

11-2010

Inconstitucionalidad

Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. San Salvador, a las once horas con siete minutos del día treinta de noviembre de dos mil once.

El presente proceso de inconstitucionalidad fue promovido por el ciudadano Guillermo Alexander Parada Gámez, quien solicitó se declarara la inconstitucionalidad, por vicios de forma, tanto del Decreto Legislativo n° 141, de 1-X-2009, publicado en el Diario Oficial n° 203, Tomo 385, de 30-X-2009, que reformó la *Ley de Mediación Conciliación y Arbitraje* (en adelante LMCA), como del Decreto Legislativo n° 140, de la misma fecha y publicación, que reformó la *Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública* (en lo sucesivo LACAP), por violación a los arts. 134 y 135 Cn.; y, por vicios de contenido, *del artículo 66-A LMCA*, así como de *los artículos 161 y 165 LACAP*, por la supuesta violación al artículo 23 Cn.

Los enunciados legales cuya constitucionalidad es cuestionada por medio de este proceso prescriben lo siguiente:

Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje:

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 cualquier de ellos si son varios.

En los demás, en cuanto a la tramitación del recurso se estará en lo aplicable, a lo regulado por el derecho común.

Contra la providencia de la Cámara de Segunda Instancia no cabrá recurso alguno”.

Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública
“Resolución de Diferencias

Art. 161.- Para resolver las diferencias o conflictos que surgieren durante la ejecución de los contratos, se observará el procedimiento establecido en este capítulo, en particular el arreglo directo y el arbitraje en derecho.

Arbitraje en derecho

Art. 165.- Intentado el arreglo directo sin hallarse solución a alguna de las diferencias, podrá recurrirse al arbitraje en derecho con sujeción a las disposiciones que les fueren aplicables de conformidad a las leyes pertinentes, teniendo en cuenta las modificaciones establecidas en este capítulo”.

Han intervenido en el proceso el demandante, la Asamblea Legislativa y el Fiscal General de la República.

Analizados los argumentos y considerando:

I. En el trámite del proceso, los intervinientes expusieron lo siguiente:

1. Los motivos de inconstitucionalidad por vicios de forma alegados por el ciudadano Guillermo Alexander Parada Gámez pueden sintetizarse de la siguiente manera:

A. En relación con el artículo 135 Cn., el actor expuso que, previamente a su aprobación, todo proyecto de ley debe ser discutido, lo cual significa que no basta con los votos necesarios del parlamento para que exista una ley, sino que también tiene que haber deliberación -discutida y publicitada elaboración de la ley-.

Asimismo, señaló que lo anterior se traduce en la necesidad de un debate en el que se expongan las posiciones a favor o en contra de la aprobación del proyecto, situación que fortalece la decisión definitiva, pues ésta debe estar basada en el principio de libre discusión. En ese sentido, adujo que sin la libre discusión no hay posibilidad de “parlamentarismo democrático”.

B. En cuanto al artículo 134 Cn., el peticionario sostuvo que dicha disposición condiciona la validez en la formación de la “norma”, para lo cual establece la necesaria suscripción del proyecto de ley por la mayoría de los miembros de la Junta Directiva de la Asamblea Legislativa.

Tal circunstancia –expresó– tiene como finalidad el establecimiento de cerrojos ante la posible infracción del principio democrático (dada la representación de la referida Junta), y del propio principio pluralista, tanto en su dimensión ideológica, como en su dimensión política. De modo que el enunciado constitucional es una manifestación que salvaguarda la necesaria concurrencia de una sumatoria de voluntades representadas que pueden ser capaces de potenciar los intereses de las colectividades.

En ese sentido, aseveró que los decretos cuya constitucionalidad cuestiona no fueron discutidos ni deliberados en el pleno legislativo, sino que su aprobación partió del sólo dictamen de la Comisión y luego, sin más, se pasó a su aprobación con los votos necesarios que al efecto se requerían.

