

# Breves consideraciones sobre el Arbitraje de Equidad

Luisanna Valentina Cedeño Vargas\*  
Angie Corina Montero Salas\*\*

VENEZUELA

AVANI, Nro. 1, 2020. pp. 435-452

**Resumen:** El arbitraje de equidad o *ex aequo et bono*, faculta a los árbitros a solucionar los conflictos de acuerdo con su leal saber y entender. Este tipo de arbitraje no ha sido desarrollado suficientemente por la doctrina venezolana ni por la ley. Por medio de este artículo se pretende realizar una breve descripción de esta institución, conociendo sus antecedentes, las diferencias con el arbitraje de derecho, las materias en las cuales puede llevarse a cabo, los límites y los requisitos para fallar en equidad. De igual forma se realiza una referencia al arbitraje de equidad en Venezuela y cómo se ha desarrollado esta figura en Ecuador.

**Palabras clave:** Arbitraje, equidad, métodos alternativos de solución de conflictos.

## ***Brief considerations on equity arbitration***

**Abstract:** *Equity arbitration, or ex aequo et bono, empowers arbitrators to resolve disputes in accordance with their best knowledge and belief. This type of arbitration has not been sufficiently developed by Venezuelan doctrine or by law. Through this article it is intended to make a brief description of this institution, knowing its antecedents, the differences with arbitration of law, the matters in which it can be carried out and the requirements to rule in equity. Furthermore, a reference is made to equity arbitration in Venezuela and how this figure has developed in Ecuador.*

**Keywords:** *Arbitration, equity, alternative dispute resolution techniques.*

Recibido: 31/08/2020  
Aprobado: 10/12/2020

---

\* Estudiante de pregrado (quinto año) en Derecho, Universidad Central de Venezuela. E-mail: luicv12@gmail.com

\*\* Estudiante de pregrado (quinto año) en Derecho, Universidad Central de Venezuela. E-mail: monteroangie09@gmail.com



# Breves consideraciones sobre el Arbitraje de Equidad

Luisanna Valentina Cedeño Vargas\*  
Angie Corina Montero Salas\*\*

VENEZUELA

AVANI, Nro. 1, 2020. pp. 435-452

## SUMARIO:

INTRODUCCIÓN. 1. La equidad. 1.1. Antecedentes. 2. Arbitraje de equidad. 2.1. Diferencia entre el arbitraje de equidad y el arbitraje en derecho. 3. Límites del arbitraje de equidad. 4. Materias sobre las cuales puede recaer el arbitraje de equidad. 5. Requisitos para fallar en equidad. 6. El arbitraje de equidad en Venezuela y en el derecho comparado. Caso ecuatoriano.

## INTRODUCCIÓN

El arbitraje como medio de resolución de conflictos está tomando grandes espacios por sus beneficios frente a los sistemas judiciales llenos de dilaciones que retardan los procesos, volviéndolos en algunos casos interminables y que en nada hacen justicia a los postulados de nuestra Constitución.

Por lo tanto, partimos del complejo sistema internacionalmente reconocido al cual se someten las partes al suscribir un acuerdo arbitral, que no sólo se limita al no acceder a litigio como forma de resolución del conflicto, sino que envuelve un entramado más complejo.

Y se torna aún más complejo al remitirse al arbitraje de equidad, pues este permite a los árbitros decidir una controversia de acuerdo a su leal saber y entender, lo que ellos consideren justo de acuerdo a la verdadera intención del legislador.

De allí puede surgir desconfianza sobre el mismo, al especular que puede desembocar en arbitrariedades a la hora de fallar en equidad, ya que pudiera tornarse sumamente subjetivo.

Sin embargo, se debe en parte al desconocimiento que se tiene y la dificultad práctica que puede llegar presentar a la hora de su aplicación, quizás por ello no se innova en su desarrollo. No podemos negar que en ciertas situaciones fácticas se adapta mejor a la administración de justicia.

---

\* Estudiante de pregrado (quinto año) en Derecho, Universidad Central de Venezuela. E-mail: luicv12@gmail.com

\*\* Estudiante de pregrado (quinto año) en Derecho, Universidad Central de Venezuela. E-mail: monteroangie09@gmail.com

De manera que, en el inicio del trabajo nos remitiremos a la base filosófica de la equidad, su concepción y antecedentes, posteriormente pasaremos a analizar el arbitraje de equidad en stricto sensu, y sus diferencias con el arbitraje de derecho, y los límites de la equidad.

Para luego hacer precisiones respecto a las materias sobre las cuáles puede recaer, tomando en cuenta que en este propiamente no se usa el derecho para decidir; los requisitos para fallar en equidad y su relación con los requisitos del arbitraje de derecho.

Finalizando así, con el estudio del caso venezolano y el derecho comparado, específicamente el caso ecuatoriano, país donde se aplica como regla general el arbitraje de equidad y como excepción el arbitraje de derecho.

## 1. La equidad.

La equidad surge de la necesidad de suplir las fallas del derecho, al no ser este completo<sup>1</sup>. Por lo que la equidad nos permite realizar la justicia. Así las cosas, vamos a pasearnos un poco por diversas definiciones de la misma.

