*, Giuffrè.

En efecto, de una parte existen ordenamientos que claramente prevén el fallo en equidad³. Igualmente existen otros en los cuales se establece que los árbitros pueden decidir como amigables componedores, en el sentido que los mismos no están sujetos a reglas de derecho.

Otros países no autorizan expresamente una decisión en equidad pero tampoco lo prohíben. Es el caso de Alemania, Estados Unidos de América, Japón y los países escandinavos. En los mismos, dicha posibilidad se ha aceptado por la jurisprudencia. En otros países como Inglaterra sólo se reconoce inicialmente el arbitraje en derecho⁴, pero poco a poco se abre paso el árbitro como amigable componedor⁵.

Ahora bien, cabe preguntarse porqué en diferentes países se emplea la calificación de árbitro como amigable componedor.

La identificación del árbitro que debe decidir en equidad con el árbitro que actúa como amigable componedor tiene raíces antiguas y parece fundarse en el hecho de que el árbitro en equidad debe decidir como un buen hombre al igual que el amigable componedor. Se advierte en tal sentido que la identificación proviene de un texto de MARTINUS DE FANO, en el cual se distinguía entre *arbitrater* y *arbitrator* y se señalaba que éste era un amigable componedor⁶. Esta identificación fue tomada por muchos ordenamientos en el siglo XIX, que hacen referencia al árbitro como amigable componedor y se mantiene aún hoy en día.

Ahora bien, en dichos casos la doctrina y la jurisprudencia⁷ consideran que los árbitros deben decidir en equidad o *ex aequo et bono*⁸. De hecho si se revisa la doctrina se encuentra que en forma usual los términos, arbitraje en equidad y árbitros

3 CHILLÓN MEDINA, JOSÉ MARIA; MERINO MERCHÁN, JOSÉ FERNANDO, *Tratado de arbitraje privado interno e internacional*.

4 Sobre la hostilidad a que los árbitros actuaran como amigables componedores véase HONG LIN YU, "Amiable composition a learning curve", *Journal of International Arbitration*, 2000, pág. 91 y sig. Asimismo ALAN REDFERN; MARTIN HUNTER, *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, London, 1991, pág. 36. El tema fue finalmente aclarado por el legislador a partir de 1996.

5 A tal efecto se señala que a ello coadyuvó el hecho de que el árbitro inicialmente (hasta 1979) no tenía que motivar sus decisiones. JACQUES COVO, *Commodities, Arbitrations and Equitable Considerations. Arbitration Internacional*, vol. 9 n° 1, pág. 62.

6 Véase DÍEZ PICASO, LUIS, *El arbitrio de un tercero en los negocios jurídicos*, pág. 62 y sigs., Ed. Bosch, 1957.

7 Por ejemplo el fallo de la Corte de Apelaciones de París del 9 de noviembre de 1976.

8 En tal sentido JEAN ROBERT, *L'Arbitrage. Droit Interne Droit International Privé*, 6ª ed., Dalloz, 1993. HONG LIN YU, "Amiable composition a learning curve", *Journal of International Arbitration*, 2000, pág. 80, señala que la amigable composición autoriza al árbitro a evitar una interpretación legal estricta y autoriza a aplicar la equidad y la buena conciencia, y decidir de acuerdo con la justicia y la imparcialidad para llegar a una solución en equidad.

que actúan como amigables componedores, se consideran equivalentes. En este sentido conviene recordar la evolución de la legislación italiana que inicialmente contemplaba el árbitro amigable componedor, y que posteriormente lo reemplazo por el árbitro en equidad.

Esta misma idea se aprecia en la ley modelo de UNCITRAL la cual establece que el tribunal decidirá *ex aequo et bono* o como amigable componedor sólo cuando las partes expresamente lo autorizan. Según la doctrina, las dos expresiones se incluyeron en la ley modelo porque unos ordenamientos emplean la primera en tanto que otros emplean la segunda⁹.

El artículo 13 del reglamento de la CCI señala que el árbitro actuará como amigable componedor si las partes le han dado dicho poder.

Por otro lado, conviene observar que la Convención de Nueva York no prevé expresamente el arbitraje en equidad¹⁰. El convenio europeo de Ginebra de 1961 reconoce expresamente las dos clases de arbitraje, indicando que los árbitros decidirán como amigables componedores, si así corresponde a la voluntad de las partes.

No obstante, a pesar de que por regla general la doctrina considera que son equivalentes los términos árbitro en equidad y árbitro amigable componedor, debe observarse que parte de la doctrina distingue entre el fallo en equidad y el fallo como amigable componedor¹¹ o entre el fallo *ex aequo et bono*, la sentencia en equidad y la decisión como amigable componedor¹². La decisión *ex aequo et bono* se refiere a una más alta esfera de justicia, por ello en este caso, el árbitro decide el litigio con su propia noción de justicia. Cuando decide en equidad, el árbitro decide de conformidad con las reglas legales, pero puede apartarse de ellas cuando se produce un resultado contraproducente. Finalmente, cuando actúa como amigable componedor debe decidir conforme a la justicia y observando las reglas fundamentales que gobiernan el proceso judicial y la ley sustantiva. En todo caso

9 VAREDAY, TIBOR; BARCELÓ, JOHN; VON MEHREN, ARTHUR, *International Commercial Arbitration*, pág. 537.

10 La Corte de Casación francesa ha aceptado que se hagan cumplir bajo la convención de Nueva York laudos pronunciados como amigables componedores HONG LIN YU, "Amiable composition a learning curve", *Journal of International Arbitration*, 2000, pág. 89. Igualmente lo han hecho los jueces americanos. HONG, *ob cit.* pág. 98.

11 FOUCHARD, PHILIPPE; EMMANUEL GAILLARD y BERTHOLD GOLDMAN, *Traité de l'Arbitrage Commercial International*, Paris, Litec, 1996, número 1502 quienes expresan que algunos distinguen entre el fallo en equidad del derecho suizo el cual estaría aislado de todo derecho, aún el imperativo, en tanto que el fallo como amigable componedor sólo permitiría al juez moderar la aplicación de la ley. Sin embargo ellos consideran artificial la distinción en la medida en que el árbitro podría hacer prevalecer su sentimiento de justicia.

12 HONG LIN YU, "Amiable composition a learning curve", *Journal of International Arbitration*, 2000, pág. 82.

un amigable componedor puede alterar los términos del contrato si le parece apropiado.

Sin embargo, debe observarse que la tendencia de la doctrina es en el sentido de no hacer esta distinción, aun cuando en algunos ordenamientos como el colombiano, es necesario distinguir el árbitro del amigable componedor.

3. LA DISTINCIÓN ENTRE ARBITRAJE EN EQUIDAD Y OTRAS FIGURAS

Si bien como se vio, en muchos países, se hace referencia al árbitro amigable componedor como sinónimo de árbitro en equidad, entre nosotros existe una clara distinción entre el árbitro y el amigable componedor.

En efecto, el decreto 1818 señala en su artículo 223 que:

“La amigable composición es un mecanismo de solución de conflictos, por medio del cual dos o más particulares delegan en un tercero, denominado amigable componedor, la facultad de precisar, con fuerza vinculante para ellas, el estado, las partes y la forma de cumplimiento de un negocio jurídico particular. El amigable componedor podrá ser singular o plural”.

De conformidad con el artículo 224 del mismo decreto, la decisión del amigable componedor producirá los efectos legales relativos a la transacción.

