

**UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO  
USFQ**

**Colegio de Jurisprudencia**

**EL ARBITRAJE EN EQUIDAD EN EL ECUADOR ¿UNA FIGURA  
EN CAMINO AL DESUSO?**

**JOSE RAFAEL GUERRERO BORJA**

**JURISPRUDENCIA**

Trabajo de fin de carrera presentado como requisito

para la obtención del título de Abogado

Quito, 19 de noviembre de 2021

## © DERECHOS DE AUTOR

Por medio del presente documento certifico que he leído todas las Políticas y Manuales de la Universidad San Francisco de Quito USFQ, incluyendo la Política de Propiedad Intelectual USFQ, y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo quedan sujetos a lo dispuesto en esas Políticas.

Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo en el repositorio virtual, de conformidad a lo dispuesto en la Ley Orgánica de Educación Superior del Ecuador.

Nombres y apellidos:	José Rafael Guerrero Borja
Código:	00201663
Cédula de identidad:	1753989886
Lugar y fecha:	Quito, 19 de noviembre de 2021

## **ACLARACIÓN PARA PUBLICACIÓN**

**Nota:** El presente trabajo, en su totalidad o cualquiera de sus partes, no debe ser considerado como una publicación, incluso a pesar de estar disponible sin restricciones a través de un repositorio institucional. Esta declaración se alinea con las prácticas y recomendaciones presentadas por el Committee on Publication Ethics COPE descritas por Barbour et al. (2017) Discussion document on best practice for issues around theses publishing, disponible en <http://bit.ly/COPETHeses>.

## **UNPUBLISHED DOCUMENT**

**Note:** The following capstone project is available through Universidad San Francisco de Quito USFQ institutional repository. Nonetheless, this project – in whole or in part – should not be considered a publication. This statement follows the recommendations presented by the Committee on Publication Ethics COPE described by Barbour et al. (2017) Discussion document on best practice for issues around theses publishing available on <http://bit.ly/COPETHeses>.

# El arbitraje en equidad en el Ecuador ¿Una figura en camino al desuso?<sup>1</sup>

## *The arbitration on equity ¿A figure on the way to disuse?*

José Rafael Guerrero Borja<sup>2</sup>  
jrquerrero@estud.usfq.edu.ec

### Resumen

El arbitraje se ha convertido en el aliado de aquellos que requieren solucionar conflictos de manera rápida y eficaz, confiando en sus centros de confianza y en sus árbitros por sobre los jueces, el arbitraje ha dado una salida al sobrecargado sistema judicial ecuatoriano, sin embargo, ciertas figuras que lo integran como la resolución de conflictos en equidad han tenido un fuerte decaimiento en los últimos años, los usuarios con el pasar de los años y de las sucesivas leyes que norman el arbitraje han preferido la figura en derecho sobre la figura en equidad, a pesar de que la LAM le otorga una primacía que se corresponde a su origen histórico, esto no ha detenido a los usuarios a seguir utilizando el arbitraje en derecho de manera más amplia, las razones pueden ser varias, desde malos entendidos del concepto equidad, inseguridad respecto al laudo, hasta, la cultura jurídica ecuatoriana.

### PALABRAS CLAVE

Equidad, Arbitraje en Equidad, Arbitraje, Figura en Desuso, Métodos alternativos de solución de conflictos.

### Abstract

Arbitration has become in the ally of those who need to solve conflicts in a quick and effective way, leaning on their trusted centers and in their arbitrators over judges, arbitration has given an escape to the overwhelmed Ecuadorian courts system, however, some of the figures that integrate it, like the alternative methods of conflict resolutions on equity have been on decline on recent times, the users with the passing of the years and with the successive laws that rules arbitration have preferred law arbitration over equity arbitration, even though the LAM gives supremacy to its historical origin, this has not stopped the users of the system from keep using law arbitration on a bigger scale, the reasons can be many, from misunderstanding the concept of equity, insecurity over the decision until the Ecuadorian legal culture.'

### KEY WORDS:

Equity, Arbitration on Equity, arbitration, figure on disuse, alternative methods of conflict resolutions.

Fecha de lectura 19 de noviembre de 2021

Fecha de publicación: 19 de noviembre de 2021

---

<sup>1</sup> Trabajo de titulación presentado como requisito para la obtención del título de Abogado. Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito. Dirigido por Ana Carolina Donoso Bustamante

<sup>2</sup> © DERECHOS DE AUTOR: Por medio del presente documento certifico que he leído la Política de Propiedad Intelectual de la Universidad San Francisco de Quito y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo de investigación quedan sujetos a lo dispuesto en la Política. Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo de investigación en el repositorio virtual, de conformidad a lo dispuesto en el Art. 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

## **SUMARIO:**

1.INTRODUCCIÓN.- 2. MARCO NORMATIVO.- 2.1. NORMATIVA NACIONAL.- 2.2. NORMATIVA HISTÓRICA, 2.3 NORMATIVA INTERNACIONAL VIGENTE.- 3. MARCO TEÓRICO.- 4.ESTADO DEL ARTE.- 5. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA EQUIDAD.- 5.1 LA EQUIDAD EN LA FILOSOFÍA.- 5.2.LA EQUIDAD PARA LOS ANGLOSAJONES. 5.3. LA ESCUELA ALEMANA DE LIBRE PENSAMIENTO. 5.4 EL DESARROLLO NORMATIVO DE LA EQUIDAD EN EL ECUADOR. 6. EL CONCEPTO EQUIDAD EN ECUADOR Y SUS POSIBLES ACEPTACIONES.- 7. EL ARBITRAJE EN EQUIDAD PUEDE LLEGAR A VULNERAR EL DERECHO A LA SEGURIDAD JURÍDICA.- 8. EL ARBITRAJE EN EQUIDAD DESDE EL PUNTO DE VISTA PROCESAL.- 9. EL LAUDO ARBITRAL EN EQUIDAD.- 10. LA CULTURA JURÍDICA ECUATORIANA.- 11.CONCLUSIONES

### **1 Introducción**

La equidad es cuanto menos un concepto amplio y abstracto, usado de manera general para describir situaciones ideales en las que todos los sujetos de determinado escenario reciben aquello que merecen. Esto hace que el concepto de la equidad esté estrictamente ligado a una situación subjetiva como lo es la justicia, a diferencia de la igualdad que se basa en resultados más cuantitativo al momento de repartir los frutos positivos o negativos de una situación.

En lo que respecta al arbitraje, procesalmente hablando, la equidad responde a un tipo de proceso al cual las partes pueden someterse con el fin de que el arbitro juzgúe en base a su sana critica.

La realidad es que los casos de arbitraje en equidad presentados cada año han ido disminuyendo paulatinamente, en la mayoría de los centros. En su momento, cuando la actual Ley de Arbitraje y Mediación entró en vigencia y empezó a generalizar la práctica del arbitraje, era común ver arbitrajes donde las partes se sometían a que los árbitros resuelvan en equidad. Sin embargo, esa practica se ha ido perdiendo con el tiempo.

Este resultado no es una casualidad, pues se puede identificar una serie de razones por la cuales los usuarios han preferido otras opciones para resolver sus controversias en lugar de la equidad. A través del presente estudio, pretendo analizar el tema mediante el desarrollo de los siguientes cuestionamientos:

¿Que entiende la cultura jurídica ecuatoriana por equidad?, ¿Cómo se aplica la equidad en otros países?, ¿Como se ha aplicado la equidad en el Ecuador? Y sobretodo, ¿hay alguna manera de contrarrestar un eventual desuso de la figura de la equidad en el arbitraje?

La figura de la equidad no es tan simple como la establece la ley. En realidad, la equidad es un concepto filosófico que viene siendo discutido durante milenios y aun no ha encontrado la manera de integrarse de manera adecuada en los sistemas legales de los países que han adoptado el sistema continental.

De igual manera las acepciones que puede tener el concepto de la equidad han variado a lo largo de los años, y dichas acepciones pueden ser positivas y negativas, al punto de poder generar estigmas o ser aplicadas a manera de mecanismo de solución para determinados conflictos provenientes de la práctica diaria del derecho.