De acuerdo con el Diccionario de la Real Academia Española es la "bondadosa templanza habitual, propensión a dejarse guiar, o a fallar, por el sentimiento del deber o de la conciencia, más bien que por las prescripciones rigurosas de la justicia o por el texto terminante de la ley".<sup>2</sup>

La misma viene del latín *aequitas-atis*, entendido como "igualdad de ánimo" y, de *aequus* como "igualdad", que su vez, provienen del término griego *epieikeia*, entendido para Tomás de Aquino como "lo conveniente o decente".<sup>3</sup>

Por su parte, en el Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual de Guillermo Cabanellas de Torres, entiende que por su etimología "implica la idea de relación y armonía entre una cosa y aquello que le es propio, y se adapta a su naturaleza íntima".<sup>4</sup>

Pero es Aristóteles, en su "Ética a Nicómano, Libro V"<sup>5</sup>, quien se adentra a analizar filosóficamente la equidad, siendo partidario de la tesis de que la equidad y justicia son iguales, y refiriendo:

---

<sup>1</sup> Es imposible que el derecho abarque y regule toda la diversidad de supuestos fácticos en los que se puede ver envuelta una persona, o todas las conductas que puede desplegar la misma.

<sup>2</sup> Diccionario de la Real Academia Española, acceso el 26 de agosto de 2020, <https://dle.rae.es/equidad>

<sup>3</sup> "Equidad" diccionario.leyderecho.org. 02, 2020, acceso el 26 de agosto de 2020, <https://diccionario.leyderecho.org/equidad/>

<sup>4</sup> Cabanellas De Torres, Guillermo. *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*. Argentina: Editorial Heliasta, 1997.

<sup>5</sup> Aristóteles, *Ética a Nicómano, Libro V, Capítulo 10*, citado por Ana María Larrea. «Alcance y Límites del Arbitraje en equidad». En *Revista jurídica de la Universidad Católica de Guayaquil*, 2011.

La equidad es la expresión de lo justo natural en relación con el caso concreto. Es decir, la equidad es lo justo, pero no lo justo legal tal y como se desprendería de las palabras de la ley, sino lo auténticamente justo respecto del caso particular (...).

Aristóteles considera que el derecho positivo sienta sus bases en normas generales, es decir, toma un caso corriente u ordinario, y por ello pueden no ser correctas para todos los supuestos fácticos que se presentan en la realidad, admitiendo la posibilidad de que falle la fórmula.

Por ello señala que:

El error que resultase de aplicar esa fórmula a tipos diferentes de casos no es un error que esté en la ley, ni un error que haya cometido el legislador, sino que es algo que está en la índole misma de las cosas.

Ante esa generalidad pueden presentarse supuestos que no estarían bajo el cobijo del derecho y ello requiere sea subsanado, de manera que, se acude a la intención del legislador, es decir, lo que habría dicho el legislador de habersele presentado el caso concreto.

De esta forma es que entra en juego la equidad como criterio auxiliador<sup>6</sup> en busca de realizar la justicia, a través de la interpretación debida o rectificación de la justicia legal.

Aristóteles sienta las bases de la aplicación de la equidad en el Derecho, como una forma de adecuar la generalidad de las normas jurídicas a los casos particulares que se presentan<sup>7</sup>. Avizorándose así la diferencia entre una justicia legal y una justicia equitativa.

Esta adecuación no implica una modificación de la ley per se, sino la correcta interpretación de esta sobre la base de la intención del legislador<sup>8</sup>. Por lo que cualquier otra interpretación pudiera entenderse como desatinada con lo que persigue la equidad.

Pues, lo que se busca es una forma de matizar esa severidad del derecho positivo, correctamente indicada por Immanuel Kant, que esgrimía: "cuando el derecho es demasiado estricto y severo, se convierte en una grande y evidente injusticia". De allí la relevancia de la equidad en el derecho.

---

<sup>6</sup> Becerra Toro, Rodrigo. «El arbitraje en equidad», en *Revista de la Pontificia Universidad Javeriana* N° 1, V. 10 (2010). 2010-1 ISSN: 1657-3978.

<sup>7</sup> Sin contradecir los preceptos jurídicos, sino acomodando las particularidades del caso.

<sup>8</sup> Señala Cicerón, citado por: Rodríguez García, Fausto. «Justicia y Equidad», al respecto: "la equidad no es un corregir de la ley en la aplicación de ésta a determinados casos singulares. Por el contrario, consiste en interpretar de modo correcto la ley, precisamente de acuerdo con la verdadera voluntad del legislador, por encima del equívoco significado de las palabras".

## 1.1. Antecedentes.

### a) Derecho Romano.

Para ello debemos remontarnos a la antigua Grecia, donde grandes filósofos como Platón hacían referencia a los primeros jueces, que debían ser aquellos que eligieran las partes, a los que mejor les correspondía el nombre de “árbitros”, electos de común consentimiento por estas.<sup>9</sup>

Lo que nos indica que el arbitraje no es novedad del derecho moderno, toda vez que encontramos vestigios en el derecho romano, pues si bien, el mismo era bastante tradicional y formal, en el proceso de dos fases la fase “apud iudicen” se desarrollaba frente a un juez privado que resolvía la controversia, a saber, los antecedentes del pretor peregrino en arbitrajes inter cives, para casos que no tutelaban las legis acciones.