De este modo, la diferencia fundamental entre la amigable composición y el arbitraje radica en el hecho de que en aquélla un tercero que actúa como delegado de las partes, precisa la forma de cumplimiento de un negocio, como si fuera las partes mismas¹³. Por el contrario, el árbitro en todo caso actúa como juez y por ello profiere una sentencia que hace tránsito a cosa juzgada.

Esta distinción entre arbitraje y amigable composición corresponde a la distinción que algunos autores¹⁴ hacen entre arbitraje jurisdiccional y contractual. En este último, se otorga a los árbitros la facultad de adicionar o completar el contrato, actuando como mandatarios de las partes. Señala la doctrina que en muchos casos los jueces han considerado que allí no hay un arbitraje al cual deba aplicarse la

13 Igual distinción se hace en derecho italiano y la formula la doctrina MAURO RUBINO-SAMMARTANO, “*Amiable Compositeur (Joint Mandate to Settle) Ex bono et aequo (Discretionary authority. To mitigate strict law)*”, *Jornal of International Arbitration*.

14 MERINO y CHILLON, *ob cit.* pág. 582.

Convención de Nueva York. La decisión de los arbitradores es sólo una cláusula contractual que se puede hacer cumplir a través de una acción judicial.

Por otro lado, conviene también precisar la diferencia que se presenta cuando los árbitros deben fallar en equidad y cuando deben fallar de conformidad con principios generales de derecho comercial internacional, cuando así lo han dispuesto las partes en un arbitraje internacional.

En efecto, cuando se trata de fallar de acuerdo con los principios de derecho comercial internacional en todo caso se trata de una decisión en derecho, sólo que en este caso el derecho aplicable está conformado por principios generales¹⁵.

Por el contrario, en el fallo en equidad la decisión no se pronuncia conforme a derecho, sino que se exige al árbitro tener en cuenta las circunstancias concretas para lograr la justicia en el caso particular. No se trata simplemente de aplicar principios generales. Lo anterior sin perjuicio de que el árbitro al fallar en equidad pueda inspirarse en esos principios generales, en la medida en que él encuentre que ellos conducen a una solución justa¹⁶.

A este respecto se cita el caso de Norsolor S.A. contra Pabalk Ticaret Sirketi S.A. (1981) en el cual el tribunal aplicó como ley la *lex mercatoria*. En el laudo se hizo referencia a la equidad para determinar la responsabilidad y los daños. Se atacó el laudo diciendo que el árbitro había decidido como amigable componedor, la Corte de Paris señaló que los árbitros aplicaron la ley que consideraron pertinente. Se agregó que no era trascendental que se hubiera hecho referencia a la equidad, pues en el fondo la regla que aplicaron satisfacía la equidad.

4. LOS REQUISITOS PARA FALLAR EN EQUIDAD

Por regla general para que los árbitros puedan fallar en equidad es necesario que expresamente se les haya otorgado dicha facultad en el correspondiente pacto arbitral, pues de otro modo se entiende que su facultad es fallar en derecho.

Si bien a nivel internacional se ha observado la importancia del fallo en equidad y, por consiguiente, la conveniencia de que se aplique como principio, lo cierto es

15 En sentido semejante HONG LIN YU, "Amiable composition a learning curve", *Journal of International Arbitration*, 2000, página 81

16 Aun cuando se ha sostenido que el árbitro en equidad debería seguir tales principios, la doctrina señala que en todo caso no es posible sostener que se equipara el árbitro en equidad con aquel que debe decidir según los principios generales. En tal sentido FOUCHARD, *ob cit*, número 1505.

que en la mayoría de los países se exige que se pacte expresamente¹⁷. Así ocurre en Colombia.

Debe observarse que la Ley 80 de 1993 no autoriza el arbitraje en equidad para los contratos estatales. Sólo prevé el arbitraje en derecho y el mecanismo previsto por el artículo 74 de la ley¹⁸ que, según se deduce de la jurisprudencia del H. Consejo de Estado, es un arbitraje técnico.

5. COMPOSICIÓN DEL TRIBUNAL Y COMPARENCIA A TRAVÉS DE ABOGADOS

De conformidad con el artículo 115 del decreto 1818 cuando el arbitraje sea en derecho el árbitro debe ser abogado inscrito.

El artículo 122 del mismo decreto señala que cuando se trate de arbitraje en derecho, las partes deberán comparecer al proceso arbitral por medio de abogado inscrito, a menos que se trate de asuntos exceptuados por la ley.

De esta manera, en el arbitraje en equidad no es necesario que los árbitros sean abogados, así como tampoco que las partes comparezcan a través de apoderados que tengan dicha calidad.

El problema que se plantea consiste en que el hecho de que el tribunal sea en equidad no significa, como se verá a continuación, que no se apliquen las reglas de procedimiento, por lo cual en la práctica se va a plantear el problema de una aplicación correcta de las reglas del procedimiento y de una debida defensa de los intereses de las partes dada su ignorancia de las reglas de procedimiento.

17 Sin embargo, algunos países establecen la regla contraria esto es que el árbitro puede fallar en equidad o según su leal saber y entender si no se pacta lo contrario. Es el caso por ejemplo de la Ley 26572 del Perú, la Ley 1770 de Bolivia, la Ley 145 del Ecuador, el decreto ley 5 de 1999 de Panamá.

18 Dicho artículo establece: "Las partes podrán pactar que las diferencias de carácter exclusivamente técnico se sometan al criterio de expertos designados directamente por ellas o que se sometan al parecer de un organismo consultivo del gobierno, al de una asociación profesional o a un centro docente universitario o de enseñanza superior. La decisión adoptada será definitiva".

6. FACULTADES DE LOS ÁRBITROS

6.1. El procedimiento aplicable

Como ya se vio, el desarrollo histórico del arbitraje muestra que cuando el árbitro no debía fallar en derecho no tenía que someterse a las reglas de procedimiento. Las facultades de los árbitros de apartarse de las reglas de derecho comprendían entonces tanto el procedimiento como el fondo de la decisión.

A nivel de derecho comparado existen diversas orientaciones, pues en algunos casos las normas precisan que el árbitro facultado para decidir en equidad no tiene que someterse a la ley, ni en los aspectos procedimentales ni en aquellos que rigen el fondo de la cuestión¹⁹. Sin embargo, en otros casos, el árbitro debe someterse a las reglas de procedimiento y su facultad queda referida específicamente a la decisión del fondo del litigio.

Ahora bien, ¿cuál es la situación en el derecho colombiano?

La Carta dispone:

“Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para *proferir fallos en derecho o en equidad*, en los términos que determine la ley” (bastardilla fuera de texto).

Por su parte, la ley estatutaria de administración de justicia dispone:

“*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”.

El artículo 115 del decreto 1818 de 1998 señala:

19 MERINO y CHILLON, *ob. cit.* pág. 572.

“Artículo 115. *Definición y modalidades.* El arbitraje es un mecanismo por medio del cual las partes involucradas en un conflicto de carácter transigible, defieren su solución a un 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 pronuncian su fallo en razón de sus específicos conocimientos en una determinada ciencia, arte u oficio, el arbitraje es técnico.

“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”.

De esta manera, el texto de las normas aplicables limita el alcance de la aplicación de la equidad a la decisión misma y no excluye la aplicación del procedimiento. Lo anterior es aún más claro si se tiene en cuenta que las normas actuales distinguen para efectos del procedimiento entre arbitraje independiente, institucional y legal. En tal sentido el artículo 116 del decreto 1818 dispone que:

“El arbitraje podrá ser independiente, institucional o legal. El arbitraje independiente es aquel en que las partes acuerdan autónomamente las reglas de procedimiento aplicables en la solución de su conflicto; institucional, aquel en el que las partes se someten a un procedimiento establecido por el Centro de Arbitraje; y legal, cuando a falta de dicho acuerdo, el arbitraje se realice conforme a las disposiciones legales vigentes”.