Finalmente, el actor señaló que para la aprobación de los decretos en referencia no fue posible la intervención de los distintos grupos parlamentarios, reflejados en las discusiones del Pleno legislativo, por lo que, en aras de garantizar los principios democrático y pluralista –que a su vez posibilitan la contradicción y el libre debate público–, solicitó se declare la inconstitucionalidad, por vicios de forma, los Decretos Legislativos n° 140 y 141, ambos de 1-X-2009, ya que, en su opinión, la emisión de estos supuso infracción a lo establecido en los artículos 134 y 135 Cn.

2. Por otro lado, los motivos de inconstitucionalidad por vicios de contenido planteados por el ciudadano Parada Gámez pueden resumirse como a continuación se expresa:

A. Sobre el artículo 37 inciso 5° LMCA, el solicitante sostuvo que la reforma en mención posibilita que las Cámaras de Segunda Instancia con competencia en materia civil nombren árbitros, situación que afecta directamente el contenido de la propia LMCA y atenta contra lo regulado por el artículo 23 Cn.

En relación con ello, expresó que el artículo 23 Cn. garantiza la libertad de contratar conforme a las leyes y, además, que ninguna persona con la libre administración de sus bienes pueda ser privada del derecho de terminar sus asuntos civiles o comerciales por transacción o arbitramento. De manera que, una vez elegida la vía arbitral, las cuestiones litigiosas han de arreglarse mediante la decisión del árbitro.

Sin embargo, al analizar la reforma de la disposición impugnada, el peticionario concluyó que:

a. Uno de los primeros problemas que se presentará con tal reforma es el prejuzgamiento que se produciría cuando un laudo dictado por un tribunal arbitral, dentro de cuyos miembros se encuentre un árbitro nombrado por la Cámara, sea recurrido de nulidad por medio de la causal de la mala constitución del tribunal y, precisamente, esta circunstancia devenga del nombramiento efectuado por dicha Cámara.

b. De igual forma, señaló que otro de los inconvenientes de la apuntada reforma legal es que, al atribuir a las Cámaras de Segunda Instancia la competencia para que también puedan designar a los árbitros, se está condicionando, mermando y privando a las personas del derecho a terminar voluntariamente por arbitramento sus asuntos comerciales o civiles.

Además estimó que, luego de la reforma, se produce una contradicción interna en el mismo artículo, pues en sus primeros incisos sí se observa como manifestación el principio de no interferencia en la voluntad de las partes, a los efectos de la designación de los árbitros y, enseguida, se introduce una modificación que lo desvirtúa.

B. Asimismo, el solicitante consideró en su demanda que el artículo 37 inciso 5° LMCA es incompatible con lo previsto en el artículo 144 Cn., en cuanto a que la ley no podrá modificar o derogar lo acordado en un tratado vigente.

En relación con ello, manifestó que la vulneración constitucional no se cifra en la posible infracción a un Tratado o Convención Internacional, sino a la contradicción normativa con la

Constitución misma, al existir normas ratificadas por El Salvador que ordenan la realización o no de una determinada situación y, no obstante ello, el legislador aprueba una normativa que la contradice, lo cual es incompatible con la Constitución cuando ésta señala que la ley no podrá modificar o derogar lo acordado en un tratado.

En ese sentido, el demandante mencionó algunos tratados que, a su criterio, establecen el principio de no intervención e independencia que tienen las partes cuando optan por resolver sus conflictos de manera privada, y elegir los árbitros cuya idoneidad sea manifiesta; todo ello sin intervención estatal.

C. En lo concerniente a lo prescrito por el artículo 66-A LCMA, el solicitante aseveró que dicha disposición también infringe el artículo 23 Cn., ya que permite que el laudo arbitral pronunciado en el arbitraje de derecho sea apelable ante las Cámaras de Segunda Instancia, lo cual desnaturaliza la figura del arbitraje, pues –a su juicio– el sentido de la previsión constitucional es que si se opta por un medio distinto al jurisdiccional para resolver las controversias, no podrá prohibirse el sometimiento al arbitraje.

