

# El arbitraje en equidad

*Rodrigo Becerra Toro* \*

\* Abogado de la Universidad del Cauca, profesor de cátedra de la Pontificia Universidad Javeriana Cali, miembro de la Academia Colombiana de Jurisprudencia y autor de varios tratados de derecho, como *Curso didáctico sobre bienes y derechos reales*, *Teoría general del acto jurídico* y *Fundamentos de filosofía del derecho*.

## **Resumen**

En el arbitraje en equidad, el árbitro tiene un papel sentenciador, su conducta procesal es primordialmente investigativa de las causas y orígenes de la relación conflictiva entre las partes. Ante esto, el árbitro obra con discrecionalidad, que es lo que le permite en últimas formarse un juicio de valor fundado en la apreciación racional y ponderada de los hechos. La decisión en equidad exige que el árbitro asuma un papel diferente al de juzgador, caracterizado por la búsqueda de una solución que con recto criterio componga y avenga el estado o la relación jurídica que se presenta entre las partes. Este artículo pretende ahondar en el concepto del arbitraje en equidad y perfilar sus características más relevantes para finalmente exponer su viabilidad y potencialidad ante los conflictos jurídicos o económicos que abundan en nuestra realidad nacional e internacional.

## **Palabras claves**

Arbitraje, arbitraje en equidad, métodos alternativos de solución de conflictos, justicia.

## **Abstract**

Arbitration in equity places the arbiter in the role of judge. The arbiter's procedural conduct is mainly investigative regarding the causes and origins of the conflictive relationship between the parties. The arbiter's decision is discretionary, and thus permits a value judgment founded upon a rational and pondered appreciation of the facts. A decision in equity demands that the arbiter assume a role different to that of judge, characterized by the search for a solution that with upright criteria repairs and agrees with the state or the legal relationship existing between the parties. This article proposes to examine in greater depth the concept of arbitration in equity and to present its most relevant characteristics in order to suggest its viability and potential in light of the legal and economic conflicts that abound in our national and international reality.

## **Keywords**

Arbitration, arbitration in equity, alternative dispute resolution techniques, justice.



## 1. Aproximación a la idea

Desde los albores de la humanidad, el arbitraje ha permitido que los conflictos sean resueltos en derecho (*stricti iuris*) o en equidad. De acuerdo con Cerón y Pizarro (2007), esta última forma no sólo permite indagar acerca del acatamiento o transgresión de la ley, sino también ir más allá de su preceptiva, revelando el espíritu y la intención de las partes tanto al momento de la conflagración como a lo largo del tiempo, la posición que han adoptado en el cumplimiento integral de sus respectivos deberes y responsabilidades y su mayor o menor disposición a que la realización de la justicia inspire la relación jurídica que las vincula. Desde luego, las partes se someten voluntariamente a él. Esta peculiaridad pone de presente que, si bien en el arbitraje en equidad tiene el árbitro un papel sentenciador, *su conducta procesal es eminentemente investigativa de las causas y orígenes de la relación conflictiva entre las partes*, ante lo cual obra con discrecionalidad, que es lo que le permite en últimas formarse un juicio de valor fundado en la apreciación racional y ponderada que haga de los hechos (Becerra, 2007: 135). Eso ha llevado a que el árbitro pueda encarnar un doble papel y cumpla dos propósitos diferentes: *juzgar* o *establecer* los términos equitativos de cierta relación jurídica entre las partes en conflicto. En el primer caso obra como juez (*iudex*) e imparte justicia, y en el segundo decide en equidad (*vir bonus*), más allá de la letra de los preceptos del derecho positivo. La decisión en derecho implica que las partes deponen la contienda para que el árbitro la defina según el derecho, y la que se hace en equidad requiere que el árbitro asuma un papel diferente al de juzgador, caracterizado por la búsqueda de una solución que componga y avenga con recto criterio el *estado* o la *relación* jurídica que se presenta entre las partes. El arbitraje en equidad conlleva decidir sin sujeción irrestricta a la norma, y con apego a la realización de los fines de la convivencia y la justicia. Con todo, hay legislaciones actuales que no consagran expresamente el arbitraje en equidad (aunque no lo prohíben) y otras en que, por principio, el arbitramento debe ser en equidad (Chillón y Merino, 1991: 580 y ss.).

Es tan evidente el carácter de componedor con que interviene el árbitro en el arbitraje en equidad que reiteradamente se ha considerado que su papel es ese, o que una y otra idea son nociones equiparables, lo que

supone que, al final de cuentas, se trate de un hombre probo, de buena fe y ecuánime (modernamente conocido como un hombre de buena conciencia). Así, el árbitro mejora la aplicación fría y rígida de la ley, no se satisface con la verdad y justicia formales del proceso y llega a conclusiones o definiciones quizás prácticas, realistas y vivenciales, más acordes con la esencia misma del conflicto y las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se genera. Basta ver, al efecto, que la Ley Modelo de UNCITRAL emplea indistintamente los términos árbitro en equidad (*ex aequo et bono*) y amigable componedor, dado que no hay uniformidad de nombre entre los distintos países que la integran. Pese a lo anterior, se ha dicho por algunos que la decisión en equidad es tomada por el árbitro al abrigo de las disposiciones sustanciales, pero con la facultad de separarse de ellas cuando la conclusión a que llegue exija una definición diferente, al paso que el amigable componedor define la controversia bajo el ideal de la justicia, y con apego al procedimiento legal y a las normas sustantivas. En nuestro medio, el artículo 223 del Decreto 1818 de 1998 pone fin a cualquiera discusión al respecto, porque sienta que el amigable componedor obra como delegado de las partes en conflicto y resuelve con fuerza vinculante, esto es, con valor y mérito de contrato, las controversias que ellas tienen. De esa forma, la ley le da a su pronunciamiento el alcance de transacción, dotada del carácter de cosa juzgada formal y material (ibídem, artículo 224), mientras que el árbitro interviene en ejercicio de función jurisdiccional, ocasional y transitoria, y profiere una sentencia (laudo) con mérito de cosa juzgada.