Adicionalmente, es pertinente destacar que cuando el juez debe fallar en equidad el mismo tampoco se sustrae de la aplicación de las normas de procedimiento²⁰.

En este sentido la jurisprudencia arbitral ha precisado lo siguiente (laudo del 5 de diciembre de 1990 Clínica de Ojos Ltda vs. Teroptic Cortés Cleves Ltda. Árbitros: Nelson GÓMEZ VELANDIA, CRISTIAN MOSQUERA CASAS, FABIO AUGUSTO ROJAS. *Jurisprudencia arbitral en Colombia*, pág. 98):

“... El fallo en conciencia es sólo 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

20 Aún en los países en los cuales se señala que el árbitro puede decidir sin sujetarse a las reglas de procedimiento, se sostiene que el mismo debe en todo caso aplicar los principios que garantizan el derecho de defensa. Por ejemplo FOUCHARD, *ob cit*, número 1508.

proceso. Las reglas, principios y el régimen propio del proceso arbitral deben ser observados como una garantía de orden, de discusión suficiente, de conocimiento real del conflicto y de determinación oportuna del mismo. Que el fallo sea en conciencia no autoriza a prescindir de la etapa instructiva. Al contrario un fallo de esta naturaleza requiere un establecimiento minucioso de los hechos y bajo esta perspectiva adquieren sentido muchos documentos y muchas declaraciones que en un fallo en derecho podrían ser cuestionados por su congruencia en materia probatoria”.

Agrega este laudo que de acuerdo con el artículo 6° del Código de Procedimiento Civil, las normas procesales son de obligatorio cumplimiento y por ello de obligatoria observancia, salvo autorización expresa de la ley.

6.2. La necesidad de prueba

Otro problema que se plantea respecto del arbitraje en equidad es la necesidad de contar con las pruebas necesarias para el efecto.

En principio, la capacidad de fallar en equidad no autoriza al árbitro para prescindir de los elementos probatorios necesarios, habida cuenta que, como lo veremos, la facultad de fallar en equidad lo autoriza para buscar la solución más justa para el caso concreto, lo cual no es posible si el árbitro no ha establecido claramente los hechos con base en los cuales debe decidir.

Por lo demás, en todo caso es aplicable el artículo 174 del Código de Procedimiento Civil el cual dispone que:

“Toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso”.

En tal sentido en el laudo del proceso de María Carolina Sánchez Blanco vs. Inversiones Mablanes Ltda., Gabriel Blanco Contreras y María Cristina Blanco Contreras, proferido el 19 de septiembre de 1997 (tribunal conformado por LUIS FERNANDO ALVARADO ORTIZ, CARLOS ENRIQUE MARÍN VÉLEZ y NÉSTOR GUILLERMO ZABALA HIGUERA), se expresó:

“Si bien el laudo que estamos profiriendo, por expresa autorización del contrato de sociedad debe ser en conciencia, no nos impone un distanciamiento del artículo 174 del Código de Procedimiento Civil, que ordena que «Toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso», lo que equivale a que las pruebas no pueden reemplazarse por los estados emocionales del tribunal o por los grados de simpatía hacia las personas. Una cosa es que podamos omitir o prescindir de lo que se conoce como el período probatorio y otra muy distinta que no respetemos las reglas del debido proceso y las de apreciación de las pruebas”.

Igualmente en el fallo de Mitsui de Colombia vs. Metalec Manufacturas Metal Eléctricas Ltda. (árbitros JUAN CARLOS ESGUERRA, JOSÉ IGNACIO NARVÁEZ, ÁLVARO MENDOZA, 7 de septiembre de 1993, *Jurisprudencia arbitral*, pág. 301) se señala:

“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 en equidad, cuandoquiera que aquella 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 mas 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”.

Asimismo, en el laudo del 5 de diciembre de 1990 en el proceso de Clínica de Ojos Ltda. vs. Teroptic Cortés Cleves Ltda. (árbitros NELSON GÓMEZ VELANDIA, CRISTIAN MOSQUERA CASAS, FABIO AUGUSTO ROJAS, *Jurisprudencia arbitral en Colombia*, pág. 98) se expresa:

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

Agrega este laudo que toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso.

Sin embargo, en el laudo arbitral de Universal Food Products Company Ltda. vs. Cía. Nacional de Levaduras Levapan Ltda. del 29 de enero de 1964 (árbitros GONZALO VARGAS RUBIANO, CARLOS HOLGUÍN y JULIO ORTÍZ MARQUEZ) se dijo que dadas las facultades del juez para fallar en equidad es obvio que no tiene que estar sometido a la tarifa legal en materia probatoria, que es la facultad más ostensible del juez que debe fallar en conciencia.

Este fallo se explica porque cuando se pronunció estaba vigente el Código Judicial el cual contemplaba la tarifa en materia de pruebas y en tal caso era lógico concluir que la facultad de fallar en conciencia implicaba la posibilidad de apartarse de la tarifa probatoria, lo cual es evidentemente distinto a fallar sin las pruebas necesarias.

6.3. La motivación del fallo

¿Debe o no motivarse el fallo en equidad?

El problema se plantea porque en diversas disposiciones²¹ se hace referencia al fallo en conciencia.

El primer punto que es conveniente aclarar es que cuando se habla de laudo en conciencia no se está haciendo referencia a una institución distinta al fallo en equidad.

En efecto, si se examina la ley estatutaria de la justicia se observa que la misma prevé el fallo en derecho o en equidad y no contempla el fallo en conciencia como una tercera categoría.

Por otra parte, históricamente el fallo en conciencia surge al hacer referencia a la sentencia que sigue la conciencia del fallador, esto es, el conocimiento interno del bien o mal. Es decir, que corresponde a la tradición bajo la cual se formó la *equity* inglesa.

Así, por lo demás, lo ha entendido la jurisprudencia. En efecto, en sentencia del 3 de abril de 1992, (CP: CARLOS BETANCUR JARAMILLO, expediente n° 6695, laudo arbitral, actor: Consorcio Vianini Entrecanales, Empresa Energía de Bogotá Tavora S.A.) el Consejo de Estado dijo:

“Cuando el juez arbitral decide en conciencia, se mueve en un marco normativo diferente más amplio, porque como lo dice la jurisprudencia cuando así actúa tiene la facultad de decidir «*ex equo et bono*», locución latina que quiere decir «conforme a la equidad o según el leal saber y entender» (*Jurisprudencia arbitral en Colombia*, 1988, Universidad Externado de Colombia, pág. 181)”.

Asimismo, en el laudo arbitral de Universal Food Products Company Ltda. vs. Cía. Nacional de Levaduras Levapan Ltda. del 29 de enero de 1964 (árbitros GONZALO VARGAS RUBIANO, CARLOS HOLGUÍN y JULIO ORTIZ MÁRQUEZ) se dice que el fallo en conciencia equivale a la facultad de decidir *ex aequo et bono*, locución latina que quiere decir conforme a la equidad o según su leal saber y entender.

21 En tal sentido el artículo 163 del Decreto 1818 de 1998 contempla como causal de anulación “6. Haberse fallado en conciencia debiendo ser en derecho, siempre que esta circunstancia aparezca manifiesta en el laudo”.