De ahí que, al establecer que habrá una intervención estatal mediante el conocimiento de los magistrados de Cámara, el legislador está condicionando y privando el ejercicio de ese derecho.

En ese sentido, estimó que existe una incompatibilidad entre la reforma adoptada y lo establecido por el artículo 23 Cn., ya que, por una parte, la primera introduce la apelación del laudo en los arbitrajes de derecho y, por otra, la segunda disposición permite resolver las controversias de manera extrajudicial y heterocompositiva. Dicha confrontación –afirmó– vuelve a la función arbitral nugatoria, ilusa y estéril en la medida que siempre dependerá de la actividad estatal judicial.

D. El demandante también sostuvo que lo establecido en el artículo 66-A LMCA transgrede el contenido del artículo 86 Cn., toda vez que, al crearse la figura de la apelación dentro del arbitraje, se desconoce el “contenido esencial” del artículo 23 Cn., en su calidad y cualidad extraordinaria.

E. Por otro lado, el actor argumentó que de acuerdo con el art. 102 Cn. la libertad económica supone tres elementos indispensables para su consolidación, los cuales, según la jurisprudencia constitucional, son: a) la iniciativa de producción de bienes y servicios destinados a satisfacer necesidades humanas; b) la distribución de esos bienes y servicios puestos al alcance

de los consumidores en la cantidad y en el tiempo que son requeridos; y c) el consumo o uso, utilización y aprovechamiento de esos bienes o servicios.

Con respecto a lo anterior, el demandante agregó que esa libertad económica se ve claramente deteriorada cuando es arbitrariamente determinada o condicionada por el Estado, mediante regulaciones que atentan contra la libre voluntad de quienes la ejercen.

En ese sentido, estimó que el diseño constitucional de la libertad económica supone que las personas puedan dedicarse a la actividad económica que más les convenga y terminar esa actividad como consideren conveniente, ya sea por medio de los mecanismos alternos de solución de conflictos o mediante los medios jurisdiccionales establecidos en caso que exista un contrato que desarrolle dicha actividad.

De modo que, en opinión del actor, la intervención de los jueces en el conocimiento de fondo de los laudos arbitrales menoscaba la libertad económica, puesto que, a pesar de que el artículo 23 Cn. garantiza el derecho a terminar los asuntos de manera extraordinaria, la disposición legal impugnada niega tal posibilidad al franquearse la vía judicial como imperativa, lo cual puede volver nugatorio e ineficaz el laudo arbitral. Por ello, sostiene que es viable considerar que la disposición cuestionada infringe el “contenido esencial” del artículo 102 Cn.

F. Sobre el mismo art. 66-A LCMA, el peticionario expuso que la reforma producida alteraría a la LCMA y, como consecuencia, dejaría de ser un cuerpo unificado, sistemático y coherente, ya que dicha normativa: regula principios y elementos que desarrollan la garantía de la opción voluntaria de someterse al arbitraje; señala que el convenio arbitral implica la renuncia de las partes a iniciar proceso judicial sobre las materias o controversias sometidas al arbitraje; y, finalmente, establece que toda autoridad judicial que conozca de una controversia sujeta a convenio arbitral debe declararse incompetente para conocer del caso particular, cuando se lo solicite la parte judicialmente demandada.

G. En relación con lo previsto por los arts. 161 y 165 LACAP, el actor afirmó que ambas disposiciones son incompatibles con lo establecido por el art. 23 Cn., debido a que el arbitraje es un método heterocompositivo que puede ser de derecho o de equidad, de acuerdo con la decisión que al respecto adopten las partes. A causa de ello, manifestó que la citada disposición constitucional “considera” –en virtud del derecho general de libertad– que, luego de acordada la vía arbitral, las partes pueden escoger el tipo de procedimiento al cual se someterán según sus posibilidades, necesidades y estrategias.

