

## UN PASO ATRÁS EN EL ARBITRAJE

### ANTECEDENTES

El arbitraje tiene más de 100 años de formar parte del ordenamiento jurídico de El Salvador; sin embargo, era poco utilizado antes del 2002, entre otros factores, debido a la intervención judicial. El 11 de julio de 2002, la sociedad salvadoreña celebró la aprobación de la Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje, que potenció la utilización de medios alternativos para buscar soluciones ágiles a los conflictos tratados con sencillez, flexibilidad y privacidad, elementos esenciales en las reglas mercantiles. Así es como se reafirmó el liderazgo regional de El Salvador, previamente alcanzado al ratificar diversos tratados internacionales sobre esta temática.

A partir de esta fecha, con fundamento en los principios de libertad, autonomía de la voluntad y libre disposición de bienes, se modernizó la regulación del arbitraje. Al pasar los años, se advirtieron aspectos a mejorar para evitar acontecimientos que restaran legitimidad a esta figura, y además se señaló como uno de los principales retos, la generación de una masa crítica de la sociedad civil, en especial dentro del gremio de abogados, que conociera y participara sobre la solución alterna de disputas, con el objetivo de reconocer sus beneficios y sus relaciones con la función pública jurisdiccional.

El 1 de octubre de 2009, de forma sorpresiva e inconulta, se reformó la LMCA y la Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública (LACAP), en los siguientes aspectos que cabe destacar: el laudo arbitral pronunciado en el arbitraje de derecho es apelable con efecto suspensivo, y será juzgado por las Cámaras de Segunda Instancia con competencia en materia civil. Estas reformas vinieron a burocratizar, restar agilidad, provocar desconfianza y debilitar al arbitraje, que ha sido reconocido como un elemento de seguridad jurídica esencial, tal como lo señaló Fusades en la Posición Institucional N° 21, en octubre de 2009.

### ANÁLISIS

Desde la entrada en vigor de estas reformas, el Art. 66-A LMCA fue declarado inaplicable en numerosos casos por las Cámaras de Segunda Instancia con competencia en materia civil, al considerarlas violatorias al Art. 23 Cn<sup>1</sup>. El 29 de enero de 2010, se presentó una demanda de inconstitucionalidad de estas disposiciones, en base a la violación al principio de libertad para contratar, entre otros aspectos, y fue tramitada en el proceso 11-2010, que finalizó el 30 de noviembre de 2011, al resolverse que no existía la inconstitucionalidad alegada.

Del análisis de la resolución se advierten algunos defectos, como el erróneo juzgamiento sobre disposiciones de la LACAP (derogadas y modificadas desde el 2 de junio de 2011), y otros más que se resaltan a continuación:

### NORMATIVA

#### Constitución de la República (Cn.)

**Art. 23.** Se garantiza la libertad de contratar conforme a las leyes. Ninguna persona que tenga la libre administración de sus bienes puede ser privada del derecho de terminar sus asuntos civiles o comerciales por transacción o arbitramento.

#### Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje (LMCA)

**Art. 66-A.** El laudo arbitral pronunciado en el arbitraje en derecho es apelable con efecto suspensivo, dentro de los siete días hábiles siguientes a la notificación del mismo o de la providencia por medio de la cual se aclara, corrige o adiciona, para ante las Cámaras de Segunda Instancia con competencia en materia civil, del domicilio del demandado o el de cualquiera de ellos si son varios.

#### Reglamento Interior de la Asamblea Legislativa

**Art. 76.** En casos urgentes, y cuando así lo apruebe la Asamblea a petición de algún Diputado o Diputada, podrán dispensarse los trámites establecidos en este Reglamento y se podrá discutir el asunto en la misma sesión en que se conozca la correspondencia, aun sin el dictamen de la comisión respectiva.