## **2. La equidad ante la filosofía del derecho**

En primer término, debemos decir que el derecho no es perfecto ni completo, de manera que, para suplir esa imperfección o parcialidad, es necesario subsanar la deficiencia con la idea de la *equidad*. Puede decirse entonces que la equidad es un criterio para realizar la justicia como *valor* en ciertos casos concretos o particulares, justamente ahí donde la ley es *defectuosa* o donde presenta un *vacío*. De alguna manera, la equidad está llamada a completar la justicia, porque, en estricto sentido, el derecho no siempre prevé los casos con real sentido de justicia, y en muchas ocasiones no es capaz de regular todas las situaciones que se presentan en la sociedad.

No ha faltado quien piense que la equidad y la justicia son una misma cosa, entre ellos Aristóteles, para quien lo equitativo y lo justo eran iguales. Sin embargo, aunque reconocía que la diferencia entre la justicia y la equidad era que lo equitativo resultaba aún mejor que lo justo, lo cierto es que la equidad está llamada a hacer posible la realización de la justicia al resolver conflictos jurídicos que suelen presentarse con inusitada frecuencia.

Para facilitar la comprensión de la idea de equidad, quizá sea necesario hacer primero una precisión. Es la ley la que tiene la misión o el encargo de resolver los conflictos jurídicos a través de la aplicación que el juez haga de ella en cada situación particular normativamente prevista. La ley, a su vez, está compuesta por enunciados generales del comportamiento del hombre en la sociedad política, que se caracterizan por ser de común ocurrencia. Sin embargo, es imposible que la ley —como cuerpo normativo, según dijimos— sea capaz de prever todas las conductas que el sujeto de derecho puede realizar, por razón de la complejidad de las relaciones jurídicas, y tampoco es posible que la ley alcance a prever cada una de las circunstancias particulares que acompañan a dichos comportamientos. De manera que, si se pretendiese resolver tales conflictos —que, como se ha dicho, corresponden a situaciones hipotéticas no previstas en la norma o a situaciones tales que, aun habiendo estado previstas, las circunstancias en que se han desarrollado difieren de las pautas generales consignadas en la ley—, la aplicación del precepto normativo jurídico a aquellas situaciones implicaría un acto de injusticia, y se obtendrían resultados contrarios a los asignados por el legislador. Luego, en tales circunstancias, la aplicación de la norma jurídica no sirve para resolver el conflicto y conseguir la realización de la justicia. Es ahí cuando interviene la *equidad*, a fin de resolver el conflicto a través de una solución distinta a la prevista en la norma, o para atemperar la norma a la situación excepcional que se presenta.

Puede decirse entonces que la equidad es un *criterio auxiliar* para la realización final de la justicia. Lo grave estriba en que lo equitativo, siendo justo, no es igual que lo justo de la ley, esto es, lo justo según la ley, sino que es una afortunada rectificación de la justicia estrictamente legal (Aristóteles, *Moral a Nicómaco*).

Todo parece indicar que la legislación dura e inflexible debe ser suavizada con la intervención de la equidad; *cuando el derecho es demasiado estricto y severo, se convierte en una grande y evidente injusticia*. Con acierto decía Immanuel Kant que el lema de la equidad es este: El derecho muy estricto es una injusticia muy grande (*summum jus, summa injuria*). Razón tiene el jurista Luis Alfonso Dorantes Tamayo al afirmar que el derecho estatal no debe, pues, ser inflexible, puesto que no es perfecto, y que, para suplir esa imperfección del legislador, se hace necesaria la equidad del juzgador (Dorantes, 1955: 187). Tan evidente es lo anterior que el propio Aristóteles consideró equitativo al hombre que teniendo el derecho no hacía el uso absoluto y extremado del mismo. Así decía: “[...] es el que no sostiene su derecho con extremado rigor, sino que, por lo contrario cede de él aun cuando tenga en su favor el apoyo de la ley” (Aristóteles, 1972: 137, 138).

## **2.1. La teoría de Aristóteles sobre la equidad**

La concepción actual de la equidad se identifica con la idea expuesta por Aristóteles (*Ética a Nicómaco*, libro V, cap. X). Este pensador parte de sostener que la justicia y la equidad son una misma cosa, pero que la equidad es aún mejor. Lo equitativo no es lo justo en el orden legal, sino una rectificación de la justicia legal; es atemperar la justicia de la ley. La diferencia entre la justicia legal y la equidad se presenta en cuanto la ley siempre se refiere o contiene postulados de tipo general, y en vista de que hay situaciones o comportamientos que no pueden juzgarse a la luz de las disposiciones legales generales. La ley entonces se dedica a resolver las situaciones ordinarias o puramente generales, sin que incida en nada que tenga vacíos o resulte incompleta. El hecho de que la ley contenga vacíos o resulte incompleta, según lo enseña Aristóteles, no significa que la ley sea mala o que el legislador no haya sido precavido, sino que ello se presenta por la naturaleza misma del comportamiento humano (imposible de condensar de forma absoluta en una norma). Por eso, cuando la ley es general, y los casos concretos que se presentan tienen características excepcionales o especiales, la omisión del legislador o su previsión incompleta llevan a que su silencio deba ser corregido, o a que se atempere la norma a los hechos debatidos. Debe entonces el juez obrar como si fuese el legislador, y hacer la ley como si

fuese éste, pues el propósito de la equidad es restablecer la ley en esos puntos.