Tal circunstancia –a criterio del peticionario– se ve mermada por las aludidas disposiciones legales, en tanto excluyen al arbitraje de equidad.

H. De igual forma, el actor argumentó que lo prescrito en los artículos 161 y 165 LACAP transgreden el contenido del art. 3 Cn., en lo atinente al derecho de igualdad, puesto que aquellos prevén que el arbitraje en el que esté involucrado el Estado será exclusivamente de derecho, lo cual va más allá de la sola vulneración al artículo 23 Cn., toda vez que trasciende a la afectación del derecho de igualdad en la formulación de la norma, dado que no existe un parámetro de diferenciación válido que ubique a los particulares cuando contratan con el Estado, e incluso al Estado mismo, en una situación distinta como para restringirles su derecho a terminar los asuntos por arbitramiento de equidad.

En ese sentido, relacionó alguna jurisprudencia emitida por esta Sala con respecto al derecho de igualdad en la formulación de la ley –entendido como concepto relacional–, así como la vinculación que tal concepto guarda con los conceptos de equidad y justicia en la actividad legislativa.

No obstante, al analizar la reforma y verificar la limitación que hace el legislador en los arbitrajes en que interviene el Estado, se pregunta cuál es la justificación para este efecto y si tal justificación ha sido filtrada por su “progenitor” mediante el *tertiumcomparationis*.

Sobre este punto, el ciudadano Parada Gámez aseguró que ello ha de ser determinado a partir de la naturaleza del arbitraje, el cual aparece regulado como una forma alternativa de solucionar conflictos y, además, se trata de una institución que posee escasas reservas normativas, pues, desde la perspectiva social o meta-jurídica, constituye un intento de encontrar la paz y la cohesión social de manera más expedita.

Además, acotó que lo afirmado en último término implica que no deben existir tratamientos diferenciados en su trámite y conclusión, ya sea porque intervenga el Estado, o porque intervenga algún sujeto con fuero especial; mientras que el tribunal arbitral siempre estará vinculado por el principio de imparcialidad, celeridad, flexibilidad y libertad en algunos casos.

I. Por último, el actor de este proceso argumentó que lo establecido en los artículos 161 y 165 LACAP es incompatible con lo normado por el art. 246 Cn., “en cuanto a la supremacía constitucional”, pues la reforma impugnada contraría la teleología de ese artículo.

En este punto acotó que el legislador no tiene potestad para vulnerar el contenido de los derechos que han sido previstos por la Constitución, de modo que, al restringir el derecho a

terminar los asuntos por arbitramento –establecido en el artículo 23 Cn.–, se contraviene con lo regulado en el artículo 246 Cn.

3. A. Mediante la resolución de 14-IV-2010, se declaró improcedente la pretensión contenida en la demanda en cuanto a la inconstitucionalidad de: (i) el art. 37 inciso 5° LMCA, por la supuesta infracción a lo regulado en los arts. 23 y 144 Cn.; (ii) el art. 66-A LMCA, por la presunta vulneración a los arts. 86 y 102 Cn. y por la supuesta alteración normativa ocasionada dentro de la propia LMCA; y (iii) los arts. 161 y 165 LACAP, en virtud de la transgresión a lo prescrito en los arts. 3 y 246 Cn.

B. Por otra parte, en la misma providencia se decidió la admisión de la demanda presentada por el ciudadano Guillermo Alexander Parada Gámez, en cuanto a la solicitud de inconstitucionalidad, por vicios de forma, del Decreto Legislativo n° 141, de 1-X-2009, publicado en el Diario Oficial n° 203, Tomo 385, de 30-X-2009, que reformó la LMCA; y del Decreto Legislativo n° 140, de 1-X-2009, publicado en el Diario Oficial n° 203, Tomo 385, de 30-X-2009, que reformó la LACAP; ambos decretos por la supuesta vulneración a los artículos 134 y 135 Cn.

