

Fallos *ex aequo et bono* en el arbitraje deportivo

EX AEQUO ET BONO DECISIONS IN SPORTS ARBITRATION

Stefanny Barona B.*

Recibido/Received: 31/10/2023

Aceptado/Accepted: 12/12/2023

SUMARIO: 1. La razón del fallo *ex aequo et bono* en el arbitraje 2. La aplicabilidad en el arbitraje deportivo: una disputa deslocalizada. 3. Casos relevantes ante el Tribunal de Arbitraje Deportivo.

RESUMEN: El presente artículo tiene como finalidad analizar la incidencia del fallo *ex aequo et bono* en el arbitraje; así como la *ratio decidendi* del Tribunal de Arbitraje Deportivo sobre este tipo de fallo.

PALABRAS CLAVE: *Ex aequo et bono*, Tribunal Arbitral de Baloncesto, Tribunal de Arbitraje Deportivo

ABSTRACT: The purpose of this article is to analyze the incidence of the *ex aequo et bono* award in arbitration; as well as the *ratio decidendi* of the Court of Arbitration for Sport on this type of award.

KEYWORDS: *Ex aequo et bono*, Basketball Arbitral Tribunal, Court of Arbitration of Sport

1. LA RAZÓN DEL FALLO *EX AEQUO ET BONO* EN EL ARBITRAJE

En la práctica arbitral, hemos observado cómo el razonamiento de los árbitros difiere del que se obtendría en una corte local. En relación con esto, surgen las siguientes interrogantes: ¿por qué un árbitro razona distinto que un juez?

* Asociada en la firma INVESTMENT & CORPORATE LAW ICLAW. Abogada por la Universidad Hemisferios. Master en Compliance por la IMF Business School y la Universidad Camilo José Cela. Master en Derecho de Daños por la Universidad de Girona. Diplomado en Derecho Deportivo por la Universidad Austral. Correo electrónico: stefannybarona@gmail.com

¿Acaso no es juez privado, y como juzgador tiene la misma lógica?¹. Estas preguntas pueden ser respondidas con el siguiente ejemplo:

[...] no es igual tener un árbitro del partido que ha sido jugador de fútbol a uno que no. El árbitro que ha sido jugador va a ser mucho más permeable a las circunstancias que los jugadores enfrentan porque ha estado en la cancha, sabe qué se siente estar en ese lugar, sabe cómo funciona, sabe qué siente el jugador, sabe que a veces se altera; en consecuencia, se puede ir de manos o de boca. Quizás sea más o menos comprensivo en base en su experiencia. En cambio, un árbitro que nunca ha jugado fútbol posiblemente no tendrá todas esas cosas en mente y se pegará al reglamento. Los jueces tienden a pegarse al reglamento y los árbitros tienden a entender que las reglas son un medio y no un fin en sí mismo².

Es menester tomar en cuenta que el arbitraje se enfoca más en los hechos que en cuestiones estrictamente legales, puesto que en el arbitraje los principios, los cuales se aplicaban previamente, prevalecen sobre la ley³ —más al hablar de principios morales⁴—. Por lo tanto, para un árbitro suele ser más apropiado adaptar el derecho para poder ofrecer una interpretación amplia, en lugar de forzar los hechos para que se ajusten a la ley⁵.

Lo antes expuesto centra su atención en el fallo *ex aequo et bono*. Este tipo de fallo ha sido defendido por las cortes. El Tribunal Superior del Condado de Santa Barbara en el caso *Moncharsh c. Heily & Blase* refleja de mejor manera este concepto. El juez de dicho caso, Thomas Adams, afirmó que se ha reconocido la capacidad de los árbitros para basar sus decisiones en principios de equidad y buena conciencia, lo que se conoce como *ex aequo et bono*, principio que se traduce en lo justo y bueno⁶. De igual manera, es preciso referirse a la opinión legal de los profesores de la Universidad de Viena Christoph Schreuer y August Reinisch, dentro del caso *CME Czech Republic B.V. c. The Czech Republic*:

1 A. BULLARD, ¿Es un arbitraje un juicio?, en C. SOTO COAGUILA (Dir.), *El Arbitraje en el Perú y el Mundo*, Ed. Magna, 2008.