En el Ecuador y en la región, existe bastante historia detrás de esta figura por cuanto vale la pena revisar cuáles han sido los caminos que los países de la región han tomado y cómo estas mismas situaciones, han permitido a otros países implementar procesos y doctrinas jurídicas que han ido construyendo sistemas judiciales enteros en torno a la equidad.

Para realizar está investigación se utilizó una metodología inductiva basada en información teórica encontrada en libros y doctrina, al igual que respecto a la normativa histórica existente en el Ecuador y en el mundo. Así mismo, se utilizaron datos estadísticos y opiniones de expertos en la materia que permitieron establecer un patrón de comportamiento en lo que respecta a las practicas de los usuarios del arbitraje, para posteriormente explicar dichas prácticas y comportamientos usando a su vez un método cuantitativo.

## **2 Marco Normativo**

### **2.1 Normativa Nacional Vigente:**

El Art. 190 de la Constitución de la República de 2008 reconoce al arbitraje como un mecanismo para resolver conflictos, por fuera de las instancias judiciales convencionales, en

materias transigibles,<sup>3</sup> a través de una decisión plenamente ejecutable. La norma suprema reconoce la existencia de esta figura de manera primaria, permitiéndole desarrollarse a posterioridad en las demás normas de menor jerarquía. La ley empieza a dar señales del plano en el que se va a enfocar la resolución de conflictos y cuales serán los sujetos que pueden acudir a ella.

En el Art. 3 de la Ley de Arbitraje y Mediación se establece que las partes de una situación jurídica pueden pactar si los árbitros deben decidir “en equidad o en derecho, a falta de convenio, el fallo será en equidad”<sup>4</sup>. Esta norma se limita a enunciar las categorías en las que se establecen las primeras reglas referentes al arbitraje en derecho y al arbitraje en equidad.

El mismo artículo tercero, establece los parámetros generales del arbitraje en equidad, permitiendo que sujetos ajenos al derecho (no abogados), puedan participar a manera de árbitros y decidir en calidad de juzgadores en los casos en los que avoquen conocimiento. Los árbitros en equidad, al no tener que ceñirse a la norma, no se requiere que sean abogados, aunque el artículo no los excluye.<sup>5</sup>

## 2.2 Normativa Histórica

En las Siete Partidas, particularmente en la 3ra partida, es donde se establecen las reglas básicas sobre la determinación y aplicación de la potestad jurisdiccional de los jueces, además de que se reconoce la posibilidad de conformar un procedimiento “privado” o particular con carácter de cosa juzgada<sup>6</sup>.

---

3 Artículo 190, Constitución de la República del Ecuador, R. O. 449, 20 de octubre de 2008, reformada por última vez R.O. Suplemento 181 del 15 de febrero de 2018. “Se reconoce el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la solución de conflictos. Estos procedimientos se aplicarán con sujeción a la ley, en materias en las que por su naturaleza se pueda transigir.”

4 Artículo 3, Ley de Arbitraje y Mediación, R. O. 417, 14 de diciembre de 2006, reformada por última vez R.O. Suplemento 506 del 22 de mayo de 2015. “Las partes indicarán si los árbitros deben decidir en equidad o en derecho, a falta de convenio, el fallo será en equidad.”

<sup>5</sup> Artículo 3, Ley de Arbitraje y Mediación, 2006. “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>6</sup> 3ra Partida, Las 7 Partidas de 1252.

El Código de Procedimiento Civil (CPC) de 1953 ya reconocía la calidad de juez a los árbitros en el Ecuador. Hasta la redacción de la Ley de Arbitraje Comercial, el arbitraje estaba normado de manera procesal y teórica en el CPC, que establecía las normas fundamentales del arbitraje, el cual estaba abierto a quienes, mediante cláusula contractual previa o renuncia voluntaria a la justicia ordinaria, accedieran a arbitraje.

El referido Código de Procedimiento Civil de 1953, contemplaba todo el juicio arbitral desde el Art. 1020 hasta el Art. 1056<sup>7</sup>. La disposición que más resalta para motivos de la presente investigación, es la contenida en el Art. 1023<sup>8</sup>, en la que se establece la regla que manda que todo arbitraje en el que no haya sido previamente definida la forma de ser llevado a cabo, se llevará en equidad.

Tras la expedición de la Ley de Arbitraje Comercial de 1963, las futuras codificaciones ya no regulan los aspectos procesales del arbitraje, si no sólo reconocen la jurisdicción que emana de esta.

Los artículos 15 y 16 de la Ley de Arbitraje Comercial de 1963, muestran las primeras reglas especializadas para llevar los procesos arbitrales mercantiles<sup>9</sup>, mientras que el resto de la norma jurídica establece las etapas procesales pre arbitrales y arbitrales que van a hacer aplicable a la norma.

La Ley de Arbitraje y Mediación de 1997 trae un sistema más descentralizado en lo que a centros de arbitraje se refiere, ya que previo a esta norma solo las cámaras de comercio tenían la potestad de gestionar procesos arbitrales.<sup>10</sup>

### **2.3 Normativa Internacional Vigente:**

En lo que respecta a la normativa internacional, el caso norteamericano es de los más trascendentes, pues en el Artículo 3, sección segunda de la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica, los Estados son instruidos respecto a la posibilidad de instaurar un

---

<sup>7</sup> Artículos 1020-1056, Código de Procedimiento Civil. R.O. N° 133 del 7 de febrero de 1953, reformado el 20 de agosto de 1960. No vigente

<sup>8</sup> Artículo 1023. Código de Procedimiento Civil. 1953. No Vigente. *“En caso que en el compromiso se haya omitido expresar que especie de árbitros son los nombrados, procederán estos como amigables componedores”*

<sup>9</sup> Artículos 15-16. Ley de Arbitraje Comercial. R.O. N° 90 del 20 de octubre de 1963. No vigente.

<sup>10</sup> Ley de Arbitraje y Mediación, R.O. N° 145 del 4 de septiembre de 1997. No vigente.

sistema judicial que contemple la posibilidad crear cortes de derecho o en equidad, solamente exceptuando al Estado de entrar dentro de la esfera de juzgamiento en las corte bajas, pues establece los fueros en los que se puede demandar a los Estados Unidos y las demandas en contra de Estados en otros Estados contemplada en la enmienda XI de 1793.<sup>11</sup>

### 3 Marco Teórico

La equidad es un concepto amplio y difícil de definir en pocas palabras. La Filosofía ha intentado descifrar la manera de aplicar un concepto tan abstracto en la práctica.

Aristóteles por su parte definió a la equidad como la justicia aplicada al caso concreto. El filósofo no creía que la justicia y la ley debían ser relacionadas como un solo concepto, si no que, la equidad es el concepto que se acerca más a la justicia por aplicarse a las situaciones particulares de manera que esta quepa dentro del marco fáctico de los problemas, mientras que las leyes norman desde arriba y es indiferente a las particularidades de cada caso.<sup>12</sup>

Seguel al hablar de la equidad cita varios conceptos como "Justicia Universal" de Cicerón y "Equidad Cerebrina"<sup>13</sup>, esta última nacida de la oposición a la aplicación de la equidad en el sistema de justicia al estar relacionada a la idea de la arbitrariedad de los juzgadores al momento de resolver una causa.

Sin embargo, la idea de la equidad Cerebrina no se corresponde con el desarrollo que ha tenido en la aplicación de esta en los diversos sistemas de justicia, por cuanto el tiempo ha dado la razón a aquellos pensadores y filósofos que en un inicio identificaban a la equidad como lo más cercano a la realización de la justicia como Aristóteles o el antes mencionado Cicerón.

Ernesto Salcedo Verduga, habla de las ventajas que posee el arbitraje en equidad, al señalar a la celeridad y eficacia con la que se maneja, debido a que la posibilidad de no apegarse de manera estricta a la norma permite a las partes desarrollar estrategias probatorias

---

<sup>11</sup> Artículo 3. U.S. Constitution. Sec. 2. 1788. *"The judicial Power shall extend to all Cases, in Law and Equity, arising under this Constitution, the Laws of the United States, and Treaties made, or which shall be made, under their Authority"*

<sup>12</sup> Hector Zagal, Leonardo Ramos-Umaña, Justicia o Equidad: Aristóteles y la Jurisprudencia. Práfix Filosófica N° 51. (2020). Pg. 136-149.