Así lo señala Alejandro Romero Seguel, en *Nociones Generales Sobre la Justicia Arbitral*:

En el campo del derecho romano fue tradicional durante mucho tiempo la aceptación de las hipótesis de Mortiz Wlassak acerca del origen arbitral del del proceso privado romano. Ese romanista austriaco postuló en su momento, con gran aceptación, que la típica partición romana del proceso en dos fases -in iure, desarrollada ante el órgano jurisdiccional competente, y apud iudicen, ante el juez privado que resuelve la controversia- habría derivado de una oficialización de los antiguos procedimientos arbitrales, y por lo tanto, en el arbitraje debería verse en último término la raíz del proceso romano, aunque en el último tiempo los romanistas más modernos cuestionan tal afirmación.<sup>10</sup>

Y no sólo se encuentra en Roma de esta forma, puesto que se convirtió en una exigencia moral a la hora de elaborar las normas, en la Roma preclásica. En la época clásica se concebía como un trato igual para todos, diferenciándose de lo justo, pues lo justo era visto como el derecho positivo.<sup>11</sup>

Posteriormente en la época justiniana, se realizan nuevas interpretaciones de la equidad, viéndose desde tres puntos de vista: (i) como justicia natural; (ii) como criterio orientador del oficio del juez; (iii) como modo de aplicación humana de la ley.<sup>12</sup>

---

<sup>9</sup> Platón, De Legibus en *Libro 6 y 12*, citado por: Romero Seguel, Alejandro. «Nociones Generales Sobre la Justicia Arbitral», en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 26 N° 2 (1999).

<sup>10</sup> Romero Seguel, Op. Cit., p. 405.

<sup>11</sup> Todo lo legal, el ordenamiento jurídico positivo.

<sup>12</sup> Siendo esta última aquella donde se estudian las circunstancias concretas del caso.

En este sentido incluso refiere la doctrina<sup>13</sup> que se hacía la distinción entre “arbitrer” y el “iudex”, pues el último era designado por el pretor mediante una lista de ciudadanos que debían cumplir con los requisitos para ser tal.

Mientras que los primeros no siempre eran convocados para la resolución de una controversia, pues en su mayoría se ceñían a precisar una relación entre las partes, en el marco de lo establecido en el negocio que daba lugar origen al arbitraje.

Luego surge otra distinción en el derecho romano, sobre los tipos de árbitros, distinguiendo entre: (i) el arbitrer, quien decidía un litigio inter partes sobre la base de reglas procesales<sup>14</sup> y; (ii) el arbitrator, al cual se facultaba para decidir ex bono et aequo, por lo que no se sometía al derecho o reglas procesales.

## b) Derecho anglosajón.

Para analizar el sistema anglosajón, nos remitiremos a los estudios realizados por la doctora Marta Morineau, que en su obra “Una introducción al Common Law”<sup>15</sup>, esgrime que todo inicia con la monarquía inglesa, donde la administración de justicia estaba en manos de los reyes, y el derecho aplicado se originaba en: (i) el *common law* y; (ii) *equity*.

Siendo el primero, derecho consuetudinario, sobre la base de las costumbres de los locales de Inglaterra se buscaba lo que era común entre estos para lograr así la unificación del derecho.

Ulteriormente aumentó la demanda de personas que no podían acceder a los tribunales reales, por lo que el Rey proclamaba al canciller a los fines de que dispense justicia y este a su vez creó la *Court of Chancery*, siendo la primera institución anglosajona que fungía las veces de un tribunal de equidad, por cuanto sus decisiones eran discrecionales.

Con la creación de la *Court of Chancery*, se logra remediar e integrar el *common law*, siendo entonces una institución auxiliar o complementaria de este último, aunado a lo restringido e inflexible que podía ser.

---

<sup>13</sup> CATALANA, Gaetano, “Arbitrato”, en *Enciclopedia de Diritto*, Giuffrè, citado por: Cárdenas Mejía, Juan Pablo, «El arbitraje en equidad», *Revista Científica Javeriana Vniversitas*, número 105 (2003): p. 347-374.

<sup>14</sup> En este caso, la decisión que emanase del arbitrer era apelable, mientras que la del arbitrator no.

<sup>15</sup> Morineau, Marta. *Una introducción al Common Law*. Instituto de investigaciones jurídicas, 2001, citada por: Navarrete, Carla Jessahé, «Alcance jurídico de la equidad en procesos arbitrales». Tesis de grado. Pontificia Universidad Católica del Ecuador, 2012.

## 2. Arbitraje de Equidad.

Hoy día resulta evidente que se ha consagrado como una modalidad que faculta a los árbitros a decidir sin apego estricto a las normas legales, y con mayor enfoque en las particularidades de los casos concretos. Ahora ello no se consagra así en la mayoría de países, pues la regla general es que los arbitrajes suelen ser de derecho, y por vía de excepción serán de equidad.

Países como Inglaterra prevén el arbitraje de derecho, aunque lentamente está tomando lugar el árbitro de equidad. Mientras que países como Alemania, Japón, Estados Unidos de América, entre otros no son claros, pues no lo prohíben expresamente pero tampoco lo autorizan. En el caso de Ecuador, es un supuesto contrario toda vez que la regla es el arbitraje de equidad y por excepción (pactado expresamente) será de derecho.