2 Ídem.

3 Ídem.

4 J. HERBOCZKOVÁ, *Amiable composition in the international commercial arbitration*, <https://goo.by/KUHHowo> (24/10/2023).

5 A. BULLARD, N. 1.

6 Tribunal Superior del Condado de Santa Barbara, *Moncharsh v. Heily Blase*, Nro. S020997, julio 30, 1992

Las decisiones de los tribunales y cortes internacionales basadas no en la ley sino en la equidad no son desconocidas. Varios documentos que rigen la adjudicación internacional prevén la decisión *ex aequo et bono*. La disposición más famosa de este tipo es el Artículo 38(2) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. La idea subyacente es liberar al tomador de decisiones de las rigideces del derecho positivo y permitir consideraciones de justicia y equidad⁷.

De esta manera, el fallo *ex aequo et bono* le permite al árbitro “ignorar las disposiciones obligatorias de la ley, en la medida en que permanezcan dentro del marco general de políticas públicas aceptables”⁸. Esto, debido a que la idea principal “es liberar al tomador de decisiones de las rigideces del derecho positivo y permitir consideraciones de justicia y equidad”⁹. De esta manera, el *scope* del fallo *ex aequo et bono* conlleva a una actuación fuera de la ley¹⁰, “o más peyorativamente, actuar a pesar de la ley”¹¹.

A pesar de lo antes expuesto, la realidad es que este tipo de fallo ha sido objeto de críticas por algunos autores, quienes lo han presentado con un estereotipo negativo o mal entendido, señalando que su aplicación podría llevar a una falta de previsibilidad en los fallos, socavando la integridad en la toma de decisiones¹².

Sin embargo, la realidad es que el fallo *ex aequo et bono* en el arbitraje responde a que, para este método alternativo de solución de disputas, las reglas cambian y las leyes pasan a quedar en segundo plano. Esto, puesto que “desde un principio se preveía la posibilidad de que el árbitro decidiera apartándose de las reglas normalmente aplicables”¹³. Aquello conlleva a que un tribunal decida el caso “de conformidad con su propia percepción de la justicia sin estar sujeto a normas de derecho”¹⁴. Al respecto, la aproximación de la equidad a través de la

7 UNCITRAL, *CME Czech Republic B.V. c. The Czech Republic*, Opinión Legal de 20 de junio de 2002.

8 M. RAFFA, “Amiable Composition and Ex Aequo et Bono Arbitration”, *Revista Bepress*, 2013.

9 UNCITRAL, *CME Czech Republic B.V. c. The Czech Republic*, Opinión Legal de 20 de junio de 2002.

10 J. HERBOCZKOVÁ, N. 4.

11 L. TRAKMAN, *Ex aequo et bono: Demystifying an Ancient Concept*, Chicago Journal of International Law, 2008.

12 Ídem.

13 J. CÁRDENAS, “El arbitraje en equidad”, *Revista de la Pontificia Universidad Javeriana*, 2003.

14 A. CREMADES, *Arbitraje comercial internacional en Europa (aspectos actuales y regímenes jurídicos)*, Ed. Mario Castillo Freyre y Palestra Editores S.A.C, 2013.

justicia explica que un principio clave en la justicia es la equidad, que implica un trato justo entre individuos que colaboran y que compiten¹⁵.

La raíz de este tipo de fallos en el arbitraje radica en la libertad de discernimiento que se otorga a los tribunales arbitrales al emitir sus resoluciones. Estas decisiones no se ven condicionadas por normas nacionales o internacionales, sino que se fundamentan en principios generales como el de la buena fe, la cual interviene en toda actividad humana.

A más de ello, resulta menester tomar en cuenta que existe una confianza de las partes en el tribunal arbitral, puesto que no se espera que el tribunal actúe como un juzgador (justicia ordinaria), sino que analice el caso desde otra óptica, menos estricta y evaluando la actuación de las partes con relación al contrato.