<sup>13</sup> Alejandro Seguel, "Arbitraje de derecho y Arbitraje de Equidad, en Estudios de Arbitraje, ed. de E. Picand. (Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2006) 145-158.

más dinámicas que las que se llevarían a cabo en derecho. Sin embargo, el referido autor es cauto en esclarecer una limitante muy importante, y es que equidad no significa carta blanca para poder proceder de manera arbitraria<sup>14</sup>.

El campo del arbitraje permite a las partes resolver conflictos en equidad, pero a su vez, les obliga a aplicar procedimientos o pasos procesales establecidos en la ley para la correcta conducencia del proceso, esto en beneficio del orden procesal y de las partes. De igual manera, las reglas intrínsecas de los procesos arbitrales propios de los lugares en que se lleven a cabo van a ser de inevitable cumplimiento, esto nos lleva a una cuestión más profunda que la norma no contempla y es, ¿cual es el límite de la equidad?

La práctica diaria es la que ha ido dando soluciones a este potencial problema, y es que los árbitros tienen que explicar su razonamiento en base a sus conocimientos, pues se parte de la idea de que la materia en discusión es desconocida para el común denominador de la gente. El árbitro al ser un conocedor, debe saber explicar por qué la solución que él está estableciendo para el conflicto es lógica respecto a los hechos del caso.

En la región, el arbitraje en equidad se ha venido desarrollando de manera heterogénea. Cada país ha ido adaptando sus propias reglas y procedimientos. Por ejemplo, en el caso argentino, el autor Roque J Caivano nos muestra una perspectiva más clásica de la figura de la equidad, que expone a esta institución como un brazo de la justicia por decidir en un conflicto de manera cordial.

Los argentinos denominan al que nosotros conocemos como Arbitraje en Equidad, como el Arbitraje de Amigables Compondores que a su vez es simplemente otro término usado antiguamente en el Ecuador que viene desde las antiguas leyes españolas, y si bien el nombre avoca convención y armonía entre las partes, no cambia en su esencia. Sin embargo, el sistema federal de la nación argentina hace mucho más difusa la aplicación de este proceso<sup>15</sup>.

---

<sup>14</sup> Ernesto Salcedo Verduga, El Arbitraje: La Justicia Alternativa, (Quito: Editorial Jurídica Míguez Mosquera, 2001) 44-49.

<sup>15</sup> Roque J. Caivano. Arbitraje. 2ª Edición. (Buenos Aires: Villela Editorial, 2000). Pg. 73.

Existen determinadas regiones en la Argentina cuyos requisitos para resolver conflictos en arbitraje por equidad van a variar marcadamente, de región en región, a diferencia del sistema ecuatoriano que contempla una regla general en un solo artículo.<sup>16</sup>

De manera previa y en un intento de adaptar su legislación a las necesidades del comercio global, España enfocó la resolución de conflictos en equidad bajo la óptica del amigable componedor, como lo menciona Eduardo Jequier en su obra. Es así como los españoles empezaron a implantar modelos de resolución de conflictos que posteriormente influirían en el desarrollo de los modelos locales.<sup>17</sup>

El arbitraje como tal se instauró en España de modo que pueda solventar temas sobre todo mercantiles, bajo el amparo de las siete partidas. Fue así como en estas lograron plasmar las diferencias encabezadas entre el arbitraje en derecho y el arbitraje en equidad, aunque el término amigable componedor no fue usado sino hasta año 1830, en su Código de Comercio.

Todo lo antes mencionado nos hace ver el importante desarrollo del arbitraje en equidad en la región y en la doctrina que la convierte en una herramienta útil para los usuarios.

#### **4 Estado Del Arte**

Alejandro Romero Seguel<sup>18</sup>, en su obra, Arbitraje de Derecho y Arbitraje de Equidad, en su segundo capítulo sobre el arbitraje en equidad, habla de la delicada situación del árbitro frente a la posibilidad de entrar a un arbitraje en equidad. A pesar de que el arbitraje en equidad no es una figura nueva, pues data de las épocas del arbitraje diseñado por los mercaderes italianos para evadir el engorroso sistema judicial canónico, la sola conciencia y entendimiento de lo correcto o de lo que la práctica de su profesión le dictase al árbitro, sería suficiente para poder tomar su decisión.

---

<sup>16</sup> Roque J. Caivano. Arbitraje. Pg, 75.

<sup>17</sup> Eduardo Jequier. "Antecedentes histórico-jurídicos del arbitraje interno en Chile. Planteamientos para una revisión estructural impostergable", en: Revista Ius et Praxis, ed. De J. Delgado. (Talca: Universidad de Talca - Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales)

<sup>18</sup> Alejandro Seguel, Arbitraje de derecho y Arbitraje de Equidad, en Estudios de Arbitraje.

La equidad como principio y concepto no debe ser confundida con el concepto "Justicia", pues la equidad está más relacionada a un ideal subjetivo de aplicación de la justicia a diferencia de lo que en el sistema civil y continental consideramos justo. La equidad no tiene que regirse necesariamente al apego a las normas, a diferencia del positivismo jurídico, el cual nos dice que lo justo es aquello que se apega a la norma o a las fuentes del derecho, mientras que el componente de "Lo que es justo" va a variar dependiendo de quien lo mire.

Con el fin de justificar la razón de ser de la equidad frente a los conceptos de justicia relacionados a la ley, cabe mencionar que dichos conceptos son necesarios de descifrar debido que en la actualidad el arbitraje en derecho se realiza bajo la óptica de que lo justo es lo que establece la ley, mientras que el arbitraje en equidad se realiza mediante los conceptos clásicos de la subjetividad relacionada al buen parecer del árbitro.

George Burton<sup>19</sup>, en su tratado publicado en 1906 hace un análisis de la aplicación de la equidad en el sistema de common law, donde la idea de la equidad es de amplia aplicación histórica y propia del país de origen de su derecho. En ese contexto, la equidad ha sido usada para construir un sistema de justicia que, en comparación con nuestro sistema, es inconcebible.

La equidad se convirtió en la regla del modelo del common law. La aplicación de la equidad como forma de resolver conflictos en Inglaterra data desde las épocas del jurisconsulto Eyre Kent. Sin embargo y más importante aún que sus orígenes, es el desarrollo de esta idea en la construcción del sistema judicial británico y posteriormente norteamericano.

Michael T. Morley<sup>20</sup>, topa temas de alto interés para el objeto de esta discusión, pues la discrecionalidad a la que se sujetan los litigios puede degenerar en un serio problema para los comparecientes a estos procedimientos. Por ende, el sistema del common law, ha desarrollado los espacios adecuados para que estos procesos se lleven a cabo adecuadamente. Por ejemplo, el sistema judicial norteamericano ha creado cortes de ínfimas cuantías en las

---

<sup>19</sup> George Burton. 1916. THE ORIGIN OF ENGLISH EQUITY. En, Columbia Law Review. Vol. 16, N°2. Columbia: Columbia University. 87-91

<sup>20</sup> Michael Y Morley. 2018. The Federal Equity Power. En: Boston College Law Review, Vol 59, Issue 1. Boston. Barry University School of Law. 232

que los casos son llevados a cabo mediante equidad, pero aún bajo la óptica del sistema judicial convencional.

Así también, el arbitraje en equidad es una forma muy usual de resolver conflictos litigiosos. La obra de Morley, da un punto de vista muy claro de como la equidad funciona en países cuyos sistemas la han aplicado de manera común.

Así mismo, la manera de implementar la equidad en los países anglosajones va de la mano con la medida en las cuantías de los casos y un estricto seguimiento a la jurisprudencia, sin dejar inobservada la aplicación de la equidad sobre caso concreto.

Juan Carlos Villalba<sup>21</sup> comparte en su obra el interesante desarrollo del arbitraje en la región, pero de igual manera pone en consideración el desarrollo de la normativa que regula el arbitraje en derecho y equidad a nivel comunitario en la región. Uno de los ejemplos más relevantes que se muestran en la obra es el de la Comunidad Andina de Naciones que mediante el Tribunal Andino de Naciones, ha creado un mecanismo de resolución de conflictos, esto en países que históricamente no tienen una cultura arbitral enraizada en sus legislaciones.