Otros países se remiten a ley modelo de UNCITRAL, quien establece que el arbitraje será de equidad o el tribunal decidirá *ex aequo et bono* cuando las partes lo pacten expresamente. Del mismo modo se prevé en el reglamento de la CCI en su artículo 13<sup>16</sup>; en el convenio europeo de Ginebra de 1961 que reconoce ambas formas de arbitraje.

De manera que, del arbitraje de equidad surge una decisión con un mayor grado de justicia, por lo que el árbitro deberá decidir de acuerdo a su entendimiento de la misma, y puede alejarse<sup>17</sup> del derecho positivo cuando observe que éste produce un resultado que se aparta de lo justo o sea contraproducente.

Es importante hacer referencia a las funciones de la equidad en el derecho, propiamente la misma funge como función propia de la justicia, señala Carla Navarrete en su trabajo de grado "Alcance jurídico de la equidad en los procesos arbitrales"<sup>18</sup>:

"Si bien no se considera fuente formal, autónoma y directa del Derecho, es una fuente en sentido material, pues es un instrumento para generar soluciones que se crean por la abstracción de la normativa".

De lo cual podemos deducir que presenta diversas funciones al ser un medio para alcanzar la justicia de forma concreta, lo cual permite llegar a soluciones más equánimes aun cuando no se decida con arreglo a los textos legales.

---

<sup>16</sup> Actuará como amigable componedor sólo si las partes así los facultan.

<sup>17</sup> No obstante, su decisión debe ser conforme a la justicia, y con observancia de las reglas fundamentales adjetivas y sustantivas.

<sup>18</sup> Navarrete, Op. Cit., p. 47



También permite corregir vacíos que suele presentar el derecho positivo a través de la interpretación de los preceptos legales, adecuándolos de tal forma a la verdadera intención del legislador, de habersele presentado una situación concreta.

## 2.1. Diferencia entre el arbitraje en equidad y el arbitraje en derecho

La Ley de Arbitraje Comercial venezolana<sup>19</sup> en su artículo 8 consagra que los árbitros pueden ser de derecho o de equidad, ciñéndose los primeros a las disposiciones legales, mientras que los segundos pueden actuar con entera libertad, según convenga más al interés de las partes, atendiendo primordialmente a la equidad.

Y hace referencia, además, a la regla general que reza que a falta de indicación sobre el carácter de los árbitros se entenderán que los mismos serán de derecho.

Siendo esta entonces, la única disposición en la ley que hace referencia a la equidad, lo que demuestra el poco desarrollo legal que posee la institución, por lo tanto, a los fines de establecer las diferencias entre los dos tipos de arbitrajes es necesario recurrir a la doctrina.

De manera que, la primera diferencia la establece la propia ley y se basa en la forma en que deciden los mismos, unos apegados a la ley y los otros de acuerdo a su entender de lo justo y la sana crítica que permite a los jueces valorar pruebas discrecionalmente, conforme a la lógica y a las máximas experiencias.

Si bien es cierto que la equidad permite el estudio y una solución concreta de la controversia alejada de la generalidad que presentan las disposiciones legales, esto crea cierto inconveniente, porque no traza parámetros que pongan freno a la actuación del árbitro.

Considerando que se remite su campo de miramiento a su propio criterio de lo que considere equitativo, lo cual claramente se enmarca en la subjetividad y va en detrimento de la seguridad jurídica que deben tener las partes en cualquier proceso.

Sin embargo, algunos consideran que propiamente no hay diferencias entre estos pues, la equidad con sus funciones lo que persigue es la correcta interpretación del ordenamiento jurídico a los fines de aplicar justicia, justicia que en el marco de la ley puede definirse como general, a la justicia particular de los casos concretos.<sup>20</sup>

---

<sup>19</sup> Ley de Arbitraje Comercial del 25 de marzo de 1998 (Gaceta Oficial Nº 36.430 de fecha 7 de abril de 1998).

<sup>20</sup> Esta posición ha sido asumida o apoyada por autores como Carlos Alconada Aramburú, en su obra "Arbitraje y Abogacía", citado por: Salcedo Verduga, Ernesto. *El arbitraje: la justicia alternativa*, DistriLib, 2007, citado a su vez por: Larrea, Ana María. «Alcance y límites del arbitraje en equidad», *Revista Jurídica de la Universidad Católica de Guayaquil*, n° 29 (2011): p. 35.

Lo cierto es que todo esto nos expone que no debería haber diferencias entre ambos arbitrajes, ya que los dos tienen como objetivos la justicia y el derecho. Y debe resaltar a la hora de decidir en equidad la observancia a las normas fundamentales, pues ese “no apego a las normas” no puede constituir graves violaciones a los preceptos fundamentales.

En definitiva, la equidad no es opuesta al derecho, al ser el derecho el “arte de lo bueno y lo equitativo”, la equidad no relega de él, ni de la justicia.

Aunque en la práctica no sea común el uso de la equidad, porque resulta más sencillo para los árbitros asumir que con la subsunción de los hechos a las premisas de las normas, que realizan cumple con su labor, y mantienen el carácter vinculante de las mismas.

Como señala Ana María Larrea, en “Alcance y límites del arbitraje en equidad”: “... siendo más sencillo, desde el punto de vista de su tranquilidad personal, interpretar literalmente la ley”. Lo cual también podría justificarse en dar preponderancia a la seguridad jurídica que deben otorgar las normas per se.