C. De la misma manera, la demanda de inconstitucionalidad incoada se admitió, por vicios de contenido, para controlar la constitucionalidad del art. 66-A LMCA, así como de los arts. 161 y 165 LACAP, por la supuesta violación a lo establecido en el art. 23 Cn.

4. La Asamblea Legislativa justificó la aprobación de las disposiciones impugnadas de la siguiente manera:

A. Con respecto a los vicios de forma alegados por el demandante, la Asamblea Legislativa comenzó por señalar que los decretos legislativos cuya constitucionalidad es cuestionada fueron emitidos con base en el mandato constitucional que establece el art. 131 ord. 1° Cn. –relativo a la atribución a ella conferida para poder decretar reglamentos–, así como en el art. 76 del Reglamento Interior de la Asamblea Legislativa.

Al respecto, acotó que los decretos impugnados sí fueron leídos por el Pleno de la Asamblea Legislativa, los cuales fueron aprobados con base en el art. 123 Cn. Por ello, dicha autoridad consideró que no existen los vicios de forma que el actor denunció en su demanda.

B. En cuanto a la incompatibilidad que, a juicio del actor, se ha producido entre lo previsto por el art. 66-A LMCA y el art. 23 Cn., la mencionada asamblea expresó que, si se permite que el Centro de Arbitraje pueda designar al árbitro o árbitros que habrán de resolver la

controversia que sea sometida al conocimiento de estos, con mucha mayor razón tendrá que otorgarse el recurso de apelación ante las Cámaras de Segunda Instancia de la Capital de la República, cuando el laudo sea emitido por un Tribunal Arbitral de Derecho.

Además de lo indicado, sostuvo que los arts. 161 y 165 LACAP no transgreden el art. 23 Cn., debido a que esta disposición constitucional no distingue qué tipo de arbitraje es el que debe constituirse en aquellos conflictos en que interviene el Estado. Por ello, aseveró que el legislador tiene la potestad para determinar los casos en que pueden intervenir árbitros de equidad o de derecho.

En relación con lo anterior, también dijo que tal institución es de gran beneficio para resolver las controversias que surgen entre el Estado y los particulares. Tal afirmación la justificó en que los árbitros de conciencia no resuelven con base en una norma jurídica, sino de acuerdo con su criterio, para lo cual toman en cuenta la equidad. De ahí que, si el proceso de adjudicación o contratación en los que está involucrada la Administración Pública requiere de una serie de requisitos estrictamente jurídicos, la persona que dirima la controversia debe poseer criterios objetivos y conocimientos de derecho.

En vista de lo expresado, concluyó que se vio en la necesidad de reformar la LMCA, con la finalidad de que fuesen los árbitros de derecho los que resolvieran esa clase de conflictos.

5. Por su parte, el Fiscal General de la República emitió su informe en los siguientes términos:

A. En cuanto a los vicios de forma que han sido denunciados por el peticionario, consideró que la argumentación fáctica planteada en la demanda de inconstitucionalidad debe ser aclarada y refutada por la Asamblea Legislativa, ya que sólo ella puede valorar con suficiente solvencia sobre los hechos que acaecieron en el proceso de formación de los aludidos decretos 140 y 141.

No obstante, y luego de citar algunos criterios jurisprudenciales relacionados con el proceso de formación de la ley, manifestó que, al existir un dictamen favorable de la comisión, tuvo que darse una discusión de dicho dictamen para que el proyecto correspondiente pasara al conocimiento del Pleno Legislativo.

Agregó que, al ser presentado el proyecto ante el Pleno, se debió generar un debate entre todas las fracciones políticas, con lo cual se garantizaría la diversidad de opiniones con respecto a las reformas planteadas y, con ello, se optimizaría el núcleo de los principios de libre debate y contradicción.