## **5 Antecedentes Históricos de la Equidad**

### **5.1 La Equidad en la Filosofía:**

La palabra árbitro viene del latín *Arbiter*, que a su vez tiene dos acepciones, la de juez y la de arbitrio, esta última en referencia a que en la antigua Roma las partes buscaban a un tercero en cuyos conocimientos confiaran para encontrar una solución a una controversia.

La equidad es un concepto antiguo y complejo que ha sido desmenuzado por la filosofía desde la época clásica de la civilización, siendo Grecia la cuna de la civilización occidental donde la filosofía aristotélica tiene una fuerte influencia en todas las corrientes de pensamiento occidentales que posteriormente utilizarán el concepto de equidad en sus sistemas de diferentes maneras.

---

<sup>21</sup> Villalba Cuéllar, Juan Carlos, y Moscoso Valderrama, Rodrigo Andrés, "Orígenes Y Panorama Actual Del Arbitraje." Prolegómenos. Derechos y Valores XI, N°. 22 (Bogotá: Universidad Militar Nueva Granada, 2008):141-17

Jesús Vega contrapone los conceptos sobre la equidad desarrollados por Ferrajoli respecto a las ideas de Aristóteles, cuando señala que la justicia y la equidad no se corresponden teóricamente, y si bien una puede degenerar en la otra, no es una situación que se corresponda. Es decir, lo equitativo es lo justo, pero lo justo no siempre va a ser lo equitativo, esto tomando en cuenta que la acepción de justicia es un concepto aún más grande, difícil de descifrar y casi imposible de aplicar de manera homogénea.

Vega saca a la discusión un tema igual de importante, y es que Ferrajoli intenta aplicar la equidad en un plano macro, mientras que la idea aristotélica de la equidad se basaba en la aplicación de la justicia al caso concreto.<sup>22</sup>

Una característica importante del concepto aristotélico de la equidad, es que no es posible positivizar una norma que lo contenga como tal, pues precisamente concebía a la equidad como un sistema que atendía el caso concreto con aquello que se considerase justo por sobre la ley escrita<sup>23</sup>. Es decir, que la norma jurídica erga omnes que norme una determinada situación jurídica no puede ser considerada producto de la equidad, pues equitativa no es la norma, si no la resolución del conflicto activando la norma.

En el positivismo jurídico, que es la base de nuestro sistema continental, es la aplicación de una norma la que soluciona la controversia, pues la posición del positivismo va de mayor a menor, mientras que la idea de la equidad parte de una serie de principios que generan una solución específica aplicable a un caso concreto. En equidad, el juzgador no tiene como punto de partida una norma que guíe al juzgador, sino que el juzgador mediante su buen parecer y sana crítica, establecerá aquello que él considere justo.

## **5.2 La Equidad Para Los Anglosajones:**

En la Inglaterra del siglo XI, la equidad toma un rumbo sostenido frente a la solución de conflictos. Es así como el autor George Burton, retrata la situación y el origen de la equidad en dicho país. Siendo el ejemplo inglés en la práctica y respecto a lo que se tiene

---

<sup>22</sup> Jesús Vega. 2013. LA EQUIDAD SEGÚN FERRAJOLI Y LA EQUIDAD SEGÚN ARISTÓTELES: UNA COMPARACIÓN CRÍTICA. En, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 36th ed. Alicante: Universidad de Alicante. 230-271.

<sup>23</sup> Jesús Vega. 2013. LA EQUIDAD SEGÚN FERRAJOLI Y LA EQUIDAD SEGÚN ARISTÓTELES: UNA COMPARACIÓN CRÍTICA, Pg, 234

recabado, el primer estado moderno en aplicar un modelo de equidad dentro de su sistema judicial y no como un mecanismo privado como en Roma.<sup>24</sup> Si bien las compañías mercantes italianas de la época ya utilizaban la equidad como método de solución alternativa de conflictos, no lo sofisticaron tanto como los ingleses, ni lo llevaron a una escala estatal.

La equidad inglesa nace como consecuencia directa de las necesidades del grueso de la población que no podía acceder al sistema judicial convencional, o en su defecto, las normas vigentes no contemplaban sus situaciones jurídicas por la falta de positivización de normas adecuadas a cada caso, por cuanto era usual encontrar vacíos legales.

Ante esta problemática, la solución de conflictos en equidad se centró como objetivo del reino, y esto, era llevar la justicia del rey hasta al último de sus súbditos. Para poder alcanzar este objetivo los jurisconsultos de la época empezaron a instaurar un sistema en equidad que pretendía solventar las causas provenientes de la gente.

A partir de esta decisión se empiezan a formar los cimientos de lo que luego conoceremos como el sistema anglosajón o common law.

Las amplias ventajas que posee el common law frente al resto de sistemas, en particular, la realidad fáctica de los casos ponderada por el magistrado a cargo de resolver la causa, quien dicho sea de paso debía ser una persona proba y de una reputación y conocimientos amplios y comprobables, son la clave para que los casos civiles de ínfima cuantía se procesen de manera ágil y no sobrecarguen al sistema judicial.

En Estados Unidos por su parte, muy temprano en su nacimiento como Estado, se estableció un sistema de solución de conflictos en derecho o equidad, esto basándose en el sistema de justicia heredado por sus antepasados británicos. Según el autor Michael T. Morley, la atribución de esta potestad jurisdiccional que venía de la Constitución, era aplicada a temas civiles que no requerían saturar el sistema judicial convencional, pues como en los tiempos de la colonia, esta corte servía para resolver los problemas del común denominador de la sociedad y llevar la justicia a todos los casos<sup>25</sup>.

Con el pasar de los años el sistema de equidad en las cortes norteamericanas fue enriqueciéndose y convirtiéndose en una alternativa razonable, en la que el papel de los

---

<sup>24</sup> George Burton. 1916. THE ORIGIN OF ENGLISH EQUITY. En, Columbia Law Review. Vol. 16, N°2. Columbia: Columbia University. 87-99.

<sup>25</sup> Michael Y Morley. 2018. The Federal Equity Power. Pg, 236-240.

jueces era determinante para resolver controversias civiles relativamente simples o de ínfima cuantía.<sup>26</sup>

Esto ha creado una enraizada cultura jurídica alrededor de la equidad que caracteriza al sistema judicial norteamericano, y que permite una rápida solución de conflictos sin mucha intervención de la burocracia del Estado o la existencia de amplios compendios jurídicos.

Finalmente, uno de los puntos fuertes de la equidad y parte de la abundante doctrina que ha salido de esta materia debido a su riqueza teórica es la creación de grandes conceptos claves para el sistema anglosajón como la teoría de manos limpias<sup>27</sup>. El contenido de esta teoría se basa en que todas las características concernientes a los hechos y a las partes, deben encontrarse de buena fe, la materia a tratar no debe estar viciada con actos impropios o ilegales en manos de las partes.

Si bien se entiende que para que se suscite una situación contenciosa una de las partes debió presuntamente, haber actuado de mala fe. Sin embargo, no significa que la parte accionante pueda acudir a un proceso en equidad con “manos sucias” es decir cometiendo un acto impropio a la naturaleza de la materia o un acto ilegal del que nace el caso o en respuesta al caso.

Aunque su mal actuar sea menor al de su contraparte, este imposibilita la capacidad de esta persona de buscar la equidad, pues quien la busca debe estar en una posición de cumplimiento y rectitud frente a la situación en disputa.

La expresión inglesa que explica de manera simplificada toda esta teoría de manera eficaz, reza lo siguiente: “*who comes into equity must come with clean hands*”<sup>28</sup>, que en su traducción literal significa, “El que venga por equidad, debe hacerlo con las manos limpias”, en referencia a que la parte que alega ser perjudicada por el actuar la parte reputada defensora deberá acudir a equidad sin haber infringido la ley por su parte.

Todo este panorama nació gracias a la necesidad de las soluciones rápidas y sencillas a los problemas de la gente común. Sin embargo, cabe notar que el acercamiento que ha tenido el sistema civil y el continental ha sido por completo diferente.

---

<sup>26</sup> *Ibidem* Pg, 232.