Así, la razón del fallo *ex aequo et bono* en el arbitraje se traduce en lo siguiente: fallar fuera de la ley, atendiendo a los principios como mandatos de optimización¹⁶. Optar por este tipo de fallo, le brinda al árbitro tener mayor flexibilidad con respecto al caso en cuestión y que el análisis se centre en aspectos de equidad, aunque implique la no atención a las reglas de derecho.

Una vez tomado ello en cuenta, un enfoque más amplio sobre este tipo de fallo en el arbitraje deportivo se verá en la siguiente sección.

2. LA APLICABILIDAD EN EL ARBITRAJE DEPORTIVO: UNA DISPUTA DESLOCALIZADA

La mejor manera de entender el fallo *ex aequo et bono* en el deporte, es en el arbitraje de baloncesto, cuyo organismo regulador es la Federación Internacional de Baloncesto (FIBA). Esta reconoce al Tribunal Arbitral de Baloncesto (BAT), órgano encargado de resolver disputas relacionadas con el baloncesto a nivel internacional¹⁷ y cuyo laudo es definitivo para las partes¹⁸; así como al Tribunal de Arbitraje Deportivo (TAS)¹⁹.

15 J. RAWLS, *Justicia como equidad*, Ed. Paidós Ibérica, 2008.

16 A. ZÁRATE, "Teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy", *Revista Mexicana de Derecho Constitucional* N. 17, 2017.

17 Estatutos General de FIBA, Artículo 33, numeral 1, edición 3 de junio de 2021.

18 Ídem., numeral 2.

19 Ídem., artículo 40.

En las Reglas Arbitrales del BAT se establece que el fallo *ex aequo et bono* implica la ausencia de norma nacional o internacional en la toma de decisiones del árbitro: “The Arbitrator shall decide the dispute *ex aequo et bono*, applying general considerations of justice and fairness without reference to any particular national or international law”²⁰. Incluso, en el preámbulo de las Reglas de Arbitraje del Tribunal Arbitral de Baloncesto se establece una cláusula arbitral modelo en el que se indica como una de las reglas para el proceso arbitral el que el tribunal falle *ex aequo et bono*.

La razón de considerar como regla la decisión *ex aequo et bono*, es en virtud de que los árbitros no deben adentrarse en cuestiones intrínsecas del derecho nacional, incluso ni siquiera pedir la opinión de expertos en el tema²¹. Lo que se busca es que la disputa sea resuelta de la manera más equitativa y justa para las partes, fundándose en el contrato suscrito por estas.

El laudo que mayor trascendencia tuvo en el FIBA fue el dictado por el árbitro Ulrich Haas dentro del caso *Djuro Ostojic y Miodrag Raznatovic v. Club PAOK KAE*²². El árbitro explicó que el fallo *ex aequo et bono* implica ignorar la ley y centrarse en las circunstancias del caso²³. A más de ello, precisó que este fallo tiene su origen en el Concordato sobre Arbitraje de 27 de marzo de 1969 que establecía que los árbitros no se inspiran en normas para perseguir la percepción de justicia, y que incluso dicha concepción resulta contraria a las normas.

El fallo *ex aequo et bono* en el FIBA constituye una regla predeterminada cuyo objetivo es que se maximice el proceso mientras que se garantiza la imparcialidad de la decisión. La esencia se basa en la interpretación del árbitro de un determinado negocio jurídico tomando en cuenta la relación general de las partes, las situaciones, conductas y cualquier otro aspecto relevante, a fin de llegar a una solución justa y adecuada en la controversia²⁴.

Así, este tipo de fallo en el baloncesto brinda a los árbitros una flexibilidad para poder resolver disputas de manera justa y equitativa, destacando la importancia

20 Reglas Arbitrales del Tribunal Arbitral de Baloncesto, Artículo 15, numeral 1.

21 A. RIGOZZI, “Chapter 4: Sports Arbitration and the Inherent Need for Speed and Effectiveness”, *Expedited Procedures in International Arbitration*, ICC, 2017.