### 3. Límites del arbitraje de equidad

El principal límite que posee el arbitraje de equidad es propiamente el derecho, pues este surge siempre del derecho, en el sentido de que la equidad como auxiliar de la justicia opera ante los vacíos de las disposiciones legales, o ante las injusticias que estas puedan presentar.

Ello es lo que facultaría al árbitro a realizar la adecuación normativa para dar solución a un caso concreto sobre la base de lo que considera equitativo.

En segundo lugar, la decisión de equidad como ya lo hemos mencionado en los anteriores puntos no puede contradecir normas fundamentales, imperativas o de orden público, ya que estas son de cumplimiento obligatorio y en muchas ocasiones hasta irrenunciables.

De manera que, no podrá contrariar o vulnerar, preceptos constitucionales de esta índole, o incluidos en tratados internacionales sobre derechos fundamentales.

Sin embargo, en la práctica no se presentan tales vulneraciones porque las situaciones relativas a materia de orden público no suelen ser susceptibles de resolución mediante arbitraje. Y de así disponerlo la ley, se suele aclarar que sólo será posible su resolución mediante arbitraje de derecho<sup>21</sup>.

---

<sup>21</sup> Lógicamente ello es aplicable a las normas de orden público de interés privado, las cuales sí son susceptibles de relajarse o renuncia.

Como tercer límite se plantea que como en todo proceso, las afirmaciones de las partes deben ser sustentadas en pruebas, por lo tanto, el razonamiento del juez de lo justo y equitativo estará circunscrito a lo alegado y probado durante todo el arbitraje por las partes.

Es decir, pese a que el árbitro tendrá más libertad a la hora de valorar las pruebas, toda vez que este se apegará a la sana crítica y máximas de experiencia, como es mencionado en el artículo 8 de la Ley de Arbitraje Comercial, esto no es óbice para que la decisión sólo se base en afirmaciones.

En cuarto lugar, la libertad que de cierta forma otorga la equidad a la hora de decidir, no exime al árbitro de motivar su decisión, estos ejercen jurisdicción por delegación constitucional<sup>22</sup>, y no deciden sobre la base de sus creencias o sentimientos, sino sobre razones coherentes.

Resulta lógico que el árbitro exponga los motivos que lo llevaron a tomar respectiva la decisión, además de que ello garantiza tanto el derecho a la defensa de las partes como la seguridad jurídica de la mismas, pues tienen derecho a saber las motivaciones por las se acoge o no la pretensión del actor.

Incluso, viéndolo desde la óptica contraria, aunque el árbitro de equidad no falle conforme a derecho positivo sino sobre la base de razones de justicia natural y esto lo eximiese de justificarla, no parece apropiado ello. Siempre será apropiado que este exponga los motivos en que se funda su decisión. Dicho punto lo desarrollaremos aún mejor, más adelante.

Y por último lugar, el arbitraje de equidad deberá ceñirse a garantías constitucionales como lo son: la igualdad procesal, el debido proceso, y evitar decidir con base en prejuicios como opiniones sexistas, racistas o incluso ideológicas<sup>23</sup>.

#### **4. Materias sobre las cuales puede recaer el arbitraje de equidad**

La doctrina no es uniforme al momento de considerar las materias sobre las cuales puede recaer el arbitraje, sin embargo, estas eternas discusiones han ido mitigándose a partir de las regulaciones legales, donde nuestros legisladores se han puesto la tarea de señalar las materias susceptibles de arbitramento y sobre todo las que no, como es el caso venezolano que analizaremos inmediatamente.

Ahora bien, la discusión actualmente no es tanto el cuáles son las materias sobre las que puede recaer el arbitraje, sino el si en esas mismas materias puede recaer el

---

<sup>22</sup> Artículo 258. "... La ley promoverá el arbitraje, la conciliación, la mediación y cualesquiera otros medios alternativos para la solución de conflictos."

<sup>23</sup> Sentencia N° 837, de la Corte Constitucional Colombiana, de octubre de 2002.

arbitraje de equidad, considerando que en el arbitraje de equidad perfectamente pueden dejar de aplicarse ciertas normas que los árbitros consideren no resuelven la controversia planteada de forma justa y equitativa.

Sobre esto último consideramos que no resulta descabellado plantearse la interrogante, sobre todo cuando existen por medio algunas disposiciones de orden público que regulen la materia que se encuentre en discusión, o cuando se trate de controversias que involucren la protección de derechos de minorías, por ejemplo.

Lo cierto es que, en el caso venezolano, la Ley de Arbitraje Comercial cuando se refiere a las materias que pueden someterse a arbitraje, no discrimina entre aquellas susceptibles a arbitraje de derecho y las susceptibles a arbitraje de equidad.

Por tal motivo, no consideramos en absoluto que existan razones que impidan al arbitraje de equidad entrar a conocer materias que expresamente la Ley le ha conferido a ambos tipos de arbitraje indistintamente.

Aclarado el punto anterior, es fundamental traer a colación lo señalado en el artículo 3 de la Ley de Arbitraje Comercial venezolana:

Podrán someterse a arbitraje las controversias susceptibles de transacción que surjan entre personas capaces de transigir.