<sup>27</sup> *Clean hands Theory*

<sup>28</sup> Leigh Anenson. Announcing The Clean Hands Theory, Philosophy of Equity and Unclean Hands. En “University of California Law School Law Review, Vol. 51 (2018). Pg, 1837.

La equidad como medio para resolver las controversias en el Ecuador, a diferencia del sistema anglosajón que lo ha adaptado a su sistema ordinario, se ha adaptado en torno al arbitraje. La Ley de Arbitraje y Mediación ha hecho grandes concesiones al arbitraje y sobretodo a la equidad para hacer de esta una practica más usual entre los usuarios y aquellas personas que integran el arbitraje, desde el punto de vista logístico como jurisdiccional.

### **5.3 La Escuela Alemana Libre De Derecho**

La Alemania de finales del siglo XIX e inicios del siglo XX sufrió una serie de cambios en su estructura social y política que se plasmaron posteriormente en la ley. Otros países de tradición civilista habían imitado a los franceses en la codificación de un código civil lleno de reglas y disposiciones diseñadas para dirimir las controversias creadas entre ciudadanos. La Alemania del siglo XIX estaba indecisa respecto a como legislar, empezando por el solo hecho de que la existencia de un Estado alemán era una realidad nueva a partir de 1871, por lo que un nuevo orden social se tenía que establecer alrededor del nuevo Estado.

Mientras que en siglos pasados en Prusia había existido una fuerte resistencia a aplicar un Código Civil dentro de su legislación influenciada por Friedrich Carl Von Savigny. Ya entrados al siglo XX y tras la unificación del imperio alemán dicho código se expidió junto a una serie de reglas procesales enfocadas en la aplicación de este en derecho.

Es bajo estas circunstancias que nace la Escuela Alemana de Derecho Libre, que planeta una serie de ideas relacionadas a la equidad en las decisiones de los juzgadores como un valor superior al de la ley escrita. Buena parte de la filosofía y el razonamiento de quienes apoyaban esta corriente de pensamiento, no consideraban que la norma jurídica estuviera por sobre los juzgadores, si no que estos podían alejarse de la ley con el fin de obtener un resultado subjetivo, lo más justo posible.<sup>29</sup>

La equidad empieza de esta forma a adoptar una forma más moderna e incluso adversa a la ola de codificaciones que empezaron a aparecer en todo el mundo. Esta escuela de pensamiento fue la que empieza a sustentar la idea de que la equidad busca alcanzar la

---

<sup>29</sup> José Nuñez. El movimiento del derecho libre: una fuente de ideas que perviven hasta hoy en distintas teorías del derecho, incluso en el constitucionalismo contemporáneo. REVISTA DE DERECHO N.º 42. Universidad del Norte, Barranquilla. Pg, 146

justicia caso por caso, y mediante normas erga omnes. De igual manera esta escuela busca deslegitimar todas las malas concepciones que rodean a la equidad.

#### **5.4 El Desarrollo Normativo De La Equidad En El Ecuador.**

En el Ecuador es correcto afirmar que la primera norma moderna en regular el arbitraje contemporáneo de manera especializada es la Ley de Arbitraje Comercial proclamada por la Junta Militar de Gobierno en el año de 1963. Dicha ley fue expedida mediante decreto supremo por lo que nació con carácter de ley, y se mantendría así hasta el año de 1997 en el que se dictaría mediante el Congreso Nacional la primera Ley de Arbitraje y Mediación. Cabe recalcar que el arbitraje era una figura que si bien no era históricamente de amplia aplicación en el Ecuador, desde la colonia sí estaba regulado por las Siete Partidas emitidas por el Rey Alfonso X y luego aplicadas al posterior derecho indiano con el fin de resolver sobretodo disputas comerciales y domésticas.<sup>30</sup>

La evolución histórica del arbitraje que desembocó en la Ley de Arbitraje y Mediación de 1997, había hecho que este se mantenga en el ámbito de lo privado y por ende en equidad. En las Siete Partidas en su 3ra partida, título 4to, ley 1ra sobre las labores de los juzgadores, se reconoce a la jurisdicción arbitral como una jurisdicción válida para el trámite de causas a través de estos, otorgándoles a los árbitros la potestad de poder decidir en base al albedrío de estos mediante una renuncia de las partes a someterse a la justicia ordinaria y una aceptación expresa de acudir al árbitro y dejar que este decida.

En 1963 se estableció la primacía de las cámaras de comercio para su solución, esto en honor a la tradición arbitral proveniente las corporaciones mercantiles que antaño resolvían disputas entre sus miembros, mientras que la equidad anglosajona abre la equidad a un sin número de causas y materias. La Ley de Arbitraje y Mediación ecuatoriana reservó en un inicio las causas civiles para el sistema ordinario y permitió a las causas mercantiles poder someterse a arbitraje.

La Ley de Arbitraje y Mediación aun nivel especializado se hizo pensando únicamente en los comerciantes. La Ley establecía en su Art. 5 que solo los contratos

---

<sup>30</sup> Jaime Vintimilla. Los métodos alternativos de manejo de conflictos y la justicia comunitaria en el Ecuador. (Quito – CIDES, 2003) Pg. 13

mercantiles estarían sujetos a optar por este tipo de jurisdicción, para que un comerciante pueda acceder a este tipo de justicia y acudir a la cámara de comercio que le correspondiese por su locación para que de esta manera esta se pudiese activar el proceso.

Esta misma ley se creó, como bien explica sus considerandos, para “[...]Simplificar el trámite de los conflictos originados por las operaciones comerciales, facilitando la resolución de los mismos, mediante procesos adecuados”.<sup>31</sup> Lo dicho resulta relevante considerando que posteriormente la misma ley en su Art. 15 establece al arbitraje en equidad como la regla general para resolver las causas sometidas antes el tribunal. Este artículo permite a los juzgadores alejarse de la norma, sin embargo no les prohíbe aplicar esta, dejando básicamente la potestad a los juzgadores a mejor resolver en base a la sana crítica.<sup>32</sup>

La enunciada ley en el Art. 16 abre la posibilidad de someterse a lo que manda la ley, lo pone como una opción para aquellos casos en los que las partes lo convengan<sup>33</sup>. Sin embargo, y como se ha mencionado antes en el artículo, precedente a falta de convención y con el fin de preservar el espíritu del arbitraje, las causas se llevan por regla general en equidad.

Posteriormente con el fin de capitalizar este método, abrirlo a mas controversias, permitir el acceso a nuevos usuarios y modernizar su práctica, en 1997

## **6 El Concepto Equidad En El Ecuador Y Sus Posibles Acepciones.**

Como ya se ha mencionado antes, si no se ha establecido la forma de resolver el conflicto en derecho o equidad al momento del pacto, entonces la ley entiende que el arbitraje deberá llevarse a cabo en equidad. Esto hace que el sistema desde la ley tenga una predilección o cuanto menos un incentivo para los usuarios, a fin de acudir a este sistema. Sin embargo, la realidad puede ser otra.

---

<sup>31</sup> Considerandos. Ley de Arbitraje Comercial, 1963. No Vigente

<sup>32</sup> Artículo 15. Ley de Arbitraje Comercial, 1963. No Vigente. “Teniendo en cuenta la finalidad del arbitraje comercial, los árbitros están facultados para decidir los asuntos sometidos a su conocimiento de acuerdo con su conciencia honrado criterio y sentido de equidad. No están obligados por tanto a someterse a otras normas que las que contiene la presente ley.”

<sup>33</sup> Artículo 16. Ley de Arbitraje Comercial, 1963. No Vigente. “Las Partes litigantes podrán de mutuo acuerdo prorrogar o restringir los términos que fija la presente ley y optar por cualquier otra modalidad.”

El tema por tratar toca lo profundo de la práctica diaria del derecho y se explyea en el ámbito de quienes conforman el sistema arbitral, esto va desde aquellos profesionales a cargo de dirimir estas causas, pasando por los secretarios y todo aquel funcionario a cargo de llevar el debido proceso en las diligencias, hasta el usuario que le da vida al proceso.