22 Tribunal Arbitral de Baloncesto, Mr. Djuro Ostojic, Makedonska & Mr. Miodrag Raznatovic v. Basketball Club PAOK KAE, FAT 0001/07, Laudo de 16 de agosto de 2007. El jugador y su agente demandaron al club por los valores impagos del contrato suscrito entre el Jugador y el Club y apéndice suscrito, por el valor de 45.000 euros para el jugador y 6000 euros para el agente.

23 Ídem.

24 E. HASLER, *The Basketball Arbitral Tribunal-An Overview of Its Process and Decisions*, Yearbook of International Sports Arbitration, Ed. Asser Press, 2016.

de equilibrar la aplicación estricta de las reglas con la equidad y justicia a fin de mantener la integridad e imparcialidad. De esta manera, al otorgarle la facultad al árbitro de fallar *ex aequo et bono*, implica que la disputa no observe normativa nacional o internacional, convirtiéndose así en deslocalizada, siendo la “ley aplicable” el criterio justo y equitativo del tribunal que decida el caso.

3. CASOS RELEVANTES ANTE EL TRIBUNAL DE ARBITRAJE DEPORTIVO

Existen pocos —pero interesantes— laudos emitidos por el TAS en donde los árbitros han analizado casos con base el fallo *ex aequo et bono*. El Código de Arbitraje Deportivo recoge al arbitraje *ex aequo et bono* siempre y cuando las partes consientan para ello²⁵, convirtiéndose así en una excepción más que una regla. Por ende, los casos en donde más se analiza este fallo son en baloncesto. A continuación se tratan.

Dentro del caso *Azovmash Mariupol Basketball Club c. Panagiotis Liadelis*, el tribunal acotó al análisis de la ley aplicable la siguiente cita:

*it is generally considered that the arbitrator deciding ex aequo et bono receives a mandate to give a decision based exclusively on equity, without regard to legal rules. Instead of applying general and abstract rules, he/she must stick to the circumstances of the case*²⁶.

Esta definición dada por este tribunal también estuvo presente en el caso *Non-Profit Partnership Women Basketball Club “Spartak” St. Petersburg c. Tigran Petrosean*²⁷, y en el caso *Basquet Menorca SAD c. Vladimer Boisa*²⁸.

Llama la atención que ya en el análisis del fondo, para determinar si el recurrente resolvió el contrato con justa causa, el tribunal se refirió al Código de Obligaciones Suizo y al Código Civil Alemán de la siguiente manera:

25 Código de Arbitraje Deportivo, Artículo R4: “*Law Applicable to the Merits. The Panel shall decide the dispute according to the rules of law chosen by the parties or, in the absence of such a choice, according to Swiss law. The parties may authorize the Panel to decide ex aequo et bono*”.

26 Tribunal de Arbitraje Deportivo, *Azovmash Mariupol Basketball Club v. Panagiotis Liadelis*, CAS 2009/A/1952, Laudo de 9 de febrero de 2010.

27 Tribunal de Arbitraje Deportivo, *Non-Profit Partnership Women Basketball Club “Spartak” St. Petersburg v. Tigran Petrosean*, CAS 2009/A/1921, Laudo de 5 de marzo de 2012.

28 Tribunal de Arbitraje Deportivo, *Basquet Menorca SAD c. Vladimer Boisa*, CAS 2010/A/2234, Laudo de 18 de enero de 2011.

In most jurisdictions, the duration of the employment contract is set by agreement of the parties. It is indefinite, except where a fixed term has been agreed by the parties or is dictated by the nature of the work. Typically, fixed-term contracts terminate without requiring notice upon the expiry of the agreed period (see for example Article 334 par. 1 of the Swiss Code of Obligations - “CO”) and are presumed without any trial period, as such a period shall be introduced and agreed upon by written agreement. [...]

An employer will not, however, have just cause to terminate an employment contract as a result of the employee exercising his or her rights in a legitimate manner (see for example, par. 612a of the German Civil Code which makes clear that “The employer may not discriminate against the employee in any agreement or measure because the employee has exercised his or her rights in a legitimate manner”).