Quedan exceptuadas las controversias:

- a) Que sean contrarias al orden público o versen sobre delitos o faltas, salvo sobre la cuantía de la responsabilidad civil, en tanto ésta no hubiere sido fijada por sentencia definitivamente firme;
- b) Directamente concernientes a las atribuciones o funciones de imperio del Estado o de personas o entes de derecho público;
- c) Que versan sobre el estado o la capacidad civil de las personas;
- d) Relativas a bienes o derechos de incapaces, sin previa autorización judicial; y
- e) Sobre las que haya recaído sentencia definitivamente firme, salvo las consecuencias patrimoniales que surjan de su ejecución en cuanto conciernan exclusivamente a las partes del proceso y no hayan sido determinadas por sentencia definitivamente firme.

La norma tiene un sentido negativo al señalar las materias que no son susceptibles de arbitraje; y un sentido positivo, al indicar que “podrán someterse a arbitraje las controversias susceptibles de transacción que surjan entre personas capaces de transigir”.

Vemos en el artículo una clara manifestación de la autonomía de la voluntad, cuya expresión más concreta se encuentra en el artículo 1133 del Código Civil venezolano cuando dispone: “El contrato es una convención entre dos o más personas para constituir, reglar, transmitir, modificar o extinguir entre ellas un vínculo jurídico”.

La convención que extingue un vínculo jurídico a la que se refiere el artículo, es la transacción, y se plantea como una resolución alternativa de conflictos, pero siempre y cuando esta convención recaiga sobre materias transigibles.

Las materias transigibles son todas aquellas donde no se vea involucrado el orden público, concepto de gran dificultad e imprecisión, pero que se ha ido desarrollando por parte de la doctrina, jurisprudencia y la misma legislación.

En un sentido contrario entonces, las materias intransigibles, ergo, no susceptibles a arbitraje, son aquellas en las que se ve involucrado el orden público, que en nuestra legislación las observamos en los literales del artículo 3 de la Ley de Arbitraje Comercial *supra* transcrito.

La norma también se refiere sobre la capacidad de transigir, que nuestro Código de Procedimiento Civil en su artículo 154, señala que deberá constar de forma expresa en el mandato, tanto esta como la de comprometer en árbitros.

## 5. Requisitos para fallar en equidad

Para que los árbitros puedan fallar conforme a la equidad, es imprescindible que las partes les hayan otorgado dicha facultad en el acuerdo de arbitraje, ya que como vimos suficientemente, en Venezuela, si no hubiere indicación de las partes sobre el carácter de los árbitros, deberán decidir conforme a 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 que en la mayoría de los países se exige que se pacte expresamente.<sup>24</sup>

También vimos anteriormente que se ha discutido en la doctrina si el fallo en equidad debe ser o no motivado, considerando que los árbitros en un arbitraje de equidad están facultados para emitir un fallo donde se aparten de las normales legales.

De igual forma se plantea la interrogante de si los árbitros están obligados a citar normas jurídicas en los fallos en equidad.

Dicho esto, sobre la motivación del fallo en equidad, como mencionamos, defendemos la postura de que los laudos, sean de equidad o de derecho deben motivarse; ya que en el artículo 30 de la Ley de Arbitraje Comercial se exige salvo pacto en contrario la motivación del laudo.

---

<sup>24</sup> Cárdenas Mejía, Juan Pablo. «El arbitraje de equidad», *Revista Universitas* n° 105 Pontificia Universidad Javeriana (2003): 347-374.

La Ley no hace distinción si deberán motivarse el laudo en procedimientos arbitrales de derecho y en los de equidad no, ni viceversa. Por ello sostenemos que en ambos procedimientos los laudos deberán estar motivados.

Sobre si los árbitros que fallan en equidad están obligados a citar las normas jurídicas, el artículo 8 de la Ley de Arbitraje Comercial establece que los árbitros de equidad procederán con entera libertad, según sea más conveniente al interés de las partes, atendiendo principalmente a la equidad.

Los árbitros en equidad actúan conforme a su leal saber a entender, ergo, seguimos la tendencia de que en principio no están obligados a citar normas de derecho, ya que los mismos, por su naturaleza tienen la facultad adicional de crear eventualmente derecho.

El fallo en equidad implica necesariamente que el árbitro pueda crear derecho aplicable para el caso en particular y deberá abandonar razonadamente y solo por motivos de equidad, la solución estrictamente legal.<sup>25</sup>

## **6. El arbitraje de equidad en Venezuela y en el derecho comparado. Caso ecuatoriano.**

En Venezuela el arbitraje en la práctica es eminentemente de derecho, y como hemos visto ya suficientemente, el arbitraje de equidad, aunque se encuentra regulado en la legislación venezolana, no ha generado la suficiente confianza como para ser elegido por encima del arbitraje de derecho.

En primer lugar, recordamos que la equidad ha sido entendida como el sentido natural de lo justo que permite la resolución de controversias de una forma más flexible que la aplicación rígida de las normas jurídicas.<sup>26</sup>

El problema de esto radica en lo "equitativo" que, a nuestro criterio, resulta impreciso y vago. La equidad en manos de un árbitro, puede derivar en los graves peligros que conciernen a la arbitrariedad del poder, so pretexto de acudir a la equidad.