1. Algunos procesos son: 25-TA-11, Cámara Tercera de lo Civil; 2-APL-2010-4, Cámara Primera de lo Civil, entre otros.



**a) Incongruente interpretación de la libertad para terminar los asuntos civiles y mercantiles por arbitraje del Art. 23 Cn.** Atendiendo al sentido literal del contenido del art. 23 Cn., la palabra “terminar” permite a la voluntad de las partes finalizar un asunto hasta sus últimas consecuencias; sin embargo, la resolución del proceso 11-2010 no atiende estos argumentos, e interpreta “terminar” como la suscripción del laudo por parte de los árbitros, permitiendo que la terminación de los conflictos sea únicamente en los tribunales, es decir, “judicializa” el arbitraje de derecho y elimina sus beneficios.

**b) La participación del Órgano Judicial desnaturaliza la voluntad de las partes.** La esencia del arbitraje es la autonomía de las partes: evitar la participación judicial en la resolución de conflictos. Precisamente, la jurisprudencia constitucional considera al arbitraje como una vía alternativa a los juzgados, más rápida, más expedita e inspirada en la libertad de los ciudadanos para resolver definitivamente sus controversias. En todo caso, siempre habrá una relación con el Órgano Judicial para tareas auxiliares y de colaboración, pero debe limitarse a los aspectos formales y respetar la valoración fáctica y la aplicación del derecho como materia propia de los árbitros. De manera que, la sentencia vulnera la voluntad de las partes de resolver fuera de los tribunales al permitir el recurso de apelación para suplir deficiencias de juicio o criterio de los árbitros.

**c) La nulidad asegura el respeto al orden público.** En sintonía con la legislación modelo en arbitraje comercial, la LMCA permite el recurso de nulidad contra el laudo a partir de una lista determinada de causales, es decir, la jurisdicción concentra su control en los posibles vicios procesales. Por otro lado, la apelación faculta a los jueces a revolver el fondo de la disputa, que originalmente estaba encomendada a los árbitros; por tanto, la reforma contraría el derecho de las partes y desnaturaliza el arbitraje de derecho, cuestión que se agrava al suspender la ejecución del laudo hasta la finalización de la apelación, como si se tratase de un proceso judicialmente tramitado desde sus inicios.

**d) Cambios jurisprudenciales carentes de suficiente justificación.** Al permitir la renuncia del derecho de apelación del laudo arbitral, la sentencia modifica la jurisprudencia constitucional que permitía la renuncia a los derechos procesales o categorías jurídicas integrantes del debido proceso, solo si se está frente a una situación concreta y conocida<sup>2</sup>. Sin embargo, la resolución carece de argumentación suficiente y confunde sus planteamientos, como una muestra del desconocimiento de los principios internacionalmente reconocidos del arbitraje.

**e) El Salvador: fuera de la tendencia internacional en arbitraje.** Desde hace muchos años, la tendencia internacional, la regulación de los organismos internacionales y las mejores prácticas en la materia, han aceptado la limitación del control judicial sobre el arbitraje, como en el caso de la eliminación de la apelación, para evitar procesalismos innecesarios y fomentar sus beneficios. Asimismo, cabe destacar la importancia del arbitraje como elemento de atracción a las inversiones, incluido en indicadores del clima de negocios y competitividad global.

2. Inconstitucionalidades 15-2011 y 38-2011 (6 de junio de 2011), 2-2006 (22 junio de 2011)

## \* CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

- ❖ La sentencia vulnera el derecho constitucional de terminar por arbitramento todo asunto civil o mercantil, por lo que no se comparte el fallo de la CSJ.
- ❖ La sentencia constituye un debilitamiento a la institución del arbitraje, lo que atenta contra la naturaleza misma del arbitraje al judicializarlo.
- ❖ Es un retroceso que sienta un mal precedente en el país y afecta el clima de negocios por afectar la certeza jurídica que debe privar en todo Estado de Derecho.
- ❖ Es necesario iniciar un proceso de reforma de la Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje y reposicionar a El Salvador como un país atractivo y competitivo, tomando en cuenta las mejores prácticas internacionales.