Esto difiere con el concepto del fallo *ex aequo et bono* dado por el mismo tribunal, puesto que se aleja de la naturaleza propia de este: la inobservancia de la norma y apego a las circunstancias del caso. Por lo que, resultaba innecesario lo expuesto por el tribunal en cuanto a lo dicho por la legislación suiza o alemana; normas que carecen de importancia jurídica a la hora de fallar bajo supuestos de mandatos de optimización.

Este caso refleja un sistema de utopía de resolución de disputas que resuelve de manera justa y equitativa. Los tribunales arbitrales que deciden bajo *ex aequo et bono* deberían actuar como a dicho mandato y considerar las particularidades del caso sin que la norma o cualquier tipo de ley influya en su pensamiento y que la guía sean aspectos éticos y morales.

A pesar de aquello, conlleva evaluar otros casos en donde la aplicación del fallo *ex aequo et bono* se aplica conforme la doctrina lo ha establecido.

En el caso *BC VEF Riga c. Kaspars Berzins y Bill A. Duffy International Inc., BDA Sports Management*, el análisis del tribunal se centró en la falta de pago de los salarios del club al jugador y en la actuación del jugador por la no firma de las normas internas que exigía el contrato. Al respecto, el tribunal indicó que, conforme a la cláusula arbitral contenida en el contrato, este debía decidir *ex aequo et bono*. Respecto a dicho fallo, el tribunal señaló que:

In other words, an arbitral tribunal authorized to decide the case *ex aequo et bono* enjoys a “global discretion”, while such discretion is limited to specifically defined aspects if the dispute shall be decided according to the law.

Hence, when compared to a decision in accordance with Swiss substantive law, a decision *ex aequo et bono* means that the arbitral tribunal shall not apply a general-abstract legal provision, but rather create an individual-concrete, case-specific rule which it considers just and appropriate for the case at issue²⁹.

El tribunal precisó que el no pago de salarios constituía justa causa para que el jugador termine el contrato con el club. Sin embargo, el tribunal también entró a analizar la actuación del jugador en la relación contractual e indicó que este ignoró los varios pedidos realizados por el club para la firma de las normas internas, y dicha conducta fue contraria al principio general de la buena fe. El tribunal añadió que a pesar de que la no firma recae en un incumplimiento, este es menor en relación con el no pago de los salarios.

De manera más precisa, el tribunal indicó:

Properly considering the opportunity for the Panel to decide with a global discretion and adhere to the circumstances (the *ex aequo et bono* decision), it has to be also stated that the Player, even if in a different and to a lesser extent, violated the Contract (profiting of an ambiguous clause) with all the consequences that follow.

[...]

As previously stated, it seems to the Panel that it was easier for the Player to simply avoid reaching the settlement. In fact, acting in good faith would have imposed on the Player the obligation to make an effort in order to reach an agreement relating to the Club’s disciplinary rules.

Nothing (but really nothing) was done by the Player and this fact leads the Panel to conclude that a reduction of the compensation due to the Player is appropriate.

29 Tribunal de Arbitraje Deportivo, *BC VEF Riga c. Kaspars Berzins y Bill A. Duffy International Inc., BDA Sports Management*, CAS 2014/A/3524, Laudo de 6 de octubre de 2014.

Resulta menester tomar en cuenta cómo se aborda la buena fe en este caso en particular. El tribunal analizó la conducta del jugador en relación con los incumplimientos, generando un balance entre ello, concibiendo a la buena fe desde una óptica más simple; y es que la buena fe en realidad conlleva naturalmente a la confianza de las partes en entre ellas y en las relaciones que crean lo cual lleva incierto un comportamiento leal³⁰. Si el caso se hubiese analizado desde una óptica de derecho, posiblemente, el actuar del jugador no hubiese sido relevante, puesto que solo se trataba de un caso de “no pago de salarios”, actuación que recae estrictamente en el club.

Las leyes deben ajustarse a los principios y no al revés, puesto que son de los principios que se forman las leyes y se establecen ciertos lineamientos a seguir. Bajo un fallo *ex aequo et bono*, el tribunal debe centrarse en los hechos del caso tomando en cuenta el actuar de las partes y cómo estos se visualizan a través de cada uno de los principios.