A diferencia del arbitraje en derecho o del sistema de justicia ordinario, el arbitraje en equidad suele estar compuesto por aquellos sujetos que son ajenos a la práctica del derecho, pero cercanos a la materia en litigio. Es así que un profesional de la ingeniería o del comercio va a decidir sobre un proceso sin tan si quiera tener nociones básicas del derecho, esto por supuesto abre un nuevo enigma, pues, ¿la falta de normas por aplicar y la falta de un juzgador versado en derecho, pone en riesgo el derecho de las partes a la seguridad jurídica?

La equidad ha sido mal entendida y confundida por varias ocasiones a lo largo de la historia, como bien relata García y Santos en su obra cuando dice;

*“Una expansiva y falsa noción de equidad dio lugar a que en otros tiempos se implorara "Dios nos guarde de la equidad de los Parlamentos" y que los habitantes de Saboya, al ser ésta conquistada por Francisco I, le rogaron como gracia el no ser juzgados según equidad.”*<sup>34</sup>

Esta acepción es una clara muestra de la falta de confianza en la equidad al relacionarla con la arbitrariedad y el desapego a la ley en un sentido peligroso al bien público.

De igual manera la equidad suele relacionarse con conceptos devenidos del sistema continental de justicia que asumen a la equidad como un riesgo para el ordenamiento jurídico al poder aplicarse como válvula de escape de este. El término *aequitas cerebrina* sirve precisamente para identificar la arbitrariedad de un juzgador al aplicar la equidad.<sup>35</sup>

Estas acepciones del concepto de la equidad podrían dar a entender que su aplicación podría llegar a vulnerar la seguridad jurídica de quienes acuden a ella. Sin embargo, el rol de la equidad no es el de atacar la legalidad, evadirla o contradecirla, la equidad tal como está concebida sirve como un medio de apoyo a la justicia que busca aplicar los principios propios de la ley a un caso en específico, sin vulnerar ningún derecho en lo que se refiere a la seguridad jurídica. Cabe señalar que el derecho a la seguridad jurídica no tiene que ver con

---

<sup>34</sup> Alvaro García y Santos. EVOLUCIÓN Y CERTEZA JURÍDICA: EL ROL DE LA EQUIDAD. Revista de la facultad de derecho, N° 13. Universidad de la República – Uruguay. Pag. 47.

<sup>35</sup> Isabel Ruiz-Gallardo. La Equidad: Una Justicia Más Justa. Foro Nueva Época, Vol° 20, 2017. Universidad Rey Juan Carlos . Pg: 185

el irremplazable sometimiento a la norma jurídica que a su vez habrá normado la situación en disputa.

La norma civil, no tiene dentro de su alcance la posibilidad de regular toda situación que se le presente. Es así, que la ley podrá regular en la medida de lo posible las situaciones más comunes del comercio o de las relaciones interpersonales entre los sujetos sometidos al derecho y sus cosas, más no tiene la capacidad de mediar o regular toda situación. Si una situación en estado de controversia no está normada de manera positiva o negativa, no significa que quien esté en dicha situación se encuentra en estado de indefensión. Significa que es deber de los jueces poder resolverla aplicando la sana crítica haciendo uso de los detalles fácticos del caso y de su conocimiento en el derecho.

De igual manera, en la resolución de conflictos en equidad no pretende someter a las partes a una situación extrajurídica o dar un carácter de legalidad a una situación ilegal<sup>36</sup>; por el contrario, el fin de esta es poder aplicar las reglas propias del entendimiento de la profesión en cuestión, o se busca un entendimiento racional de los hechos fácticos que buscan dar un alcance superior a la noción de justicia aplicada al caso concreto, como lo definió Aristóteles al referirse al concepto de equidad dentro del marco de lo legal.

## **7 ¿El arbitraje en Equidad puede llegar a vulnerar el derecho a la seguridad jurídica?**

La manera de entender donde se encuentra esta figura dentro de la zona gris entre equidad y arbitrariedad, en el marco de la seguridad jurídica, está en los deberes de los árbitros que resuelven causas en equidad.

Los árbitros en general para poder expedir un laudo deben pasar por un largo proceso de deliberación y consecuente fundamentación de la decisión que tomen respecto al caso. En derecho, la fundamentación va a basarse en cómo los hechos del caso se subsumen en la norma, y en base a eso aplicarán las herramientas que tengan a la mano. En ese contexto, la

---

<sup>36</sup> Ernesto Salcedo Verduga, *El Arbitraje: La Justicia Alternativa*. Pg. 138. “Visto así el asunto, el fallo en equidad debe ser entendido como la decisión del árbitro que no contraría el ordenamiento jurídico y, antes bien, que es expuesta de conformidad por él, y apoyada en un análisis valorativo de los hechos, realizado de acuerdo con las reglas de la sana crítica.”

norma es la fuente principal a la que recurrirán. Todos los vacíos que la norma pueda tener los podrán disipar con el resto de las herramientas que estos posean.

Los árbitros en equidad por disposición de la ley no tienen la obligación de ser abogados, por cuanto no es necesario que estos manejen conocimientos venidos de la ley o las múltiples teorías alrededor del derecho que ayudan a los juzgadores convencionales a dirimir causas. Por el contrario, la ausencia de estas aptitudes hace que estos juzgadores basen toda su atención y razonamiento lógico en la situación fáctica del caso.

Mientras que una decisión en derecho debe entenderse alrededor de la norma, el laudo en equidad deberá explicarse en base al buen entender del árbitro. Para esto, el árbitro en equidad tiene una tarea más complicada que la de los árbitros en derecho, pues estos deberán motivar con más cuidado y extensión sus laudos para que así hasta el común de los lectores pueda entender los parámetros de juzgamiento en los que se involucra su leal entender y como en base a estos llegó a la decisión que le atañe. Caso contrario, el árbitro podría arriesgarse a que su decisión pueda entrar en una de las causales de nulidad contenidas en el Art. 31 de la Ley de Arbitraje y Mediación.<sup>37</sup>

La motivación de los laudos arbitrales, por su naturaleza, es más complicada y por ello los árbitros deben ser más cautelosos. Los árbitros deberán explicar los procesos lógicos por los que pasaron al momento de tomar la decisión e incluso si lo encuentran necesario, podrán recurrir a la norma jurídica en busca de guía o como herramienta por aplicar al momento de decidir sobre una controversia.

De esta manera el laudo en equidad muestra una serie de parámetros a los que está sometida con el fin de controlar la buena práctica y expedición de las decisiones tomadas por los árbitros, por lo que no resulta exagerado concluir que el derecho a la seguridad jurídica no llega a ser vulnerado por el mero hecho de la aplicación de la equidad en la resolución de conflictos de relevancia jurídica. Todos los pasos a tomar en cuenta para proceder con el laudo fomentan y refuerza la buena aplicación de la justicia en el caso concreto.

---

<sup>37</sup> Artículo 7, Ley de Arbitraje y Mediación, 2006. “El convenio arbitral, que obliga a las partes a acatar el laudo que se expida, impide someter el caso a la justicia ordinaria. Cuando las partes hayan convenido de mutuo acuerdo someter a arbitraje sus controversias”

La asociación entre la arbitrariedad y la equidad no tiene fundamento y de hecho denota el amplio desconocimiento de este concepto en su origen filosófico y teórico, pero a la vez constituye una de las posibles razones por las cuales esta figura puede eventualmente entrar en desuso.

Patricia Vera, Directora del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio Ecuatoriano Americana (AMCHAM), considera que en efecto existe una considerable reducción de causas sometidas a arbitraje en equidad en los últimos años. De hecho, en entrevista realizada el 21 de octubre de 2021<sup>38</sup>, comenta que las causas recibidas en la AMCHAM para ser resueltas en equidad cada vez resultan ser menores frente a las causas receptadas en derecho, y esto podría contribuir a un eventual desuso de la figura. Estas aseveraciones se respaldan en los datos entregados por la misma AMCHAM<sup>39</sup>, en los cuales se establece que tan solo han sido presentados 5 casos en equidad en los últimos 5 años, lo que significa que solamente se recepta un caso al año para ser resuelto en equidad.

Emilia Grijalva, Directora del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito, describe al arbitraje en equidad como una figura útil para resolver conflictos, sin embargo también reconoce una amplia preferencia de los usuarios al arbitraje en derecho debido a que lo consideran una alternativa más segura frente al arbitraje en equidad.