A este propósito, vale transcribir el pensamiento aristotélico al respecto:

Por consiguiente, cuando la ley dispone de una manera general, y en los casos particulares hay algo excepcional, entonces, viendo que el legislador calla o que se ha engañado por haber hablado en términos generales, es imprescindible corregirlo y suplir su silencio, y hablar en su lugar, como él mismo lo haría si estuviese presente; es decir, haciendo la ley como él la habría hecho, si hubiera podido conocer los casos particulares de que se trata. Lo propio de lo equitativo consiste precisamente en restablecer la ley en los puntos en que se ha engañado, a causa de la fórmula general de que se ha servido. Tratándose de cosas indeterminadas, la ley debe permanecer indeterminada como ellas, igual a la regla de plomo de que se sirven en la arquitectura de Lesbos; la cual se amolda y acomoda a la forma de la piedra que mide. (Aristóteles, 1972: 150)

### 2.2. Precisiones sobre el pensamiento de Aristóteles sobre la equidad

Conforme al pensamiento precedente expuesto por Aristóteles sobre la equidad, es posible sacar las siguientes conclusiones:

a) El legislador dicta la norma basándose en las conductas o situaciones que son jurídicamente habituales o comunes, esto es, soportado en el comportamiento más generalizado.

b) El legislador prevé los efectos jurídicos de la norma en relación con las conductas o situaciones generales que han sido dispuestas hipotéticamente en ella.

c) El legislador dicta esa norma, específica y concreta, y no otra, porque el efecto que les asigna a la conducta o situación correspondientes es el que estima justo.

d) No es posible aplicar la norma que regula determinada situación o conducta cuando se producen casos nuevos no contemplados en ella,

porque los efectos que se generarían de dicha aplicación tendrían que ser necesariamente distintos, y aun contrarios a los efectos previstos en la norma, lo que supone la necesidad de “crear” una nueva norma. Así, el criterio o valor de la equidad se advierte cuando, de aplicarse la norma a una conducta o situación nueva, no consagrada en ella, produciría efectos contrarios a los previstos por el precepto normativo.

### **2.3. Aplicación del criterio de equidad**

Conforme a lo dicho, el criterio de la equidad está llamado a ser aplicado en dos casos o situaciones diferentes, frente a la conducta prevista en la norma, a saber:

a) Cuando la situación está consagrada en la norma, pero de aplicarse literalmente se llegaría a una situación injusta, por las particularidades de la conducta o comportamiento que no fueron o no pudieron ser establecidos en la disposición normativa, dado el carácter general de la ley, que se formula sobre situaciones o conductas ordinarias. En tal caso, lo que se impone es la interpretación de la ley, con el fin de adaptarla al caso particular que se sale de su generalidad, a efecto de que pueda cumplir el fin previsto por el legislador (la realización de la justicia). Lejos de quebrantarse la ley, se consigue así su aplicación y el cumplimiento del fin que el legislador tuvo como intención al adoptarla.

b) Cuando la norma presenta un vacío o laguna (porque la conducta o la situación son nuevas). Como no hay disposición expresa aplicable al caso particular, habrá de llenarse el vacío mediante el criterio de la equidad, con el fin de encontrar una solución justa.

### **3. Supuestos de la decisión en equidad**

La decisión del árbitro en equidad supone la reunión de las condiciones siguientes:

a) Debe ser expresa. Las partes sustantivas en controversia deben prever expresamente en la cláusula compromisoria o en el contrato de compromiso que el arbitraje es en equidad para que el árbitro pueda fallar de ese modo (de la misma forma que debe indicarse que se trata



de arbitraje técnico), pues, de lo contrario, se entiende que el laudo se profiere en derecho. En nuestro medio, tanto el arbitraje doméstico como el internacional se deciden en derecho, salvo pacto de equidad o técnico. El acogimiento nuestro a la modalidad del arbitraje en equidad está dado por el artículo 115 del Decreto 1818 de 1998, que recopiló al artículo 111 de la Ley 446 de 1998, y ésta, a su vez, al artículo 1 del Decreto 2279 de 1989, con excepción de las situaciones a que se refieren los artículos 171 y 228 del Decreto 1818 de 1998. (Hoy se reconoce el arbitraje en equidad como una especie generalizada de arbitramento en el derecho anglosajón y, en particular, en el internacional, y en este último se recurre a él cuando no existen tratados o convenios vigentes, o no existen prácticas de costumbre con reconocimiento). Son, pues, las partes sustantivas en conflicto las que determinan cuándo y bajo qué tipo de limitaciones de diverso orden pueden los árbitros decidir en equidad, y no está permitido al árbitro modificar o alterar su contenido ni precisar efectos diferentes a los fijados en el pacto. Somos de la opinión de que el árbitro en equidad, si bien tiene facultades para apartarse de disposiciones legales que no tengan carácter de orden público, no puede alterar el contenido ni los efectos del convenio arbitral, a menos que las partes le confieran atribuciones para variar su alcance y consecuencias, o que dicho pacto, como se indica, vulnere el orden público.

b) El laudo debe proferirse al amparo del principio de la legalidad. El árbitro está llamado a reconocer el derecho a través de la justicia y de la equidad, y de esa manera debe solucionar el conflicto de forma real y objetiva. Por ello, la Corte Constitucional, en las sentencias T-605 de 1992 y T-46 de 2002, ha sostenido que el laudo debe producirse al amparo del principio de la legalidad, como corresponde a toda decisión jurídica, para poder brindar una solución efectiva a la controversia, para cuya definición puede suceder que la propia ley sea insuficiente para regular la situación discutida, de modo que el fallador en equidad atempera la norma al tiempo presente y a la variable situación de la realidad social, a fin de desentrañar su verdadero sentido y alcance. Ello no ha de servir para concluir que el fallador en equidad puede desatender las particularidades específicas de cada caso, las del contexto fáctico que define, porque su misión jurisdiccional consiste en buscar soluciones equilibradas y juiciosas, de modo que las motivaciones del

fallo son básicas para la razonabilidad de la decisión. Así, las razones de equidad para decidir parten de los hechos, y tales razones son las que justifican una definición acorde con el conflicto, sin que deba aplicarse el rigor estricto de la norma jurídica (Corte Constitucional, sentencia T-46 de 2002).