Basquet *Menorca SAD c. Vladimir Boisa*³¹ también representa un caso interesante. En este, el club alegó que la cláusula arbitral contenida en el acuerdo de terminación no era válida y que este no podría ser ejecutado en España; además alegaba que el acuerdo de terminación no contenía la firma del presidente del club de ese tiempo.

Al respecto, el tribunal que decidió *ex aequo et bono* indicó que el jugador había probado que el acuerdo de terminación era válido al estar debidamente notariado y que este se encontraba firmado por las partes y en tal virtud la cláusula arbitral era válida. Añadió que el club no había presentado prueba alguna que demuestre que la persona que firmó el contrato por parte de este no estaba autorizada para ello. Por ende, precisó que el club había incumplido el acuerdo al no haber pagado al jugador el monto acordado.

Bajo un criterio de justicia, conforme lo que busca el fallo *ex aequo et bono*, resulta razonable alegar que, si inicialmente dos partes deciden incluir un acuerdo arbitral en el negocio que se encuentran celebrando, no es leal el que se busque invalidar dicho acuerdo a fin de evadir obligaciones ya pactadas (como así lo pretendía hacer Basquet Menorca al alegar que la cláusula se iba en contra de la Ley 60/2003 de España). El principio está por sobre la norma.

30 F. LANERI, “La ejecución de buena fe en los contratos como uno de los requisitos del pago”, *Revista de derecho y jurisprudencia* tomo 55, número 1, 1958

31 Tribunal de Arbitraje Deportivo, *Basquet Menorca SAD c. Vladimir Boisa*, CAS 2010/A/2234, Laudo de 18 de enero de 2011.

Un hecho es importante en el presente caso: existe una cláusula arbitral en un acuerdo de rescisión debidamente firmado por las partes. Aquello entonces, responde a que las partes cumplan con lo que estas hayan estipulado; y, por ello, en el laudo dictado por el tribunal se observa un análisis corto al respecto, puesto que basta con decir: si el acuerdo de rescisión es válido, entonces la cláusula arbitral contenida en esta también lo es.

A más de ello, lo que resulta interesante del caso, es el análisis del tribunal con base al supuesto mal negocio que aceptó el club con el jugador. El tribunal indicó que:

Neither party has submitted a copy of the original contract. The precise remuneration due pursuant to the original contract is, however, irrelevant; even if Basquet Menorca agreed to a “bad bargain” there is no reason *ex aequo et bono* why it should be allowed to escape the Termination Agreement on this ground alone.

En este caso se precisa el principio *pacta sunt servanda* y *non venire contra factum proprium*, puesto que el tribunal observa que las partes debe honrar lo ya pactado por estar en el acuerdo de rescisión y no eludir sus obligaciones por factores que al inicio no estaban contemplados, mismos que se efectuaron en razón de la autonomía de la voluntad de las partes. Además, pactar una cláusula arbitral en un documento, para luego no reconocerlo conlleva a una simple actuación desleal.

Bajo un análisis del *fallo ex aequo et bono*, la actuación de las partes deviene en gran importancia, puesto que estas no pueden contravenir su actuación dada inicialmente para la formación de un negocio jurídico en particular.

El último caso que se trae a colación es *Viesoji Istaiga Kauno “Zalgirio” Remejas c. Ratko Varda & Obrad Fimic*, en el cual el tribunal calculó los daños conforme *ex aequo et bono*:

The measure of damages to which the 1st Respondent is entitled, taking into consideration fundamental legal principles common to many jurisdictions, is based on the notion of making the injured party “whole”. Stated differently, and reflecting the concept applied by the sole arbitrator of the FAT, the 1st Respondent was to be restored to the same economic situation in which he would have found himself if the events causing the damages had not occurred.

At the same time, however, it is a fundamental principle of law that the injured party is obligated to mitigate the damages incurred by crediting the value of any advantage resulting from the contract breach to the amount of the damages demanded³².