Grijalva también aclara que a su parecer, para que el arbitraje en equidad tome fuerza como una figura por aplicarse a gran escala y que esta pierda el estigma que posee, las condiciones para aplicar a este tipo de litigio deberían ser técnicas, es decir, solo los temas que requieran de un conocimiento técnico respecto al litigio, es decir un litigio especializado, deberían ser las situaciones que se puedan someter a equidad.<sup>40</sup>

De igual manera cabe resaltar las cifras entregadas por la CCQ respecto a las causas presentadas en los últimos años, esto con el objetivo de determinar cual ha sido el

---

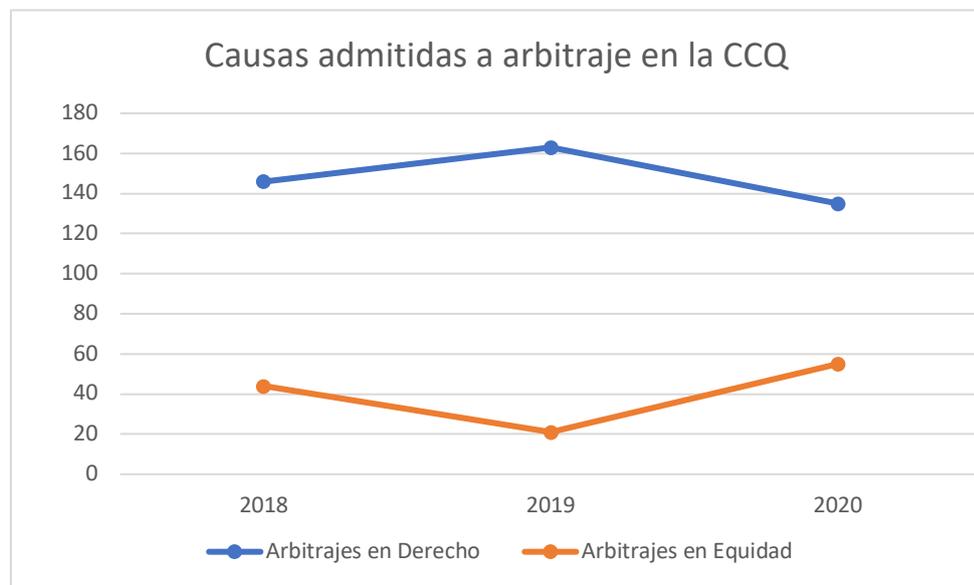
<sup>38</sup> [https://drive.google.com/drive/folders/1OeN4O1OF2\\_iUt4g-eXPviTMeA9PflZa-?usp=sharing](https://drive.google.com/drive/folders/1OeN4O1OF2_iUt4g-eXPviTMeA9PflZa-?usp=sharing)

<sup>39</sup> Patricia Vera, Entrevista por Rafael Guerrero, 21 de octubre de 2021, transcripción: [https://drive.google.com/drive/folders/1OeN4O1OF2\\_iUt4g-eXPviTMeA9PflZa-?usp=sharing](https://drive.google.com/drive/folders/1OeN4O1OF2_iUt4g-eXPviTMeA9PflZa-?usp=sharing)

<sup>40</sup> Emilia Grijalva, Entrevista por Rafael Guerrero, receptada el 4 de noviembre de 2021, Fuente: [https://drive.google.com/drive/folders/1OeN4O1OF2\\_iUt4g-eXPviTMeA9PflZa-?usp=sharing](https://drive.google.com/drive/folders/1OeN4O1OF2_iUt4g-eXPviTMeA9PflZa-?usp=sharing)

comportamiento de los usuarios al momento de recurrir a métodos alternativos de solución de conflictos, dichos datos son;

### GRAFICO 1. ESTADÍSTICAS SOBRE LA ADMISIÓN DE NUEVAS CAUSAS EN LA CCQ



**Fuente:** Cámara de Comercio de Quito, Elaborado Emilia Grijalva, Directora del Centro de Arbitraje y Mediación de la CCQ.

Las cifras arrojadas por la CCQ son alentadoras en lo que respecta al uso de esta figura, siendo el 2019 el punto más bajo respecto al uso de esta figura, mientras que un año después su uso casi se triplicó. Esto se produce seguramente debido a la incidencia de la pandemia, pues una serie de obligaciones y contratos que se rompieron por causa de su incumplimiento, reactivaron esta vía.

Aún siendo una cifra alentadora, hay que tomar en cuenta que sigue siendo considerablemente dispereja respecto a la cifra de las causas admitidas a arbitraje en derecho, esto se explica por la predilección de los usuarios al sentimiento de “seguridad” que les proporciona dicha figura.

## 8 El Arbitraje En Equidad Desde El Punto De Vista Procesal

Como ya se ha dicho antes, la equidad no debe entenderse como un cheque en blanco en manos de los juzgadores para que decidan de manera arbitraria. Sin embargo, también hay pequeños malentendidos respecto al procedimiento arbitral en equidad que pueden contribuir a esta noción, por cuanto vale la pena revisarlos paso por paso.

El procedimiento arbitral se origina de la voluntad de las partes de someterse a esta jurisdicción y aceptar las reglas procedimentales de los centros a los que acudan posean. Esta voluntad puede venir de una cláusula arbitral previamente aceptada en un contrato celebrado entre las partes como lo señala el Art. 7 de la Ley de Arbitraje y Mediación<sup>41</sup>, o por que las partes entre sí han acordado solucionar una controversia acudiendo a arbitraje, pactado voluntariamente al momento del conflicto.

Al generarse el acuerdo de las partes a someterse a este sistema, entonces empiezan los procedimientos propios del arbitraje, pues que el proceso sea en derecho o en equidad no va a hacer que el procedimiento varíe. Por el contrario, los procesos establecidos en la ley, por el centro de arbitraje y por las partes se van a mantener, pues la aplicación equidad no aplica si no hasta la emisión del laudo con la sola excepción de que en equidad se pueden aceptar todo tipo de pruebas que el árbitro considere necesaria<sup>42</sup>.

Existiendo este requisito, entonces una de las partes tendrá que iniciar el proceso con la presentación de la demanda y su respectiva contestación como si de un proceso ante la justicia ordinaria se tratase. De esta manera se procede normalmente hasta la designación del árbitro, en este momento empiezan a aplicar las reglas procesales que varían en esta materia, pues mientras que en el árbitro en derecho debe ser por disposición de la ley un abogado, en equidad cualquier persona puede serlo sin excluir a los abogados.

De este último punto surge una curiosidad que vale la pena recalcar. Mientras que los jueces de la justicia ordinaria y los árbitros están sujetos a las sanciones establecidas en el COIP por el tipo penal de prevaricato contenido en su Art. 268<sup>43</sup>, este artículo no pesa sobre

---

<sup>41</sup> Artículo 7, Ley de Arbitraje y Mediación, 2006. “El convenio arbitral, que obliga a las partes a acatar el laudo que se expida, impide someter el caso a la justicia ordinaria”.

<sup>42</sup> Miguel Andrade, Ley de Arbitraje y Mediación Transigible y Arbitraje en Equidad. Revista ecuatoriana de arbitraje. n° 3, 2011, Ecuador. Pg, 220.

<sup>43</sup> Art. 268, Código Orgánico Integral Penal., R.O. 180, 10 de febrero de 2014, Reformado por última vez el 13 de Oct. De 2021. “Las o los miembros de la carrera judicial jurisdiccional; las o los árbitros en derecho que fallen contra ley expresa, en perjuicio de una de las partes; procedan contra ley expresa, haciendo lo que prohíbe o dejando de hacer lo que manda, en la sustanciación de las causas o conozcan causas en las que

los árbitros en equidad, y la lógica detrás de esta decisión no es difícil de descifrar. Si el prevaricato aplicara para los árbitros en equidad, dicha figura sería imposible de aplicar por contradicción conceptual entre estos dos, por lo que la figura no está diseñada para cubrir estos supuestos y a su vez dar seguridad a los juzgadores en equidad de poder decidir a su leal saber y entender y no desnaturalizar al arbitraje en equidad mediante coacción.