c) El laudo en equidad no supone la capacidad hermenéutica de los árbitros sobre disposiciones jurídicas. Concordante con lo que acabamos de expresar, a diferencia del laudo en derecho, el que se profiera en equidad no supone en el árbitro conocimientos ni capacidad interpretativa de disposiciones jurídicas, pues el árbitro en equidad no sentencia con fundamento en las normas del ordenamiento positivo, sino que funda su fallo en el análisis de las circunstancias de modo, tiempo y lugar de los hechos que son materia del conflicto y debate procesal y también funda su fallo en las conclusiones objetivas, justas y equilibradas que extrae de ellos y, obviamente, de su demostración procesal. Por tal razón, la decisión en equidad no se equipara a la que se toma en conciencia —en la que basta llegar a la conclusión con fundamento en las convicciones subjetivas, morales e íntimas del fallador (lo que está proscrito en nuestro ordenamiento jurídico)—, sino que se produce atendiendo a las peculiaridades de la situación de hecho y a los criterios indeterminados pero objetivos de la equidad, como bien se ha afirmado (Gamboa, 2003: 105).

d) El fallo debe dictarse con base en las pruebas oportuna y válidamente allegadas al proceso. La forma como los árbitros en equidad deben proferir su decisión ha sido motivo de interminables debates de tesis encontradas. Mientras que algunos opinan que los árbitros deben obrar sin sujeción a ningún esquema jurídico, y atendiendo sólo a su recta razón, su buena fe guardada, otros sostienen que, según el ordenamiento jurídico colombiano, el árbitro está en la obligación de fundar su decisión en pruebas oportuna y válidamente allegadas al proceso, con aplicación del artículo 174 del Código de Procedimiento Civil, lo que se traduce en que el laudo debe sustentarse en ellas y ser congruente con lo que ha quedado establecido en la *litis*. En tal sentido, el profesor H. F. López Blanco concluye que en el ordenamiento normativo colombiano no es posible decidir al leal saber y entender del árbitro, o conforme a su recta razón, en atención a que en todo proceso —el arbitral no es la

excepción— operan los artículos 174 y 304 del C. de P. C., que imponen, en su orden, el deber perentorio de fundar su decisión en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso y el deber de motivar la determinación, lo que descarta que en el país pueda adoptarse un fallo arbitral en equidad fundado en la “verdad sabida y buena fe guardada” (López, 2005: 740, 741).

e) La finalidad del fallo es buscar el equilibrio entre las partes. Quiere ello decir que el fallo consiste en buscar el equilibrio posicional y prestacional entre las partes sustantivas, estableciendo cargas y efectos que no resulten gravosos o inequitativos para ambos extremos del debate procesal, lo que no lleva forzosamente a que el árbitro aplique el derecho en forma aritmética<sup>1</sup>. Por ello, el árbitro en equidad puede formularse interrogantes y sacar conclusiones sobre hechos que no están reconocidos en la norma jurídica, que van más allá de su proposición hipotética (premisa mayor) o de lo que el ordenamiento jurídico reconoce como objetivamente igualitario, para apreciar, dentro de un conjunto más amplio de circunstancias de tiempo, modo y lugar, la naturaleza y estructura del conflicto en que están trenzadas las partes, como lo dice el fallo constitucional citado y como acertadamente lo reconoce la doctrina. Con evidente buen criterio, se ha dicho que en este sentido la equidad se introduce como un elemento que hace posible cuestionar e ir más allá de la igualdad de los hechos que el legislador presupone. La equidad asigna al juez (o árbitro) un papel más activo que al fallador común, y permite al operador jurídico reconocer un conjunto más amplio de circunstancias en un caso específico. Dentro de estas circunstancias, el operador escoge no solo aquellos hechos establecidos implícitamente en la ley como premisas, sino que, además, puede incorporar algunos que, en ciertos casos límite, resulten pertinentes y ponderables y permitan racionalizar la igualdad que la ley presupone (Pallares, 2003: 224). Con base en estas argumentaciones, la Corte Constitucional sostiene, en la sentencia referida, que la consecuencia necesaria de que la ley no llegue a considerar la complejidad de la realidad social es que tampoco puede graduar conforme a esta realidad los efectos jurídicos que atribuye a quienes se encuentran dentro de una

---

<sup>1</sup> En este sentido, puede consultarse la sentencia C-1547 de 2000, de la Corte Constitucional.

determinada premisa fáctica prevista en la ley, de modo que la equidad, al hacer parte de ese momento de aplicación de la ley al caso concreto, permite una graduación más atemperada en la distribución de cargas y beneficios de las partes.

f) El árbitro debe fundar su proveído en razones de justicia. Conviene al efecto aclarar que el fallo en equidad no implica fundar la decisión en argumentaciones jurídicas, pero el árbitro sí debe en cambio sustentar su providencia en razones de justicia, que está obligado a exponer con prudente y ecuánime juicio, soportándose en los hechos probados, lo que establece, a su vez, la diferencia de un fallo en equidad con otro meramente en conciencia, sustentado en razones subjetivas que ni siquiera requieren ser expuestas. Lo evidente es que, en las actuales circunstancias, según los preceptos de la nueva Carta Fundamental, y de acuerdo con lo previsto en el Decreto 1818 de 1998, no es posible confundir un fallo en equidad con uno en conciencia, y, además, este último no está jurídicamente permitido en nuestro medio.