Ahora bien, partiendo de la base que en materia arbitral no existe diferencia entre el fallo en conciencia y el que se pronuncia en equidad, conviene precisar si la decisión en equidad debe o no ser motivada.

La doctrina internacional señala²² que el árbitro debe motivar su sentencia. Así lo dice también la jurisprudencia²³. Sin embargo, la doctrina reconoce que esta obligación tiene matices y atenuaciones derivados de la libertad del árbitro en equidad o amigable componedor frente a la ley.

En Colombia, es pertinente observar, en primer lugar, que el artículo 303 del Código de Procedimiento Civil dispone que “las providencias serán motivadas de manera breve y precisa”, sin distinguir si las mismas se profieren en equidad o en derecho, lo cual implica que en Colombia deben motivarse los laudos arbitrales.

Sin embargo, conviene señalar que el H. Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo (Sección Tercera) en fallo del 26 de abril de mil novecientos noventa y nueve (1999) (CP: doctor DANIEL SUÁREZ HERNÁNDEZ, expediente n° 15623) expresó:

“El fallo en conciencia se caracteriza porque el juez dicta la providencia sin efectuar razonamientos de orden jurídico y toma determinaciones siguiendo lo que le dicta su propia conciencia. Basado o no en el principio de la equidad, de manera que bien puede identificarse con el concepto de verdad sabida y buena fe guardada”.

Asimismo, en sentencia del 3 de abril de 1992 (CP: CARLOS BETANCUR JARAMILLO, expediente n° 6695, laudo arbitral, actor: Consorcio Vianini Entrecanales Empresa Energía de Bogotá Tavora S.A.) el Consejo de Estado dijo:

“Cuando el juez arbitral decide en conciencia, se mueve en un marco normativo diferente más amplio, porque como lo dice la jurisprudencia cuando así actúa tiene la facultad de decidir «*ex equo et bono*», locución latina que quiere decir «conforme a la equidad o según el leal saber y entender» (*Jurisprudencia arbitral en Colombia*, 1988, Universidad Externado de Colombia, pág. 181).

“Tal amplitud permite aceptar que cuando el juez arbitral decide en conciencia puede aún conciliar pretensiones opuestas; conducta que no puede asumir cuando falla en derecho, y aun decidir sobre extremos no suficientemente probados pero posibles.

22 ROBERT Y MEREINO Y CHILLON, pág. 975.

23 Sin embargo también existen orientaciones en el sentido de que no es necesario motivar. Por ejemplo una sentencia de la Corte en Estados Unidos de América del Norte expresó esa posición, citada por HONG LIN YU, “*Amiable composition a learning curve*”, *Journal of International Arbitration*, 2000, pág. 97.

“Pero ese fallo en conciencia, pese a su extensión, no puede ser arbitrario y mucho menos desconocer los hechos del proceso o las reglas de la lógica y de la experiencia; porque tanto esos hechos como las mencionadas reglas, constituyen obligaciones obvias e implícitas impuestas a los jueces de conciencia para la recta ejecución de su cargo judicial. Porque tanto el árbitro de derecho como el de conciencia, administran justicia (idea que excluye de principio la arbitrariedad) ya que el juicio arbitral no es más que un equivalente procesal por heterocomposición, según la terminología del profesor CARNELUTTI, quien clasifica dichos equivalentes (en los que la composición del litigio se logra por medios distintos a los del proceso judicial propiamente dicho) en dos grupos así: a) por autocomposición (obra de la actividad de las mismas partes, tales como la conciliación o la transacción); y b) por heterocomposición (decisión de árbitros, por ejemplo).

“...

“Tanto el fallo en conciencia como en derecho tiene que reposar sobre un motivo justificativo; ni el uno ni el otro pueden surgir por generación espontánea y sin que se apoyen en una situación jurídica preexistente que deba resolverse. Pero mientras el fallo en derecho debe explicar los motivos o razones de orden probatorio y sustantivo que tuvo para arribar a *la conclusión que contiene la parte resolutive, en el fallo en conciencia esa motivación no es esencial ni determinante de su validez.*

“El laudo en derecho que carezca de motivación no se convierte en fallo en conciencia. La diferencia entre estos fallos no radica en ese aspecto formal o accidental, sino que toca, como se dijo, con el marco de referencia normativo que condiciona la conducta del juzgador en uno y otro.

“Es cierto que el juez de derecho debe motivar sus fallos y que dentro de esa motivación las pruebas merecen tratamiento especial. Pero si incumple ese deber en forma absoluta el fallo podrá ser anulable, pero no cambiará su esencia para convertirse en fallo en conciencia. Esto como principio procesal general, porque frente a los laudos arbitrales esa falta de motivación no aparece contemplada dentro de las causales de anulación de los mismos y menos cuando no se niega sino que se le califica como deficiente o irregular.

“...

“En suma de lo anterior, sólo cuando el fallo que se dice en derecho deja de lado, en forma ostensible, el marco jurídico que deba acatar para basarse en la mera equidad podrá asimilarse a un fallo en conciencia. Porque si el juez adquiere la certeza que requiere para otorgar el derecho disputado con apoyo en el acervo probatorio y en las reglas de la sana crítica, ese fallo será en derecho, así no hable del mérito que le da a determinado medio o al conjunto de todos” (bastardilla fuera de texto).

Si bien de esta sentencia podría llegar a inferirse que el fallo en equidad no debe motivarse, debe observarse que la misma se refiere específicamente al análisis probatorio por parte del Tribunal de Arbitraje. Desde este punto de vista parece

claro que una cosa es que el Tribunal no motive su decisión y otra bien distinta es que el mismo pueda apreciar los medios probatorios a su alcance y que en ese aspecto su decisión no sea criticable.

En todo caso, debe observarse que la H. Corte Constitucional en sentencia C-145-98 señaló que el artículo 229 de la Constitución Política garantiza el derecho de acceso a la administración de justicia y que ello no sólo significa que las personas puedan acudir a los órganos judiciales, sino adicionalmente que sus decisiones sean fundamentadas. En tal sentido expresó:

“El artículo 229 de la Constitución garantiza el derecho de todos los ciudadanos para acceder a la administración de justicia. Este derecho implica no sólo que las personas pueden solicitar a los organismos que administran justicia que conozcan y decidan de fondo sobre sus conflictos —salvo que la ley contemple causas legítimas de inadmisión—, sino también que esas decisiones sean fundamentadas. La obligación de motivar las decisiones judiciales obedece a la necesidad de demostrar que el pronunciamiento no es un producto de la arbitrariedad del juez. En el Estado de derecho la sentencia responde a la visión del juez acerca de cuáles son los hechos probados dentro del proceso y cuál es la respuesta que se le brinda al caso concreto por parte del ordenamiento jurídico. Sin embargo, es claro que tanto los hechos como las normas pueden ser interpretados de manera distinta. Por esta razón, se exige que, en su sentencia, el juez realice un esfuerzo argumentativo con miras a justificar su decisión y, por lo tanto, a convencer a las partes, a los demás jueces y al público en general, de que su resolución es la correcta. Precisamente la motivación de las sentencias es la que permite establecer un control —judicial, académico o social— sobre la corrección de las decisiones judiciales”.

Así las cosas, la motivación desde el punto de vista constitucional, se convierte en un elemento esencial de todo fallo judicial y por ello el fallo en equidad debe ser motivado. Lo anterior no implica desconocer que existen diferencias en la motivación de un fallo en derecho y en equidad en razón del fundamento mismo de la sentencia.