Es por ello que, aunque desde antaño esta institución ha contado con un gran reconocimiento por parte de juristas y filósofos como Aristóteles, es muy fácil entender que se rechace el recurrir a ella, existiendo menor discrecionalidad y mayor certeza en el arbitraje de derecho.

---

<sup>25</sup> Gamboa Morales, Ernesto. *El Arbitraje de equidad*, Colombia 2003.

<sup>26</sup> Roca Martínez, José María. *Arbitraje e Instituciones arbitrales*. España 1992.

La incertidumbre de aquello que es equitativo o no para los árbitros de equidad, no se encuentra presente en el arbitraje de derecho, donde por mandato de ley el árbitro se ve obligado a decidir aplicando las normas jurídicas.

Hasta aquí hemos hablado del concepto indeterminado que comporta la equidad, pero si nos adentramos aún más en ese leal saber y entender de los árbitros, quienes buscan llegar a lo justo, nos encontramos con un segundo concepto indeterminado como lo es la justicia.

Decía el jurista Hans Kelsen en su obra “¿Qué es la Justicia?”:

Ninguna otra cuestión se ha debatido tan apasionadamente; ninguna otra cuestión ha hecho derramar tanta sangre y tantas lágrimas; ninguna otra cuestión ha sido objeto de tanta reflexión para los pensadores más ilustres, de Platón a Kant. Y, sin embargo, la pregunta sigue sin respuesta.

Parece ser una de esas cuestiones que la sabiduría se ha resignado a no poder contestar de modo definitivo y que solo pueden ser replanteadas.

Ciertamente, creemos que lo más cercano a lo equitativo y lo justo, lo tenemos en nuestras mismas normas jurídicas, hechas por el órgano más representativo del soberano y sujetas a nuestra Carta Magna, producto del pacto social.

Sin embargo, no es poco lo que el arbitraje de equidad pueda aportar a Venezuela y al mundo, es bastante útil en controversias estrictamente técnicas o científicas.

Imaginemos un conflicto generado por un incumplimiento de contrato en el sector petrolero donde una de las partes se comprometió a suministrar una sustancia determinada para un proceso químico, y en su lugar suministró otra que a su parecer cumple exactamente el mismo fin.

Los árbitros en equidad, ya sabemos que no necesariamente deben ser abogados; en este caso pudieran ser ingenieros en petróleo. A las partes les interesa una resolución del conflicto efectiva, que pueda determinarse ciertamente si la sustancia puede cumplir con esta cláusula contractual.

No resulta descabellado que los árbitros no atiendan a si la sustancia puede cumplir porque los componentes son iguales. Sino que la equidad les permita apartarse un poco de la norma y señalar que esa sustancia, aunque igual, en materia petrolera no es costumbre usarla.

Es necesario reconocer que existen ciertas ventajas al momento de optar por un arbitraje de equidad. Aunque nos inclinamos por la certidumbre del arbitraje de derecho, no podemos dejar de reconocer la utilidad del arbitraje de equidad, y es por ello que en esta oportunidad es objeto de nuestro estudio.

Ahora bien, en el derecho comparado existen ordenamientos jurídicos que claramente prevén el fallo en equidad<sup>27</sup>, y otros países que no autorizan expresamente una decisión en equidad, pero tampoco lo prohíben.

En países como Perú, Bolivia, Panamá y Ecuador, se establece la regla contraria a la venezolana que hemos estudiado aquí suficientemente, y esto es que el árbitro puede fallar en equidad o según su leal saber y entender si no se pacta lo contrario.<sup>28</sup>

En esta oportunidad nos referiremos al caso ecuatoriano:

La Ley de Arbitraje y Mediación ecuatoriana en su artículo 3, le otorga a los árbitros la facultad para fallar tanto en derecho como en equidad, atendiendo a las disposiciones de las partes.<sup>29</sup>

Las partes indicarán si los árbitros deben decidir en equidad o en derecho, a falta de convenio, el fallo será en equidad. Si el laudo debe expedirse fundado en la equidad, los árbitros actuarán conforme a su leal saber y entender y atendiendo a los principios de la sana crítica. En este caso, los árbitros no tienen que ser necesariamente abogados.<sup>30</sup>

A su vez, el Código Orgánico de la Función Judicial ecuatoriano en su artículo 247 se refiere a la equidad en la justicia de paz, y se señala que el juez de paz dictará su resolución en equidad, sin perjuicio del control de constitucionalidad correspondiente.<sup>31</sup>

Por analogía, la doctrina ecuatoriana infiere que al no existir una disposición expresa en contrario, las resoluciones en arbitraje dictadas en equidad también estarían sujetas al control constitucional al igual que cualquier otra decisión de la administración de justicia.

En lo que respecta a la oportunidad de aplicación de la equidad al fondo de la controversia, el arbitraje local en Ecuador se inclina por la tesis de la discrecionalidad, es decir, que cuando se le otorga al tribunal la facultad de fallar en equidad, los árbitros fundamentan el laudo basándose tanto en criterios de equidad como en las fuentes formales del Derecho, sin que la aplicación de uno excluya la aplicación del otro.