g) La facultad del árbitro en equidad para apartarse de la regla de derecho es limitada. Hay que tener presente que, aun siendo el fallo en equidad, el árbitro no puede apartarse en forma absoluta de la aplicación de las disposiciones del ordenamiento positivo, y también que el ejercicio de dicha facultad es apenas relativa, ya que nada puede disponer en contra de preceptos imperativos, puesto que tratándose de ellos las partes carecen de total disposición (como acontece con las normas de orden público, en la medida que tutelan el interés colectivo). Ello pone de presente que el árbitro en equidad no tiene plena autonomía para dictar el fallo como le plazca ni puede hacerlo a la luz de su criterio enteramente personal, y que, por lo mismo, debe proceder a laudar teniendo en cuenta criterios que son indispensables para la producción de la sentencia. En efecto, no es el criterio personal del árbitro el que establece dónde o en qué punto se logra la equidad, sino lo que la conciencia colectiva interprete, y, si se quiere ver de otra manera, lo que la equidad natural indique, lo cual ha sido reconocido en la redacción de la mayoría de las legislaciones del mundo a través de los siglos, desde el derecho romano hasta el presente (y que inspira a nuestros ordenamientos civil y comercial, artículos 32 y 871, en su orden). Le toca entonces al árbitro en equidad, bajo la perspectiva de la

universalidad e indeterminación de sujetos a los cuales va dirigida la norma, encontrar una fórmula que hubiera podido prever el propio legislador, en caso de haber advertido la ausencia de preceptiva al respecto o que la regla establecida era insuficiente o incompleta, pues, como afirma Aristóteles, en tales situaciones lo justo es considerar lo que el legislador hubiera hecho de haberse enfrentado al caso concreto<sup>2</sup>. Por ello, si el árbitro se enfrenta a una situación que carece de norma jurídica, debe proceder a dictar lo que sería su equivalente en la situación *sub litis*, y, si existe disposición en el ordenamiento legal, pero con vacíos o lagunas que inciden en el caso materia de examen, debe partir de la existencia de la legislación adoptada sobre la materia para entrar a complementarla. Así, en la equidad se conjugan el papel del legislador y el del árbitro, porque cuando este último dicta sentencia prácticamente obra como legislador en ambas situaciones, dado que crea el derecho para el caso de su conocimiento. Con atinado criterio, se ha dicho al respecto que, al proferir el árbitro un fallo en equidad, no debe ni requiere apartarse totalmente del ordenamiento jurídico, sino que, partiendo de la existencia del mismo y de los principios y valoraciones que lo fundamentan y que reflejan la voluntad del legislador, debe llegar a una solución justa y aportar una solución adecuada al caso *sub iudice*, tomando en cuenta las peculiaridades del mismo (Cárdenas, 2003: 371), porque se entiende que la normatividad existente ya está imbuida del valor de la justicia.

#### **4. Mecanismos para laudar en equidad**

Dichos mecanismos son de tres clases: las prácticas comerciales, la conmutabilidad contractual y el criterio de lo justo. Cada uno de ellos proporciona elementos de juicio para la valoración de los hechos en disputa. Veamos.

---

<sup>2</sup> La Corte Constitucional tiene sentado este principio, a cuyo efecto se pueden consultar las sentencias C-1547 de 2000 y T-518 de 1998.

#### **4.1. Los usos, costumbres y prácticas mercantiles**

Para resolver el conflicto bajo la equidad, los árbitros pueden estudiar los usos, costumbres y prácticas mercantiles, que pueden ser locales, nacionales o extranjeros, tanto reconocidos como en formación, sin que sea necesaria alguna condición objetiva para predicar su aplicabilidad (lo que está de acuerdo con la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional, de 1979), del mismo modo que se pueden estudiar los usos y prácticas convenidos y adoptados por las partes, aun contrarios a las prácticas y costumbres locales, nacionales o del exterior.

Por consiguiente, los árbitros en equidad pueden fundar su decisión en dichos usos y prácticas (*lex mercatoria*), porque de ellos se deduce un comportamiento reiterado de las partes, que desborda el supuesto de hecho o preposición hipotética de las normas jurídicas que sirven para explicar su comportamiento, y que en nada contradice la doctrina, teoría y práctica del arbitraje, y que, por lo contrario, los árbitros pueden tener en cuenta con acierto al examinar las circunstancias fácticas del conflicto, si unos (usos) y otras (prácticas) satisfacen las exigencias de la equidad y se trata de formulaciones prácticas que garanticen su efectividad, como lo reconoce la doctrina francesa (Oppetit, 2006: 195 y ss.).

#### **4.2. La conmutabilidad contractual**

Quizás debemos comenzar advirtiendo que, cuando nos referimos a la “conmutabilidad” contractual, no estamos aludiendo a los negocios *conmutativos*, entendidos por tales aquellos en los que, como afirmaba Louis Josseland, “el valor de las prestaciones está fijado definitivamente desde el día del contrato, de manera firme, en forma que se adviertan inmediatamente las ventajas que cada una de las partes saca de la operación y los sacrificios que acepta en compensación” (Josseland, 1952: 29 núm. 30), sino a la posibilidad de comparación y racionalización de las prestaciones de las partes, sin necesidad de que cuantitativamente sean de igual magnitud. Entendida así la conmutabilidad como el equilibrio prestacional entre las partes, es decir, como una equivalencia o equiparación entre lo que una parte del negocio jurídico da y lo que ordinariamente recibe la otra, según la voz

autorizada del maestro R. J. Pothier, los árbitros pueden examinar el contrato en sí mismo, junto con todas las relaciones jurídicas que de él emanen para ambas partes, armonizando sus cláusulas e interrelacionándolas, a fin de determinar no sólo el origen puntual de la controversia, sino el fin último que rige al negocio jurídico celebrado entre ellas y que es fuente de conflicto.

Ello implica que cada cláusula o estipulación del negocio jurídico no se examina independiente de las demás que lo integran, sino en su conjunto, para desentrañar el verdadero espíritu del mismo, puesto que la causa y la finalidad del negocio no pueden inferirse de una estipulación en particular, sino de la interrelación de todas ellas y de la interdisciplina de prestaciones, lo cual guarda armonía con nuestras reglas de interpretación de los contratos (art. 1622, inc. 1, del C. C.), ya que es deber del intérprete proceder a interpretar las cláusulas de un contrato unas por otras, dándole a cada una el sentido que mejor convenga al contrato en su totalidad, tal como lo recoge nuestra jurisprudencia, la cual enseña que “[l]as normas de hermenéutica indican que la interpretación de todo acto jurídico debe ser coordinada y armónica, relacionando todas sus cláusulas, y esto por la sencilla razón de que todo en un acto jurídico va por lo general encaminado a un solo objetivo, expresando el mismo pensamiento en diferentes formas” (cas., 3 de febrero de 1938, G. J., XLIV, pág. 43, reiterada en sentencia de cas. de 2 de septiembre de 1953, G. J., LXXVI, pág. 220).