6.4. Las facultades del árbitro frente al fondo

6.4.1. Los límites a las facultades del árbitro

Como quiera que son las partes las que otorgan la facultad al árbitro de fallar en equidad, son ellas las que pueden determinar el alcance de la misma y por tanto pueden prever que la exclusión de la regla de derecho sólo se aplica a ciertos aspectos de la controversia²⁴, por ejemplo, respecto de las consecuencias de la nulidad o del incumplimiento.

²⁴ ROBERT, *ob cit.*, pág. 157.

En segundo lugar, si bien el concepto del fallo en equidad indicaría que el juez o el árbitro pueden apartarse de las reglas de derecho, este concepto debe ser matizado, pues existen disposiciones de las cuales no se puede apartar el árbitro por más que el mismo pueda fallar en equidad.

En efecto, es claro que el juez en equidad puede apartarse de las normas supletivas, pues precisamente las partes podrían apartarse de ellas.

Sin embargo, en cuanto a las reglas imperativas conviene recordar el fundamento mismo del arbitraje, esto es la voluntad de las partes, la cual no puede disponer acerca de la aplicación de normas imperativas. Por lo demás, precisamente el Código de Procedimiento Civil señala que el juez puede fallar en equidad cuando el proceso versa sobre derechos disponibles.

Por ello no parece que el árbitro pueda apartarse de normas imperativas²⁵⁻²⁶. Así lo ha decidido la jurisprudencia italiana²⁷. Igualmente la jurisprudencia francesa ha admitido que el hecho de que una norma de orden público sea aplicable a un litigio no quiere decir que el mismo no pueda ser sometido a árbitros, pero que los mismos deben aplicar los principios de orden público y sancionar la violación de los mismos, bajo el control del juez que conoce del recurso de anulación²⁸. Por ello la jurisprudencia francesa ha anulado laudos arbitrales por violar disposiciones de orden público²⁹. La doctrina más autorizada reconoce que dicho deber de aplicar las disposiciones de orden público incluye al árbitro facultado para actuar como amigable componedor³⁰.

A este respecto, sin embargo, parte de la doctrina propone hacer algunas distinciones tomando en cuenta la diferencia que se ha hecho entre dos tipos de normas imperativas: aquellas que conforman lo que se llama el orden público de dirección y aquellas que constituyen el orden público de protección.

25 VAREDAY, TIBOR; BARCELÓ, JOHN y VON MEHREN, ARTHUR, *International Commercial Arbitration* señalan que en la ley modelo de UNCITRAL se sugirió incluir que en todo caso el tribunal actuando en equidad debía observar las reglas imperativas que aseguran su orden público internacional, pero no se incluyó por la dificultad de definir el mandato de los árbitros autorizados para decidir *ex aequo et bono* o como amigable componedor (pág. 537).

26 La doctrina señala que en materia de arbitraje internacional debe aplicarse el orden público internacional.

27 Sentencias de la Corte de Casación del 15 de octubre de 1954, 13 de mayo de 1952 y 31 de julio de 1952 citadas por GAETANO CATALANO, "Arbitrato", en *Enciclopedia de Diritto*, Giuffrè, pág. 924.

28 Sentencia del 19 de mayo de 1993 de la Corte de apelaciones de París.

29 Sentencia del 4 de noviembre de 1982 de la Corte de Apelaciones de París.

30 MAYER, PIERRE, «*La sentence contraire a l'ordre public au fond*», *Revue de l'arbitrage*, 1994, n°4. Igualmente FOUCHARD señala que la sentencia proferida por el árbitro como amigable componedor que es contraria al orden público internacional es anulable. *Ob cit.*, número 1508.

Las primeras son dictadas para dirigir la economía, realizar ciertos objetivos económicos, mientras que las segundas tienen por objeto proteger a una de las partes³¹. Las primeras deben ser observadas en todo caso, en cuanto a las segundas, el propósito perseguido por el ordenamiento es que la persona protegida adquiera el derecho, sin perjuicio de que una vez adquirido pueda renunciarlo³².

De este modo en cuanto se refiere a normas del orden público de dirección el árbitro debe aplicarlas³³. En cuanto a las segundas, algunos autores consideran que hay que distinguir si se trata de cláusula compromisoria o compromiso. Si se trata de cláusula compromisoria, no es posible renunciar a normas imperativas de protección en el contrato y por ello el árbitro no podría apartarse de estas normas. Por el contrario, si se trata de compromiso, es posible renunciar a derechos ya adquiridos.

Sin embargo, debe observarse que cuando el árbitro se pronuncia, el litigio ya ha surgido, se ha adquirido el derecho y se ha conferido a los árbitros la facultad de fallar apartándose de la regla de derecho. Así como las partes en ese momento podrían renunciar al beneficio que consagra la ley, igual pueden los árbitros apartarse de la regla de derecho, aún cuando el pacto arbitral sea anterior a la adquisición del derecho.

Otros autores no adoptan esta misma terminología y distinguen entre normas imperativas de interés público y otras de interés particular³⁴. En el primer caso el árbitro no puede apartarse de ellas, en tanto que en el segundo caso sí lo puede hacer.

El ejemplo de estas distinciones es la prescripción: no es posible renunciar a ella antes de cumplirse, pero una vez cumplida es posible hacerlo (artículo 2514 del Código Civil), por lo cual el árbitro en equidad podría apartarse de la prescripción.

Desde otro punto de vista, coincidente con el anterior, se puede señalar que en diversos países se consagra como causal de anulación de los laudos arbitrales la violación del orden público, pero la doctrina señala que ello no implica la violación

31 Véase por ejemplo: ALEX WEILL y FRANÇOIS TERRÉ, *Droit Civil Obligations*, París 1980, número 248.

32 Este concepto tiene antecedentes entre nosotros, por ejemplo en el fallo del 2 de diciembre de 1980 sobre agencia comercial en el cual la Corte Suprema de Justicia después de señalar que el derecho del agente a la prestación prevista por el artículo 1324 era irrenunciable en el contrato, señaló que la misma podía renunciarse una vez terminado el contrato.

33 MERINO y CHILLON, *ob cit.* sostienen que el árbitro no puede ir contra el orden público de dirección (pág. 977).

34 ROBERT, *ob cit.* pág. 162.

de cualquier norma imperativa, sino que ello ocurre cuando realmente está envuelto el interés público³⁵, este sería entonces el límite al árbitro en equidad.

Por otra parte, es importante observar que el juez en equidad debe partir de la base de que existe un acuerdo entre las partes en conflicto, el cual en principio no puede modificar, pues en tal caso sustituiría a las partes³⁶. El árbitro debe entonces precisar, en primer lugar, el vínculo que une a las partes, para después determinar, con base en él, los derechos subjetivos de las partes y las consecuencias que de los mismos se derivan.

En la doctrina existe discusión sobre el alcance de las facultades del árbitro frente al contrato. Algunos consideran que si bien el árbitro puede apartarse de disposiciones supletivas de la ley, debe en todo caso respetar el contrato³⁷. Desde otro punto de vista se puede advertir que el reglamento de la Cámara de Comercio Internacional al prever las facultades de los árbitros y después de señalar que los mismos pueden actuar como amigables componedores si las partes les han otorgado la facultad, señala que en todo caso el árbitro tendrá en cuenta las estipulaciones del contrato y los usos del comercio. La misma regla está contenida en la ley modelo de UNCITRAL. Lo anterior ha conducido a la doctrina a señalar que conforme a la ley modelo podría sostenerse que los árbitros deben sujetarse al contrato aun cuando no lo consideren equitativo³⁸.