Sobre el aspecto adjetivo del laudo, la equidad se encuentra limitada por las normas imperativas y de orden público; ergo, mientras no sean vulneradas y las garantías del debido proceso sean respetadas, la equidad puede aplicarse de manera subsidiaria a las normas positivas que regulen los aspectos procesales del arbitraje.<sup>32</sup>

---

<sup>27</sup> Chillón Medina, José María; Merico Merchán, José Fernando. *Tratado de arbitraje privado interno e internacional*, citado en: Cárdenas Mejía, Juan Pablo. «El arbitraje de equidad». *Revista Universitas* n° 105 (2003): 347-374.

<sup>28</sup> Cárdenas Mejía, Op. Cit., p. 354.

<sup>29</sup> Flores Suasnavas, María; Orozco, Elías. «Alcance y oportunidad del arbitraje de equidad y ex aequo et bono dentro del sistema jurídico ecuatoriano». *USFQ Law Review, Volumen VI*, (2019): DOI: 10.18272/lr.v6i1.1393.

<sup>30</sup> Ley de Arbitraje y Mediación (LAM) ecuatoriana. (Registro Oficial n° 417 del 14 de diciembre de 2006).

<sup>31</sup> Código Orgánico de la Función Judicial ecuatoriano. Artículo 247. Registro Oficial n° 544 del 09 de marzo de 2009.

<sup>32</sup> Flores Suasnavas, María; Orozco, Elías. Op. Cit., p. 128



## BIBLIOGRAFÍA

- ALCONADA ARAMBURÚ, Carlos, Arbitraje y Abogacía, Buenos Aires, Argentina 1962.
- ARISTÓTELES, Ética a Nicómano, Libro V, siglo IV a. C
- BECERRA TORO, Rodrigo. El arbitraje en equidad, en Criterio Jurídico. Santiago de Cali, V.10, N° 1. 2010-1. ISSN: 1657-3978.
- CABANELLAS DE TORRES, Guillermo. Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Editorial Heliasta, 1997.
- CATALANA, Gaetano, Arbitrato, en Enciclopedia de Diritto, Giuffrè, 1975.
- CÁRDENAS MEJÍA, Juan Pablo, El arbitraje en equidad, en Revista Científica Javeriana Vniversitas, No. 105, Bogotá, Colombia, junio 2003.
- CHILLÓN MEDINA, José María; MERICO MERCHÁN, José Fernando. Tratado de arbitraje privado interno e internacional, 1991. ISBN: 9788473988759.
- FLORES SUASNAVAS, María; OROZCO, Elías. Alcance y oportunidad del arbitraje de equidad y ex aequo et bono dentro del sistema jurídico ecuatoriano, en Revista USFQ Law Review, Volumen VI, DOI: 10.18272/lr.v6i1.1393., Ecuador, 2019.
- GAMBOA MORALES, Ernesto. El Arbitraje de equidad, Colombia, 2003. ISBN: 9589687970.
- MORINEAU, Marta. Una introducción al Common Law. Instituto de investigaciones jurídicas, 2001. Disponible en web: [<https://goo.gl/LcHQw2>]
- NAVARRETE V., Carla Jassehé, Alcance jurídico de la equidad en los procesos arbitrales, tesis de grado, Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Mayo 2012.
- LARREA, Ana María, Alcance y límites del arbitraje en equidad, en Revista jurídica de la Universidad Católica de Guayaquil. Abril 2011
- PLATÓN, De Legibus, Grecia 427-347 a. C.
- ROCA MARTÍNEZ, José María. Arbitraje e Instituciones arbitrales, 1992, ISBN: 8476982216.
- RODRÍGUEZ GARCÍA, Fausto, Justicia y equidad, Tesis 1950.
- ROMERO SEGUEL, Alejandro, Nociones Generales Sobre la Justicia Arbitral, en Revista Chilena de Derecho, Vol. 26 N° 2, 1999.
- SALCEDO VERDUGA, El arbitraje: la justicia alternativa, DistriLib, 2001. ISBN: 9978989021.

## Legislación

- Venezuela. Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, publicada en Gaceta Oficial No. 5.908 Extraordinario, de fecha 19 de febrero de 2009.
- Ginebra. Convención europea sobre arbitraje comercial internacional, 21 de abril de 1961.
- Venezuela. Código Civil, publicado en Gaceta Oficial No. 2.990 Extraordinario, de fecha 26 de julio de 1982.
- Venezuela. Código de Procedimiento Civil, publicado en Gaceta Oficial No. 4.209 Extraordinario, de fecha 18 de septiembre de 1990.
- Venezuela. Ley de Arbitraje Comercial. Gaceta Oficial No. 36.430 de fecha 7 de abril de 1998.
- Colombia. Sentencia N° 837, de la Corte Constitucional Colombiana, de octubre de 2002.

Ecuador. Ley de Arbitraje y Mediación (LAM) ecuatoriana. Registro Oficial No. 417 del 14 de diciembre de 2006.

Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, 1985, con enmiendas adoptadas en 2006.

Ecuador. Código Orgánico de la Función Judicial ecuatoriano. Registro Oficial No. 544 del 09 de marzo de 2009.

Cámara de Comercio Internacional. Reglamento de Arbitraje. Marzo de 2017.

Documentos electrónicos

Diccionario de la Real Academia Española. Disponible en web [<https://dle.rae.es/>]

Diccionario.leyderecho.org. Disponible en web: [<https://diccionario.leyderecho.org/equidad/>]