Lo que pregonan este mecanismo es que los hechos y las consecuencias del negocio jurídico no pueden examinarse aisladamente de sus antecedentes y causas. Así las cosas, quedan habilitados los árbitros para buscar la verdadera intención de las partes al celebrar el acto o contrato y para determinar los verdaderos efectos de cierta actuación, conducta o prestación de las partes producida en presencia de hechos o eventos posteriores a la celebración, no previstos o imprevisibles, que incidan en el cumplimiento del negocio celebrado, así como el soporte o sustento de las fórmulas de arreglo o de composición que permitan reorganizar la economía contractual y el equilibrio prestacional. Bajo esta óptica, los árbitros deben llegar a una conclusión que mida cuantitativa y cualitativamente los esfuerzos prestacionales en el acto o negocio jurídico, habida consideración de las circunstancias

sobrevinientes previsibles o imprevisibles y de su efecto alterador de las relaciones y cargas, a fin de dejar unas y otras en tales condiciones que cada una pueda cumplir racional y patrimonialmente sus compromisos jurídicos, que no necesariamente tienen que reestructurarse sobre la premisa de ser iguales aritméticamente.

### **4.3. El criterio de lo justo**

A través de este mecanismo, lo que se pone en juego es el poder moderador de los árbitros para lograr una solución justa al conflicto. Los árbitros deben estar orientados por dicho criterio para lograr el punto de lo justo, a cuyo efecto pueden adaptar el tenor literal de las estipulaciones a las necesidades del negocio jurídico entre las partes, para así adecuarlo a su finalidad, con lo que al final consultan y aplican lo que constituye la verdadera intención de las partes en el negocio jurídico. Sin embargo, el criterio de lo justo, que puede convertirse en una herramienta útil para que los árbitros profieran su decisión, no sólo tiene aplicabilidad tratándose de actos, contratos o negocios jurídicos, sino también en situaciones de orden extracontractual, campo en el cual con mayor propiedad puede tener injerencia la concepción ecuaníme y equitativa que se formen los árbitros. Tal vez se trata de aplicaciones bastante diferentes de dicho criterio en dos escenarios diferentes, el contractual —en que las prestaciones a cargo de ambas o una de las partes están de ordinario determinadas por los elementos esenciales que tipifican a cada negocio jurídico, desde luego, involucradas en el conflicto— y el extracontractual, en que la actividad delictual o cuasidelictual del causante del daño hace necesario que el árbitro entre a precisar lo que constituye cuantitativa y cualitativamente el resarcimiento del perjuicio. Se trata entonces de dos formas distintas de aplicación del mismo criterio en escenarios que difieren en su fuente generadora.

Vistas las cosas de este modo, la determinación de lo justo por parte del árbitro supone necesariamente su capacidad de discernimiento, pues todo depende de lo que entienda por justo, la concepción que tenga mentalmente al respecto y la dosificación que resulte al final del proceso evaluativo. En esa búsqueda, no debe perder de vista el árbitro que su finalidad estriba en restituir el equilibrio contractual perdido o



alterado, o poner en términos equitativos el resultado dañino de la actuación ilícita. Se trata de la sumatoria del poder racionalizador del árbitro para concluir lo que es justo, con el establecimiento del equilibrio del contrato, o para medir la magnitud del daño en el perjuicio causado a la víctima de la actuación delictual o cuasidelictual. No tendría nada de particular entonces que los árbitros, en cierto caso y para una situación contractual en particular, decidan prescindir de las cláusulas del negocio y establecer las directrices de éste haciendo uso de su poder “moderador”. En el fondo, los árbitros en equidad, como efecto de la capacidad moderadora que ostentan, pueden llegar a abandonar o prescindir de los derechos reconocidos a las partes en las cláusulas del contrato, y proceder ellos mismos a crear el derecho que a cada una toca y a atemperarlo conforme a las circunstancias y sustrato que se deduzcan de su ejecución.

### **5. Etapas del arbitraje en equidad**

El proceso arbitral en equidad puede condensarse en tres etapas diferentes, a saber:

#### **5.1. La preparatoria**

Es indispensable partir de la base del examen teórico del negocio jurídico (o de la actuación ilícita) que vincula a las partes, para establecer objetivamente las prestaciones, las obligaciones y los derechos de cada parte, al igual que los efectos normales, anormales o auxiliares que de él se deducen o predicen, en el primer caso, o las consecuencias patrimoniales del hecho ilícito, en el segundo caso. Acto seguido, el árbitro debe examinar en forma amplia —si se quiere, exhaustiva— la situación de hecho derivada del negocio (o del hecho ilícito), bajo circunstancias de tiempo, modo y lugar, para fijar el conflicto y su alcance. Es preciso, pues, establecer los supuestos fácticos de la relación o situación controversial, contractual o extracontractual, a fin de identificar cuáles son los que generan las desavenencias entre las partes, y también la naturaleza, clase y estado de las divergencias existentes. Es la etapa de *fijación* de los antecedentes, causas, hechos e intereses en juego.

## **5.2. La decisoria**

Nosotros preferimos denominar a esta etapa de “fijación de los efectos del conflicto”. En ella, los árbitros establecen el peso, la incidencia o el efecto que producen las diversas circunstancias, y derivan consecuencias jurídicas y patrimoniales. Ciertamente, es muy difícil establecer la línea divisoria entre la etapa preparatoria y la de decisión, pero creemos que la segunda etapa es valorativa o estimatoria de hechos y de fijación del conflicto, y es determinante de los efectos jurídicos que se deduzcan de cada hecho examinado.