B. a. Con respecto a la supuesta infracción del art. 66-A LMCA al art. 23 Cn., y después de aludir a ciertas consideraciones ligadas con la resolución alterna de conflictos, el Fiscal General de la República señaló que la configuración de un recurso judicial en contra del laudo arbitral está fundamentada en la búsqueda de una impartición de justicia imparcial para las partes, según lo prescribe el art. 1 Cn.

En ese sentido, consideró que el art. 66-A LMCA no vulnera lo establecido en el art. 23 Cn., toda vez que no limita la plena libertad de las partes de terminar sus asuntos civiles o comerciales por arbitramento. Lo que se busca con la regulación del recurso de apelación en contra del laudo dictado por el Tribunal Arbitral de Derecho es la impartición de una verdadera justicia.

b. Asimismo, en relación a la supuesta incompatibilidad entre los arts. 161 y 165 LACAP y el art. 23 Cn., puntualizó que las únicas modificaciones que la Asamblea Legislativa hizo a las disposiciones legales en referencia fue cambiar la expresión “arbitraje de árbitros arbitradores” por la de “arbitraje de derecho”.

En su opinión, las razones por las cuales se llevaron a cabo las mencionadas reformas fueron, por una parte, que las disputas que surgieran entre el Estado y los particulares versaran sobre la ejecución de los contratos y, por otra, que los procesos de adjudicación o contratación requieren del conocimiento de requisitos estrictamente jurídicos que deben ser resueltos por los árbitros.

En las disposiciones cuya constitucionalidad se cuestiona –aseveró– existe un interés público al establecer el arbitraje de derecho como mecanismo alternativo de solución de conflictos surgidos en el ámbito de la LACAP, ya que, al sujetarse al marco constitucional y legal, existiría una mayor garantía de transparencia, objetividad y legalidad.

A causa de lo anterior, consideró que el cambio realizado por el legislador, en realidad, no modifica la situación real del administrado que es parte en un conflicto, debido a que la ley siempre establece el tipo de arbitraje al que puede optarse: sea este de equidad o de derecho. En consecuencia, a pesar de la reforma, se dejaría expedito el derecho del administrado de resolver su diferencia con la Administración Pública de una manera alterna al proceso judicial y, por tanto, se respetaría lo establecido por el art. 23 Cn.

6. Por medio del auto de 30-III-2011, se le ordenó a la Asamblea Legislativa que, en el plazo de tres días hábiles contados a partir del siguiente al de la notificación de dicha decisión,

rindiera la certificación de la documentación pertinente en la cual constara la sesión plenaria en que fueron discutidos los Decretos Legislativos n° 140 y 141, ambos de 1-X-2009.

Dicha solicitud fue atendida por la autoridad demandada, y con fecha 12-IV-2011 presentó la certificación del Acta n° 20 de la sesión plenaria ordinaria de 1-X-2009, en la que se aprobaron los dos Decretos impugnados por vicio de forma.

II. Habiendo expuesto los argumentos de los sujetos intervinientes en el presente proceso, (1) se depurarán ciertos aspectos de la pretensión de inconstitucionalidad que ha sido formulada; luego, (2) se delimitarán los motivos de inconstitucionalidad en relación con los cuales recaerá el conocimiento y decisión en la presente sentencia; y, finalmente, (3) se indicará el orden lógico que seguirá esta Sala para fundamentar su fallo.

I.A. El control de constitucionalidad realizado por esta Sala se desarrolla dinámicamente en forma de un proceso, cuya finalidad es decidir sobre la compatibilidad jurídica entre el objeto de control y las disposiciones constitucionales propuestas como parámetro de control, con el fin de que la primera sea expulsada del ordenamiento jurídico, en caso que sea contraria a la segunda.