En los demás casos la doctrina considera que el árbitro en equidad no está sujeto rigurosamente al contrato y puede apartarse del mismo en consideración a la equidad.

En este sentido un Tribunal arbitral facultado para actuar como amigable componedor señaló que el árbitro debía aplicar el contrato, a menos que se muestre que las cláusulas son contrarias a las intenciones de la partes o violan principios

35 MAYER, *ob cit.*, señala que el ataque al orden público puede presentarse de dos maneras: o porque la sentencia atenta directamente contra el buen orden social o porque a pesar de atentar aparentemente contra simples intereses particulares, realmente afecta principios fundamentales del derecho que la sociedad no puede tolerar. El primer evento se produce cuando se violan las leyes de policía (en el sentido utilizado por el derecho internacional) esto es aquéllas cuya observancia es necesaria para la salvaguardia de la organización política, social o económica de un país. Es el caso de una sentencia que niega la nulidad de un contrato que viola una de estas leyes, como son las que regulan la competencia o el régimen cambiario. El segundo, se presenta cuando por ejemplo, la sentencia es contraria a los principios de igualdad, porque permite una discriminación por sexo o religión, viola la prohibición de obligaciones perpetuas, o el principio de que el fraude todo lo corrompe. La sentencia será nula cuando viola un principio fundamental en detrimento de las partes. Como quiera que puede haber dificultad de precisar este límite, MAYER propone acudir al concepto de orden público internacional que precisamente constituye un límite al reconocimiento de la sentencia extranjera.

36 ROBERT, *ob cit.* pág. 160. ERIC LOQUIN, *L'amiable composition en droit comparé et droit international*, citado por MAYER, *ob cit.*

37 Decisión arbitral pronunciada en el negocio n° 3938 de la CCI citada por FOUCHARD, *ob cit.*, n° 1507.

38 FOUCHARD, *ob cit.*, número 1507.

básicos de orden público³⁹. Pero igualmente señaló que el árbitro podía separarse de los derechos de las partes, cuando la insistencia en ellos constituye un abuso.

Conviene recordar que RENÉ DAVID manifestó:

“La amigable composición no es un llamado a la pura equidad, pues un amigable componedor debe decidir de acuerdo con la ley, haciendo moderado y circunspecto uso de los poderes de equidad y dando las razones para ello”⁴⁰.

Igualmente la Corte de París ha dicho que en los casos de amigable composición el árbitro puede ajustar la ley en lo que se requiera de acuerdo con las circunstancias fácticas pero no puede modificar la economía de la convención creando obligaciones que no corresponden a la intención de las partes⁴¹.

6.4.2. La equidad

Ahora bien, determinados los límites del arbitraje en equidad queda por definir qué significa que el árbitro deba decidir en equidad. ¿Significa ello que el árbitro debe decidir como a bien tenga? o por el contrario, existen algunos criterios que debe tener en cuenta el árbitro para tal efecto.

En general, la doctrina no precisa de manera absoluta qué significa decidir conforme a la equidad y, por el contrario, algunos se orientan en un sentido negativo para señalar simplemente que el árbitro en equidad no debe sujetarse a las reglas de derecho. Sin embargo, y a pesar de que este punto no es en principio objeto de control judicial por parte del juez competente para conocer del recurso de anulación, parece posible hacer un esfuerzo de precisión.

En el laudo arbitral de *Universal Food Products Company Ltda. vs. Cía. Nacional de Levaduras Levapan Ltda.* del 29 de enero de 1964 (árbitros GONZALO VARGAS RUBIANO, CARLOS HOLGUÍN y JULIO ORTIZ MÁRQUEZ) se señaló, siguiendo a RECASENS SICHES, que la equidad podía entenderse en tres sentidos⁴²:

39 HONG LIN YU, “*Amiable composition a learning curve*”, *Journal of International Arbitration*, 2000 pág. 85.

40 HONG LIN YU, “*Amiable composition a learning curve*”, *Journal of International Arbitration*, 2000 pág. 88.

41 Sentencia del 19 de abril de 1991, citada por FOUCHARD, *ob cit.*, número 1507.

42 CALAMANDREI señala que la equidad se puede entender en dos sentidos: cuando la aplicación de una norma normalmente útil a un caso concreto sacrificaría el interés merecedor de tutela en la medida en que la ley no siempre puede tener en cuenta todos los casos. En tal caso se trata de aplicar la norma con equidad teniendo en cuenta las circunstancias del caso, pues aplicarla no correspondería a la realidad. Igualmente señala que la equidad puede entenderse en otro sentido: cuando la norma jurídica en sí misma y sin tomar en cuenta la aplicación en un caso concreto se considera que es contraria al sentimiento de equidad del pueblo en un momento determinado.

La primera acepción equivale a justicia, a lo fundamentalmente justo, o sea, la manifestación del principio de igualdad o proporcionalidad.

La segunda acepción indica una norma individualizada que resulta justa en el caso particular y concreto para el cual se dictó.

En tercer lugar, se habla de equidad para designar el criterio en que deben inspirarse las facultades discrecionales del juez o del funcionario administrativo⁴³.

Adicionalmente conviene observar que nuestra legislación hace referencia a la equidad como aquel concepto de justicia al cual se debe acudir tanto para interpretar la ley⁴⁴ como para interpretar los contratos y determinar su alcance⁴⁵.

Para efectos del análisis del alcance de la facultad del árbitro de decidir en equidad, son particularmente importantes las dos primeras acepciones a las que hizo referencia el laudo ya citado.

De este modo debe observarse que la equidad implica justicia. Es por ello que ARISTÓTELES en la *Ética nicomaquea* señala que la equidad no es igual a lo justo legal pero no es de un género diferente del de la justicia. La equidad es de la misma índole que lo justo legal pero es superior porque es lo justo natural en relación con el caso concreto.

Partiendo de esta base cabe entonces preguntarse cómo se determina la justicia. Lo primero que debe observarse es que las reglas consagradas en el ordenamiento por regla general buscan procurar soluciones justas. Es por ello que un adagio tradicional señala: "*Ius civile est aequitas constituta iis qui eiusdem civitatis sunt ad res suas obtinendas*⁴⁶", esto es, el derecho civil es la equidad establecida por aquellos que pertenecen a la misma ciudad para obtener lo que les corresponde.

Esta idea corresponde a la historia del desarrollo de las instituciones jurídicas. En efecto, antes de la expedición del Código Civil francés de 1804 se señalaba que

43 Así por ejemplo, los artículos 626, 1624, y 2054 del Código Civil y los artículos 867, 1324, 1545 y 1550 del Código de Comercio.

44 Artículo 32 del Código Civil: cuando "...no pudieren aplicarse las reglas de interpretación anteriores, se interpretarán los pasajes oscuros o contradictorios del modo que más conforme parezca al espíritu general de la legislación y a la equidad natural".

45 El Código de Comercio dispone en el artículo 871 que "Los contratos deberán celebrarse y ejecutarse de buena fe y, en consecuencia, obligarán no sólo a lo pactado expresamente en ellos sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley la costumbre o la equidad natural".

46 Citada por ANDRÉ JEAN ARNAUD, *Entre modernidad y globalización. Siete lecciones de historia de la filosofía del derecho y del Estado*, pág. 121, Externado de Colombia, 2000.