Retomando la situación procesal y logística que rodea al arbitraje en equidad, si bien está sujeta al accionar y disposición de los árbitros, estos al no ser profesionales del derecho no tienen la obligación de tener nociones procedimentales de como se lleva el proceso. Es aquí cuando volvemos al aspecto práctico de la investigación, pues la práctica ha hecho que sean los secretarios arbitrales los que lleven el grueso del proceso a manera de asistencia de los árbitros, cuando estos son profesionales alejados del derecho.

Finalmente, y transcurridas las etapas de audiencia de sustanciación y de estrados, llega la etapa más difícil para todo el procedimiento en su conjunto, y es la decisión o laudo que debe emitir el árbitro. Es aquí cuando el árbitro al momento de emitir su laudo tiene varias opciones.

## **9 El Laudo Arbitral En Equidad**

El laudo en derecho no puede bajo circunstancia alguna alejarse de la norma y aplicar soluciones en equidad sin correr el riesgo de caer en las causales de prevaricato contenidas en el ya mencionado Art. 268 del COIP. Por ende, y respecto a los árbitros en equidad, aunque su mandato inicial es resolver en equidad, no poseen prohibición alguna de aplicar cuantas normas o conceptos jurídicos ellos estimen necesarios.

Dicho razonamiento debe ser en base a su entendimiento; sin embargo, si la norma o la doctrina resultan una ayuda para llegar a una decisión fundamentada y correcta en ese caso entonces no hay prohibición respecto a la posibilidad de ampararse en la norma<sup>44</sup>.

---

patrocinaron a una de las partes como abogadas o abogados, procuradoras o procuradores, serán sancionados con pena privativa de libertad de tres a cinco años.”

<sup>44</sup> Roque J. Caivano. Arbitraje. Pg, 254

Por otro lado, el árbitro puede tomar un rumbo completamente abierto al de las normas jurídicas y decidir sobre su razonamiento y fiel conocimiento de la norma jurídica. Los límites que este puede encontrar van a ser el orden público con el fin de no legitimar actos impropios o dañinos para la sociedad y la buena explicación de la decisión. Como ya se dijo antes, la decisión del árbitro debe sustentarse de manera satisfactoria al entendimiento de las partes.<sup>45</sup>

## **10 La cultura jurídica ecuatoriana**

La cultura civilista y apegada a la norma que poseemos los ecuatorianos ha hecho que conceptos como la equidad, no sean del gusto de los usuarios ecuatorianos. Esto reflejado en las cifras sobre los ingresos de causas en los diferentes centros de arbitraje y mediación en la ciudad de Quito, el constante declive en el ya ínfimo número de causas receptadas en las cámaras de arbitraje, son un claro síntoma de cómo la cultura jurídica ecuatoriana, a pesar de la primacía que la LAM da a la figura de la equidad, está rechazando esta figura y condenándola a un eventual desuso.

Con el pasar del tiempo, los usuarios se han ido habituando a la LAM, por ende, han ido adaptando sus cláusulas arbitrales en favor del arbitraje en derecho, aunque la práctica que dio luz al arbitraje en el Ecuador fue en equidad. Y esta a pensar de no ser tan rica como la proveniente de los países de origen anglosajón, estaba bastante nutrida y enfocada a la agilidad y la opción de prescindir del sistema ordinario y de los tecnicismos de la ley para obtener resoluciones de conflictos efectivas. Sin embargo, en la práctica los usuarios se han seguido inclinando en favor del derecho.

El arbitraje en derecho si bien guarda sus peculiaridades propias que lo alejan por varias razones de la justicia ordinaria, en cuanto a temas como procedimientos, juzgadores, comodidad y tiempos, no se van a alejar mucho de la decisión que tome un juez, siendo la misma ley la que van a aplicar en sus decisiones que van a estar, cuanto menos, orientadas en la misma línea.

---

<sup>45</sup> (Roque J. Caivano. Arbitraje. Pg, 254-255)

Si bien se puede considerar que mientras más conocimientos tenga el árbitro o el juez, mejor fundada va a ser la decisión final y mejor interpretada la norma, y tal vez el entendimiento del juzgador sobre la norma lo permita analizarla de otra forma y aplicarla de una manera imprevista, sin embargo esta situación constituye una excepción.

La equidad propone una manera de internalizarse por completo en el caso y poder dejar los estándares normativos que regulan una situación general, pero que no prevén una situación con particularidades de carácter mixto. El derecho no lo hacen ni los legisladores ni los abogados, si no quienes ejecutan acciones diarias que a su vez generan situaciones de conflicto entre las partes, por lo que requieren soluciones propias de su práctica.

Si bien entender lo que involucra la práctica de los sujetos o su giro de negocio, desde una posición ajena a este puede hacer que las personas se amparen en la ley y se alejen de la equidad. La referida equidad entre los sujetos puede resultar en una manera oportuna de ir desarrollando la práctica conocida y ética de su profesión.

## **11 Conclusiones**

El arbitraje en equidad a simple vista no parece ser una figura compleja o de difícil aplicación, dado que como lo establece la ley en realidad parece muy simple. Sin embargo, durante los últimos años los usuarios del sistema arbitral han preferido el uso del arbitraje en derecho sobre el arbitraje en equidad. De manera paulatina, el uso de esta figura es cada vez es más raro . A pesar de un breve repunte en el caso de la CCQ, el número de causas sigue siendo notoriamente inferior frente su contraparte en derecho.

Este decaimiento se contradice con la fuerza que esta misma figura respecto a jurisdicciones pertenecientes a países del common law. Estos países han basado toda su estructura judicial, teórica y doctrinaria en base a la equidad. De hecho, el desapego de estos a las normas escritas es el principal referente de su sistema.

Mientras tanto en los países que han acogido el sistema continental como el Ecuador, el apego a la norma jurídica y la sujeción a esta, permanecen arraigados a quienes hacen el derecho en el Ecuador, por lo que no resulta raro que la figura de la equidad no encuentre impulso localmente. Junto a esta razón, hay muchas más que se han topado en la presente investigación.

Existe un desconocimiento generalizado respecto al significado de la palabra equidad, y si bien el común de los ciudadanos puede asumir o imaginar su significado, hay toda una teoría filosófica detrás de este. De igual manera, muchas regiones y países han ido desarrollando esta figura acogiéndola a sus necesidades.

Sin duda alguna es correcto concluir que los países que han acogido en mayor medida esta figura son aquéllos de corte anglosajón, mientras que los países civilistas y países pertenecientes al sistema continental, han optado por remedios más tradicionales que si bien sacrifican tiempo, entregan resultados certeros.

La equidad podría, si es bien implementada, convertirse en un sistema que represente, una válvula de escape eficaz para el sistema jurisdiccional, si los usuarios desde el sector empresarial y comercial hasta los operadores jurídicos, empezaran a ver con buenos ojos a este método de solución alternativa de conflictos, y empiezan a acudir a este, puede que nuevas corrientes filosóficas y de pensamiento jurídico se enraícen en la cultura legal ecuatoriana y llegemos a alcanzar un entendimiento mayor de la palabra justicia, pero para que llegue ese momento, primero hay que salvar el arbitraje en equidad de un eventual desuso.

El desuso podría ocurrir gracias al desapego que han mostrado los usuarios respecto a esta figura. Toda la riqueza teórica que ronda esta figura no ha sido plasmada ni desarrollada en Ecuador, y la falta de ingresos nuevos en determinadas cámaras junto al desconocimiento de los operadores que día a día va creando este proceso.

Si es que llegase a entrar en desuso, esto sería en una escala paulatina y puede que en algunos casos pueda utilizarse de manera extraordinaria. Sin embargo, si una figura tan importante con tantas concesiones otorgadas de parte de la ley no es usada por quienes hacen el derecho, entonces corre el riesgo de poder desaparecer o perder su preminencia sobre el arbitraje en derecho, lo que la puede conducir al desuso, el mismo que se puede evitar con la buena inducción en las practicas arbitrales referentes a este tipo de proceso.

Parafraseando a Aristóteles cuando intentaba descifrar el concepto "Justicia", mientras menos leyes, más justicia, todo un sistema basado en la aplicación estricta de la norma jurídica que no puede adaptarse a varias situaciones fácticas, entonces no puede acercarse al verdadero objetivo de la justicia.