## **5.3. La confirmatoria, que a nuestro criterio es “definitoria” o de fallo**

Consiste en adoptar el fallo con base en las consecuencias deducidas de cada situación contractual o extracontractual conflictiva, y verificar que la decisión que se adopte consulte la equidad y que se obtenga a través de ella la recomposición o definición de la relación sustancial.

## **6. Carácter del árbitro en equidad**

La ley nacional ordena que el árbitro sea abogado sólo en el arbitraje en derecho (Decreto 1818 de 1998, artículo 115). En los demás casos (en equidad y técnico), los árbitros pueden tener otra profesión. Así, en el arbitraje en equidad no es necesario que el árbitro sea abogado, ni que las partes comparezcan al proceso con apoderados que tengan dicho carácter (Decreto 1818 de 1998, artículo 122). Sin embargo, de esto se derivan evidentes implicaciones procesales. En efecto, que el árbitro no sea abogado y que los apoderados no requieran tener dicha profesión traen como consecuencia que los árbitros no abogados pueden llegar a desconocer o inobservar la aplicación del procedimiento legal o institucional, con incidencia funesta para el ejercicio del derecho constitucional de defensa y del debido proceso. Con razón ha dicho al respecto el profesor Juan Pablo Cárdenas Mejía que el problema consiste en que el hecho de que el tribunal sea en equidad no significa 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 defensa de los intereses de las partes, dada su ignorancia de las reglas de procedimiento (Cárdenas, 2003: 354).

### **7. El procedimiento y el arbitraje en equidad**

En la doctrina y en la legislación universal sobre la materia, el arbitraje en derecho ha ido aparejado con las reglas de procedimiento. Sin embargo, en cuanto respecta al arbitraje en equidad, no ha habido uniformidad de criterio jurídico ni similar trato en la legislación. Dos corrientes de opinión se expresan sobre el particular. La primera de ellas piensa que los árbitros en equidad no quedan sometidos al procedimiento forzoso de los arbitrajes en derecho; la segunda pregona lo contrario. Ambas coinciden, sin embargo, en que la decisión de dichos árbitros no se sujeta a la ley, sino a la justicia.

Nuestro ordenamiento jurídico acoge el punto de vista de la segunda postura, como pasa a observarse. El punto de partida de este específico tópico se encuentra en el inciso 4 del artículo 116 de la Constitución Política, que reconoce la jurisdicción excepcional y transitoria de los árbitros para proferir fallos en derecho o en equidad, y deja a la ley la reglamentación de la materia. A su turno, la Ley 270 de 1996, contentiva del estatuto de la Administración de Justicia, en desarrollo del precepto constitucional, se ocupa de la Administración de Justicia por las autoridades públicas —a las cuales se encomienda dicha función— y por los particulares, y reconoce que los particulares habilitados por las partes como árbitros pueden ejercer la jurisdicción en asuntos de naturaleza transigible, sometiéndose al procedimiento legalmente señalado. Del propio modo, dicha ley autoriza para que leyes especiales, a tenor de su materia y contenido, fijen las reglas del proceso, y del mismo modo autoriza a las propias partes para que sean ellas quienes establezcan las reglas. Los árbitros, dentro de los términos de la ley, pueden dictar laudos en equidad (artículo 13, num. 3). Por su parte, el artículo 115 del Decreto 1818 de 1998 reconoce que los particulares pueden someter en la cláusula compromisoria o en el compromiso un asunto conflictivo transigible a la decisión de los árbitros, los cuales quedan investidos de la facultad de administrar justicia con tal fin y cuyo fallo puede ser en equidad (entre otros),

debiéndose entender el arbitraje en equidad como aquel en que los árbitros deciden según el sentido común y la equidad.

Es claro, entonces, que el fallo es el que puede ser dictado en equidad, pero, cualquiera sea la clase de arbitraje en que vayan a intervenir los árbitros (en derecho, en equidad o técnico), el procedimiento a seguir para bastantearlo no puede estar ausente y, antes bien, es el mismo en los tres casos. Dicho de otra forma, aunque el laudo se adopte en equidad, debe tramitarse el proceso arbitral bajo cualquiera de las formas reconocidas de modo expreso por la ley (legal, institucional o independiente), como está consagrado en el artículo 116 del citado decreto.

Del examen de los textos legales mencionados, pueden sacarse importantes conclusiones que apuntan a la necesidad de confirmar *el trámite del arbitraje en equidad bajo las directrices de un procedimiento dado por la ley, fijado en un reglamento camaral o establecido por las partes*, a saber:

- 1) El arbitraje en equidad en esencia se predica del fallo de los árbitros.
- 2) En el proceso arbitral, deben observarse los principios de la igualdad de las partes en el proceso, la legítima defensa y el debido proceso.
- 3) El arbitraje en equidad exige que el conflicto sea ventilado mediante un procedimiento que garantice los principios atrás mencionados y que permita recíprocamente a las partes la publicidad de las actuaciones y la posibilidad de controvertirlas y de disentir de los proveídos del árbitro.
- 4) El procedimiento se impone por mandato legal (artículo 6 del C. de P. C.).