Este caso toma mayor relevancia puesto que el análisis del tribunal versa sobre la interpretación de las cláusulas contenidas en el contrato y la relación con los hechos suscitados. Para poder abordar mejor el análisis del tribunal, es menester recurrir a lo hechos del caso.

En agosto de 2008 el club Zalgirio celebró un contrato de baloncesto con el jugador Ratko Varda para las temporadas 2008/09 y 2009/10. En el artículo 1 se indicaba que el contrato iniciaría el 20 de agosto de 2008 y finalizaría después del último partido oficial de la temporada 2009/10 y se puntualizaba que el jugador “has to arrive between the 20th of August and 27th August, 2008”. En el artículo 3 se indicó el calendario de pagos y que en caso de retraso por parte el club, el jugador tenía la facultad de dar por terminado el contrato.

Tres son los hechos más importantes que se deben tomar en cuenta: (i) el jugador llegó el 2 de septiembre de 2008; (ii) el club efectivizó el primer pago por concepto de salario el 15 de octubre de 2008; y (iii) debido a la falta de pagos por parte del club, el jugador decidió dar por terminado el contrato.

El club alegaba que la llegada tardía del jugador implica el no pago del siguiente salario. Empero, el tribunal resaltó que el club en ningún momento le dio a conocer al jugador sobre su retraso, y a pesar de ello, efectuó el primer pago. Este actuar resultó determinante en el análisis del tribunal, puesto que incluso, a pesar de las comunicaciones enviadas por el jugador insistiendo el pago de salarios y de la terminación del contrato, el club no respondió a ninguna de ellas. Al respecto, el tribunal precisó: “Places the credibility of the Appellant’s pleadings regarding the consequences of the 1st Respondent’s late arrival in severe doubt”.

El análisis *ex aequo et bono* toma relevancia puesto que el análisis del caso versó sobre un análisis de conducta (buena fe) de las partes en relación con los hechos suscitados, esto es, la falta de respuesta por parte del club. De haber dado respuesta el club ante las comunicaciones del jugador y de haber manifestado

32 Tribunal de Arbitraje Deportivo, *Viesoji Istaiga Kauno “Zalgirio” Remejas c. Ratko Varda & Obrad Fimic*, CAS 2009/A/1854, Laudo de 30 de noviembre de 2009.

oportunamente el retraso del jugador en su llegada, el análisis del tribunal hubiese tornado diferente.

Aquí el tribunal consideró lo establecido en artículo 1 de contrato que indicaba que en caso de que el incumplimiento genere daños, la parte afectada está en la facultad de exigir la totalidad del contrato, aquello limitado con lo expuesto en el artículo 3 en relación con la temporada de baloncesto. El tribunal efectuó un análisis de redacción de la cláusula en relación con las temporadas de baloncesto para determinar el tiempo que permita evaluar el cálculo de daños y perjuicios a favor del jugador.

De esta manera, el análisis *ex aequo et bono* realizado por el tribunal, se centró en la naturaleza de esta, puesto que el estándar indicado por el tribunal deviene de un principio muy propio de lo que es justo, que se fundamenta en el reparo a la víctima por lo que se le haya causado. Esto es un principio más que una regla de derecho y, por lo tanto, requiere de un análisis en términos de justicia de parte del tribunal arbitral.

Cabe alegar que, a pesar de lo antes expuesto, la idea del fallo *ex aequo et bono* no se mantiene conforme su naturaleza y son pocos los árbitros que en realidad aplican este fallo conforme fue concebido. Esto se debe a que la idea de justicia en el análisis de casos se sigue supeditando a las reglas de derecho, y a pesar de que en el arbitraje de baloncesto la tendencia es el uso del fallo *ex aequo et bono* en su naturaleza propia, todavía se encuentran laudos que categorizan a este tipo de fallo en un sentido contrario a lo que representa.

Los casos nos permiten ver que, si bien el concepto del fallo *ex aequo et bono* es inherente al deporte, y sobre todo al arbitraje de baloncesto³³, aún se tiene una cierta inclinación a mirar las normas legales a fin de emitir una decisión, a pesar de que este tipo de fallo indique que las normas no deben ser vistas y el análisis sea independiente a ello.