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. A la equidad se llegaba a través de la razón que permitía fallar de conformidad con el derecho natural. Dicho derecho natural se consideraba reflejado en los principios consagrados por el derecho romano. Para PORTALIS, uno de los redactores del Código Civil francés, toda ley derivaba del derecho natural⁴⁷. Los autores del siglo XVIII decían que se debía juzgar según las reglas de la equidad antes que según las reglas del derecho⁴⁸. De esta manera, de acuerdo con esta tradición, el ordenamiento jurídico está conformado por reglas que en principio son justas, en la medida en que corresponden a la razón natural o al derecho natural. Es por ello que el Código Civil señala en su artículo 32 que cuando

“...no pudieren aplicarse las reglas de interpretación anteriores, se interpretarán los pasajes oscuros o contradictorios del modo que más conforme parezca al espíritu general de la legislación y a la equidad natural”.

Por la misma razón, en relación con los contratos el Código de Comercio dispone en el artículo 871 que:

“Los contratos deberán celebrarse y ejecutarse de buena fe y, en consecuencia, obligarán no sólo a lo pactado expresamente en ellos sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre o la equidad natural”.

A lo anterior vale la pena agregar que cuando se acude a diversas doctrinas filosóficas contemporáneas sobre la justicia, se encuentra que un presupuesto fundamental para que ella exista es el cumplimiento de una serie de reglas que satisfacen determinadas condiciones.

Así por ejemplo, RAWLS (*Teoría de la justicia*) señala que una sociedad está bien ordenada cuando no sólo está diseñada para lograr el bien de sus miembros, sino cuando está regulada por una concepción pública de justicia. Esto es una sociedad en la cual cada uno conoce y acepta que los otros aceptan los mismos principios de justicia y las instituciones básicas sociales generalmente satisfacen y son conocidas por satisfacer esos principios. La justicia está determinada por las reglas que personas libres y racionales y preocupadas adoptarían en una situación inicial en la que ignoran la situación en que se encontrarían. De esta manera, la justicia supone la aplicación de la razón para llegar a reglas que sean equitativas para todos. A tal efecto precisa dos principios de justicia:

47 La misma idea existía en derecho inglés. CK ALLEN, *Law in the Making*, pág. 383 y sigs.

48 Es interesante señalar que cuando se produjo un conflicto en Inglaterra entre la jurisdicción de la *Common Law* y la de *equity*, el rey (1616) siguiendo la opinión de *sir FRANCIS BACON*, señaló que cuando la *common law* y la equidad entran en conflicto ésta debe prevalecer.

- a) cada persona debe tener igual derecho a la más amplia libertad compatible con la libertad similar de los otros.
- b) las desigualdades sociales y económicas deben organizarse para que sean esperadas razonablemente y estén vinculadas a posiciones u oficios abiertos a todos.

Para RAWLS es fundamental, como parte de la justicia, el respeto de las legítimas expectativas.

Desde otra óptica, otros filósofos como HYAEK⁴⁹ que consideran que el orden social surge de manera espontánea y no racional, expresan que la justicia es tratar a todos con las mismas reglas. El juez debe velar porque se respeten las legítimas expectativas y por ello debe tomar en cuenta si el comportamiento que se asumió es el que la otra parte podía razonablemente esperar, porque correspondía a las prácticas con las cuales se regula la conducta cotidiana del grupo.

De esta manera, dentro del concepto de justicia se encuentra el hecho que se busca respetar las legítimas expectativas. Si el árbitro que falla en equidad debe buscar una solución justa, debe procurar que las mismas correspondan a las legítimas expectativas.

Adicionalmente, para la aplicación de la equidad parece fundamental el recurso a los principios generales de derecho⁵⁰ y en particular la buena fe, pues ella corresponde a la lealtad de comportamiento que en gran medida inspira la justicia, y permite determinar cuáles son las legítimas expectativas.

De esta manera, la equidad no implica necesariamente apartarse de las reglas que rigen en general la comunidad, pues las mismas en principio constituyen un desarrollo de la justicia y lo que ellas consagran determina las legítimas expectativas que deben ser atendidas para lograr una solución justa.

Sin embargo, es aquí donde debe tomarse en cuenta la segunda acepción de equidad y particularmente la doctrina aristotélica sobre la equidad⁵¹.

Como ya se señaló, para ARISTÓTELES⁵² la equidad no es igual a lo justo legal, pero no es de un género diferente del de la justicia. La equidad es de la misma índole que lo justo legal pero es superior porque es lo justo natural en relación con

49 Citado por ARNAUD, pág. 133 y sigs.

50 A ellos hace referencia DEL VECCHIO. *Filosofía del derecho*, pág. 542.

51 RECASENS, *Nueva filosofía de la interpretación del derecho*, pág. 261.

52 *Ética a Nicómaco*, pág. 109.

el caso concreto. A tal efecto advierte ARISTÓTELES que el derecho comprende reglas universales, pero ellas no son válidas en todos los casos, pues la ley toma como base el caso usual, esto es, aquel que se presenta normalmente. Por ello la fórmula general de la ley puede ser incorrecta en casos diferentes del que se tomó en cuenta. Ello no es un error del legislador, sino que resulta de la naturaleza de las cosas. En los casos que no están cubiertos por la norma, lo justo es mirar lo que el legislador habría dicho si se enfrentara al caso concreto, si lo hubiera previsto. Por ello lo equitativo es lo justo. La equidad es la corrección de la ley cuando ella es defectuosa por su universalidad. Al dictar una norma el legislador quiere producir un efecto y por ello anticipa el efecto que va a producir, que considera justo. Pero si al aplicar la norma se producen efectos distintos a los que el legislador quiso, no procede aplicar la norma. Si por el contrario si los produce, debe aplicarse.

Esta doctrina es retomada por RECASENS SICHES⁵³ quien señala que el juez debe mirar el resultado y ver si el mismo es injusto, disparatado o indebido, tomando no sólo su apreciación personal, sino las pautas que inspiran el ordenamiento positivo y que corresponden a las convicciones sociales. Si ello se produce, la norma no es aplicable al caso concreto y por ello, debe buscarse otra norma, o si no existe, le corresponde al juez determinar cuál es la solución adecuada. Para tal efecto es pertinente tomar en cuenta los juicios valorativos del legislador.

A esta idea corresponde la sentencia C-1547 de 2000, en cual la H. Corte Constitucional, retomó jurisprudencia anterior, y explicó

“2. Nuestra jurisdicción constitucional no ha sido ajena a la necesidad de integrar ciertas pautas de equidad en sus decisiones. Esta Corporación ha afirmado que, cuando por las particularidades de un caso, la aplicación de las normas jurídicas relevantes resulta contraria a la voluntad del legislador, la equidad constituye un principio que el juez está obligado a tener en cuenta, en la medida en que ella también gobierna la actividad judicial”.

En la sentencia T-518 de 1998 (MP EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ), la Sala Tercera de Revisión de la Corte estableció:

“ (...)

“12. *Pues bien, en 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”.

53 *Nueva filosofía de la interpretación del derecho.*

(...)

“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 práctica, para configurar los litigios concretos.* Así, ellas no pueden establecer o comprender las diferenciaciones que deben introducirse en el momento de solucionar los 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”⁵⁴.

A lo anterior vale la pena agregar que la Ley 446 dispone que en el arbitraje en equidad “los árbitros deciden según el sentido común y la equidad”. El sentido común, según el *Diccionario de la Real Academia*, es:

“la facultad que la generalidad de las personas tiene, de juzgar razonablemente las cosas”.

Y de sentido común es “Conforme al buen juicio natural de las personas”. Lo anterior implica, por consiguiente, que el árbitro en equidad debe decidir de acuerdo con el buen juicio natural de las personas y no su opinión personal.