## **8. ¿La decisión en equidad se toma en conciencia?**

No cabe duda de que toda decisión (de la jurisdicción ordinaria, de las especiales o de la arbitral) debe estar fundada en las pruebas oportuna y regularmente aportadas al proceso. Así lo dispone el artículo 174 del C. de P. C., aplicable a las tres situaciones dadas. Las partes formulan los

hechos y piden las pruebas, y el juez las practica, las valora y decide; de ahí que se diga que las partes suministran los hechos y el juez da el derecho. La prueba verifica los supuestos de hecho en que se basa la demanda o los desecha. Se trata de una constatación objetiva de las circunstancias de diverso orden en que se debate la relación jurídica conflictiva, que por lo mismo evita que el fallo sea tomado al capricho del juzgador o como producto de sus pasiones. Ello supone, en consecuencia, que el juzgador debe tener una íntima conexión con la recepción o práctica de la prueba, porque después está llamado legalmente a hacer su valoración para poder desatar el conflicto sustancial, sea que la sentencia deba proferirse en derecho, en equidad o técnicamente. Así las cosas, si la ley exige la presencia de pruebas para poder dictar sentencia, el juez (o árbitro) no puede atenerse simplemente a lo que han dicho las partes, sino que debe proceder a constatar su veracidad y autenticidad. Esa labor exige que juez o árbitro valoren la prueba recepcionada, con sujeción a las reglas de la persuasión racional y las directrices de la sana crítica. Por ello, el laudo en equidad no puede sustentarse en la opinión personal del árbitro (verdad sabida y buena fe guardada), lo cual indica que la conclusión a que llegue el árbitro en el laudo debe provenir de un juicio de valor, un juicio por esencia racional, ponderado y analítico, que colme el ideal de la justicia (como valor *axiológico* que inspira a esta especie arbitral). Bien sea que no haya norma sustantiva aplicable al caso, o que la situación conflictiva trascienda los supuestos de la que existe, el árbitro debe basarse en la prueba válidamente aportada o practicada en el proceso. En últimas, el árbitro en equidad no puede fallar de fondo sin pruebas y, teniéndolas, debe proceder a valorarlas bajo la perspectiva de que lo hace con criterio de equidad.

En razón a lo anterior, la demanda debe contener la petición de pruebas que pretenda hacer valer el convocante, quien debe presentar las que estén en su poder (art. 75, num. 1, y art. 77, num. 2 a 7, del C. de P. C.). La contestación de la demanda debe contener lo propio, y el demandado debe aportar las que tenga en su poder, las que versen sobre correcciones o reformas de aquella, las pertinentes a la reconvenición y las que se aporten o se pretendan hacer valer para las excepciones de fondo. El árbitro en equidad tiene también la facultad de decretar pruebas de oficio, o de rechazar las que no estime pertinentes (art. 151,

inc. 1, Decreto 1818 de 1998), y no debe perderse de vista que adquiere los mismos deberes que los jueces, en materia de decreto y práctica de pruebas (art. 31, Decreto 2279 de 1989, y art. 125, Ley 446 de 1998). Las pruebas, a su vez, se practican en pleno, su práctica no es delegable y no se admite comisión (salvo para el extranjero). Finalmente, resulta importante traer a colación que el no decreto de pruebas pedidas o la omisión de las pruebas decretadas constituyen causal de anulación del laudo (art. 163, ord. 4, Decreto 1818 de 1998).

## **9. La fundamentación del laudo en equidad**

El laudo en equidad debe ser fundamentado, y quizás la inquietud sobre el particular se debe a que, con anterioridad a la actual legislación nacional acerca de la materia, esta especie de arbitraje era conocida como “en conciencia”, en la que el árbitro decide según su leal saber y entender (*ex aequo et bono*). Ello es así por cuanto el artículo 303 del C. de P. C. dispone la motivación de las providencias judiciales, bien se trate de decisiones en derecho o en equidad. *Cosa diferente es que el árbitro interprete y valore la prueba con un criterio más amplio que el juez que decide en derecho*, como ya se examinó. Así lo ha entendido igualmente la Corte Constitucional cuando indica que la decisión de fondo de los conflictos exige fundamentación, como quiera que debe quedar claro en los proveídos que la parte resolutive no es fruto del capricho del juzgador, sino que es la respuesta que el aparato judicial le da al caso concreto que se debate en el proceso (sentencia C-145 de 1998). Desde luego, una será la motivación del fallo en derecho, y otra la de la sentencia en equidad.

## **10. El laudo en equidad y su anulabilidad**

A excepción de la causal sexta, contenida en el artículo 163 del Decreto 1818 de 1998, todas las demás causales de anulación son aplicables al arbitraje en equidad. La razón de ser de esta exclusión radica en que, si debiendo laudar en equidad, se hace en conciencia, de todas formas se decide de acuerdo al sentido de equidad natural o general que inspira a la ley positiva, y en que interponer el recurso de anulación bajo esta premisa equivaldría a controvertir el aspecto sustantivo del fallo, para cuya producción quedó habilitado el árbitro por las partes. De igual

manera, pensamos que el funcionario judicial que decida la anulación del laudo tampoco puede proceder a aplicar las causales 7, 8 y 9 (corrección de errores; decisión sobre asuntos no discutidos o concesión mayor a lo pedido; haber dejado de decidir cuestiones), porque él sólo puede decidir en derecho, y adicionalmente carece de habilitación por las partes para fallar en equidad.

### **Bibliografía**

- Becerra Toro, Rodrigo. *Manual de arbitraje en Colombia. Teoría y Práctica*. Cali: Cámara de Comercio de Cali (2007).
- Becerra Toro, Rodrigo. *Fundamentos de filosofía del derecho*. Cali: Pontificia Universidad Javeriana Cali (2009).
- Cárdenas Mejía, Juan Pablo. "El arbitraje en equidad." *Vniversitas* 105 (junio de 2003), 347-374.
- Chillón Medina, José María y José Fernando Merino Merchán. *Tratado de arbitraje interno e internacional*. Madrid: Civitas (1991).
- Dorantes Tamayo, Luis Alfonso. *Filosofía del derecho*. México: Editorial Harla (1955).
- Gamboa M., E. *El arbitraje en equidad*. Bogotá: Academia Colombiana de Jurisprudencia (2003).
- Josserand, Louis. *Derecho civil* (T. II, Vol. I). Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, Bosch y Cía. (1952).
- López Blanco, Hernán Fabio. *Procedimiento Civil* (T. II). Bogotá: Dupré (2005).
- Oppetit, Bruno. *Teoría del arbitraje*. Bogotá: Legis (2006).
- Pallares, Jorge. *Arbitraje, conciliación y resolución de conflictos*. Bogotá: Leyer (2003).