¿Qué se espera al respecto? Dos cosas se pueden acotar. Primero, las partes que hayan acordado un fallo *ex aequo et bono*, deben ser lo bastante audaces en escoger a un tribunal que precise de manera correcta este tipo de fallo. Segundo, el tribunal que deba analizar un caso con un fallo *ex aequo et bono* requiere desvestirse del papel de juzgador y tener presente lo fáctico antes que lo legal.

33 H. RADKE, "Sports arbitration *ex aequo et bono*: basketball as a groundbreaker". *Boletín del TAS*, 2019.

4. BIBLIOGRAFÍA

- Bullard, A. *¿Es un arbitraje un juicio?*, en Soto Coaguila, C. (Dir.), *El Arbitraje en el Perú y el Mundo*, Ed. Magna, 2008.
- Cárdenas, J. “El arbitraje en equidad”, *Revista de la Pontificia Universidad Javeriana*, 2003.
- Código de Arbitraje Deportivo del Tribunal Arbitral del Deporte, 2020.
- Cremades, A. *Arbitraje comercial internacional en Europa (aspectos actuales y regímenes jurídicos)*, Ed. Mario Castillo Freyre y Palestra Editores S.A.C, 2013.
- Estatutos Generales de FIBA, edición 3/6/2021.
- Hasler, E. *The Basketball Arbitral Tribunal—An Overview of Its Process and Decisions*, Yearbook of International Sports Arbitration, Ed. Asser Press, 2016.
- Herboczková, J. *Amiable composition in the international commercial arbitration*, <https://goo.by/KUHowo> (24/10/2023).
- Laneri, F. “La ejecución de buena fe en los contratos como uno de los requisitos del pago”, *Revista de derecho y jurisprudencia* Tomo 55, No. 1, 1958.
- Radke, H. “Sports arbitration *ex aequo et bono*: basketball as a groundbreaker”. *Boletín del TAS*, 2019.
- Raffa, M. “Amiable Composition and *Ex Aequo et Bono* Arbitration”, *Revista Bepress*, 2013.
- Rawls, J. *Justicia como equidad*, Ed. Paidós Ibérica, 2008.
- Rigozzi, A. “Chapter 4: Sports Arbitration and the Inherent Need for Speed and Effectiveness”, *Expedited Procedures in International Arbitration*, ICC, 2017.
- Reglas Arbitrales del Tribunal Arbitral de Baloncesto, 2022.
- Trakman, L. *Ex aequo et bono: Demystifying an Ancient Concept*, Chicago Journal of International Law, 2008.
- Tribunal de Arbitraje Deportivo, *Azovmash Mariupol Basketball Club v. Panagiotis Liadelis*, CAS 2009/A/1952, 9/2/2010.
- Tribunal de Arbitraje Deportivo, *Basquet Menorca SAD c. Vladimir Boisa*, CAS 2010/A/2234, 18/1/2011.
- Tribunal de Arbitraje Deportivo, *BC VEF Riga c. Kaspars Berzins y Bill A. Duffy International Inc., BDA Sports Management*, CAS 2014/A/3524, 6/10/2014.

- Tribunal Arbitral de Baloncesto, *Mr. Djuro Ostojic, Makedonska & Mr. Miodrag Raznatovic v. Basketball Club PAOK KAE*, FAT 0001/07, 16/8/2007.
- Tribunal de Arbitraje Deportivo, *Non-Profit Partnership Women Basketball Club "Spartak" St. Petersburg v. Tigran Petrosyan*, CAS 2009/A/1921, 5/3/2012.
- Tribunal Superior del Condado de Santa Barbara, *Moncharsh v. Heily Blase*, Nro. S020997, 30/7/1992.
- UNCITRAL, *CME Czech Republic B.V. c. The Czech Republic*, Opinión Legal, 20/6/2002.
- Zárate, A. "Teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy", *Revista Mexicana de Derecho Constitucional* No. 17, 2017.