Así las cosas, el proferir un fallo en equidad no implica que el árbitro deba tomar una decisión apartándose totalmente del ordenamiento jurídico, sino partiendo de la existencia del mismo y de los principios y valoraciones que lo fundamentan y que precisamente reflejan la voluntad del legislador de llegar a una solución justa, pero buscando la solución más adecuada en el caso concreto, tomando en cuenta las peculiaridades del mismo.

Como quiera que la ley determina cuáles son los intereses merecedores de protección y en caso de conflicto establece cuáles deben prevalecer, de igual manera debe proceder el juez y el árbitro.

54 Dice la sentencia también:

“Lo anterior no implica que el juez desatienda la norma legal, se aparte de la voluntad del legislador, sino que la module al caso concreto, evitando inequidades manifiestas o despropósitos, resultados que en todo caso también habría impedido el legislador si los hubiera podido prever. Es decir, de lo que se trata es de poner en vigencia el principio de colaboración entre la distintas ramas del poder público, lo cual implica que el juez colabore en el desarrollo de la norma dictada por el legislador, al adaptarla al caso concreto” (resaltado fuera del texto original).

Esta idea corresponde al adagio tradicional:

“Homo debet sequi aequitatem legis, non proprii capitis” (El hombre debe seguir la equidad de la ley, no la de su propia mente)⁵⁵.

A este respecto, no sobra recordar los inconvenientes que se derivan de considerar que el fallo en equidad implica decidir de conformidad con los criterios personales del juez. En efecto, en derecho inglés⁵⁶ la equidad surgió inicialmente del derecho del rey a decidir controversias cuando la *common law* era insuficiente. Con el tiempo dichas decisiones eran tomadas por el canciller. En el siglo XVII la jurisdicción de *equity* fue criticada por su incertidumbre, pues variaba según cada caso y el canciller de turno, por ello se estableció por *lord NOTTINGHAM* que la equidad debía ser administrada de conformidad con los principios conocidos y no simplemente por discreción arbitraria.

De esta manera, el fallo en equidad implica buscar la justicia en el caso concreto, pero en principio ello no significa alejarse de manera directa del ordenamiento jurídico, pues el mismo expresa una concepción de justicia. A lo anterior se agrega que un elemento básico de la justicia para muchas corrientes es el respecto de las expectativas legítimas, lo cual impone tener en cuenta la protección que normalmente debe operar en virtud del ordenamiento, salvo que la situación presente características que justifiquen un tratamiento diferente.

7. EL RECURSO DE ANULACIÓN

Se ha discutido si es o no posible intentar un recurso de anulación contra los laudos proferidos en equidad.

En primer lugar, podría discutirse si procede el recurso de anulación en la medida en que el propio Código de Procedimiento Civil excluye el recurso de apelación para los fallos en equidad. Sin embargo, es evidente que lo uno no implica lo otro, dada la diferencia entre estos dos recursos y el alcance de la competencia del juez que debe decidirlos. En efecto, en tanto que el juez de apelación puede conocer del fondo del asunto materia del proceso, el juez que decide un recurso de anulación debe circunscribirse al ámbito que le ha fijado la ley y que no incluye por regla general el fondo. Por ello es lógico que un fallo en equidad no sea apelable, pero igual situación no se presenta con las causales de anulación.

55 Citado por ARNAUD.

56 PADFIELD, COLIN F., *Law made simple*, Ed Heineman, Londres, 6ª ed., 1983, pág. 13 y sigs.

En efecto, si se analizan las causales de anulación se encuentra que en principio la mayor parte de ellas son procedentes frente a un fallo en equidad.

En efecto, el artículo 163 del decreto 1818 dispone:

“Son causales de anulación del laudo las siguientes:

1. La nulidad absoluta del pacto arbitral proveniente de objeto o causa ilícita. Los demás motivos de nulidad absoluta o relativa sólo podrán invocarse cuando hayan sido alegados en el proceso arbitral y no se hayan saneado o convalidado en el transcurso del mismo.
2. No haberse constituido el Tribunal de Arbitramento en forma legal, siempre que esta causal haya sido alegada de modo expreso en la primera audiencia de trámite.
3. No haberse hecho las notificaciones en la forma prevista en este decreto, salvo que la actuación procesal se deduzca que el interesado conoció o debió conocer la providencia.
4. Cuando sin fundamento legal se dejaren de decretar pruebas oportunamente solicitadas o se hayan dejado de practicar las diligencias necesarias para evacuarlas, siempre que tales omisiones tengan incidencia en la decisión y el interesado las hubiere reclamado en la forma y tiempo debidos.
5. Haberse proferido el laudo después del vencimiento del término fijado para el proceso arbitral o su prórroga.
6. Haberse fallado en conciencia debiendo ser en derecho, siempre que esta circunstancia aparezca manifiesta en el laudo.
7. Contener la parte resolutive del laudo errores aritméticos o disposiciones contradictorias, siempre que se hayan alegado oportunamente ante el tribunal de arbitramento.
8. Haberse recaído el laudo sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros o haberse concedido más de lo pedido y
9. No haberse decidido sobre cuestiones sujetas al arbitramento” (bastardilla fuera de texto).

Realmente la única causal que no sería aplicable al fallo en equidad es la contemplada en el numeral 6°. Las demás, dado su carácter formal, son claramente aplicables al fallo en equidad.

Conviene además observar, que la ley no prevé como causal de nulidad el haberse fallado en derecho debiendo ser en conciencia, lo cual concuerda con la opinión de muchos autores que consideran que cuando se prevé el fallo en conciencia se trata de otorgar una facultad del juez. Sin embargo, se ha discutido si un árbitro en equidad puede decidir apartarse de tal facultad y fallar en derecho y se sostiene que con ello violaría su encargo, particularmente cuando la norma no es conforme a la equidad. A este respecto se debe observar que en principio no habría allí una causal de anulación y en todo caso es el árbitro el que debe decidir si aplicar la norma de derecho es conforme a la equidad⁵⁷.

Sin embargo si existe un aspecto donde el recurso de anulación plantea dificultades y es el relativo a la facultad que la ley otorga al juez que conoce de la anulación de corregir o adicionar el laudo cuando encuentra que prospera una de las causales 7, 8 ó 9. Cabe preguntarse: ¿esta facultad opera para el fallo en equidad? A mi juicio la respuesta es negativa por varias razones: en primer lugar el juez estatal sólo puede fallar en equidad cuando las partes le han atribuido dicha facultad. De esta manera, el juez de anulación no podría fallar en equidad pues nadie le ha otorgado dicha facultad. Así las cosas el juez de anulación decidiría en derecho, violentado la voluntad de las partes que deseaban un fallo en equidad. Adicionalmente, conviene observar que los fallos en equidad no son apelables. Lo anterior se funda en el hecho que la facultad de fallar en equidad es *intuito personae*, se otorga en consideración al árbitro. Por consiguiente otro juez no puede conocer del fondo del asunto sometido al juez en equidad. Este principio se desconocería si el juez de anulación entrara a corregir o complementar el laudo. En esta medida la única alternativa es considerar que el juez de anulación debe limitarse a decidir el recurso pero sin poder modificar el laudo.

57 En un fallo del 15 de marzo de 1984 la Corte de Apelaciones de París se negó a anular un laudo arbitral proferido por árbitros facultados para decidir como amigables componedores, esto es en equidad, aun cuando decidieron conforme a derecho, pues en opinión de la Corte ellos decidieron conforme a la ley y a su sentido de equidad.