En relación con lo anterior, los ords. 2° y 3° del art. 6 de la Ley de Procedimientos Constitucionales prescriben como requisitos de la demanda, respectivamente, la identificación de “... la ley, el decreto o reglamento que se estime inconstitucional...” –lo que doctrinariamente se denomina *objeto de control de constitucionalidad*– y “... los artículos pertinentes de la Constitución...” que se estimen vulnerados por la disposición o cuerpo normativo impugnado –lo que también doctrinariamente se denomina *parámetro de control*–.

Lo afirmado implica que el pronunciamiento definitivo que se emite en el proceso de inconstitucionalidad se ve condicionado principalmente por el adecuado establecimiento de la confrontación normativa entre los elementos del control constitucional, en el entendido que *la parte actora debe delimitar de manera precisa la contradicción advertida entre los contenidos normativos de la disposición impugnada y la Constitución.*

B. En ese sentido –entre otros vicios–, una de las deficiencias de la pretensión se verifica con respecto a su fundamento jurídico, ya sea por la *invocación errónea* del parámetro de control o por la *incoherencia* en la concreción de su *contenido normativo*. En efecto, si la parte actora cita como parámetro de control una disposición constitucional que no guarda ninguna relación

lógico-jurídica con el contenido de su demanda, existirá imposibilidad absoluta de juzgar sobre la pretensión planteada.

En estos casos, la contradicción internormativa no tiene vinculación argumentativa alguna con el contenido de la disposición señalada como parámetro de control, lo cual deja en indeterminación el *themadecidendum* respecto del cual pronunciarse.

C. a. Establecido lo anterior, interesa retomar el principal argumento del ciudadano Parada Gámez con el que pretende fundamentar su solicitud de inconstitucionalidad, por vicios de forma, de los Decretos Legislativos n° 140 y 141, ambos de 1-X-2009, por infracción a lo prescrito en los arts. 134 y 135 Cn.

Así, con respecto al art. 134 Cn., el pretensor aseveró que los decretos cuya constitucionalidad cuestiona no fueron discutidos ni deliberados en el pleno legislativo, sino que su aprobación partió del solo dictamen de la Comisión y luego, sin más, con los votos necesarios que al efecto se requerían; por su parte, en relación con el art. 135 Cn., acotó que todo proyecto de ley debe ser discutido, previamente a su aprobación, lo que significa que no basta con los votos del parlamento para que exista una ley, sino que, de igual forma, tiene que haber una deliberación–discutida y publicitada elaboración de la ley–.

b. Al respecto, se advierte que existe una falta de concordancia entre las razones argüidas por el actor para justificar la inconstitucionalidad de los decretos legislativos en cuestión y los ámbitos normativos del art. 134 Cn. Ello se debe a que la cobertura lingüística de dicha disposición constitucional no abarca el supuesto planteado, referido a la falta de *deliberación* y *discusión* de los decretos legislativos en referencia, por parte de la Asamblea Legislativa.

Más bien, el aludido motivo de inconstitucionalidad guarda una estrecha concordancia con el contenido normativo del art. 135 Cn., ya que esta disposición –que también ha sido invocada como parámetro de control– es la que exige, entre otros aspectos, que todo proyecto de ley deba ser *discutido* por los diversos grupos parlamentarios. Por ello, el argumento formulado por el pretensor es reconducible únicamente a la supuesta transgresión a lo regulado por el enunciado constitucional apuntado en último término.

En consecuencia, el art. 134 Cn. ha sido propuesto erróneamente, en virtud de la falta de concordancia con la argumentación jurídica expuesta por el peticionario; es decir, no se ha expuesto claramente en qué sentido dicho enunciado habría resultado vulnerado como efecto de

la supuesta falta de discusión de los Decretos Legislativos n° 140 y 141, ambos de 1-X-2009, por parte de la Asamblea Legislativa.

Por tales motivos, *el presente punto de la pretensión, relativo a la aparente vulneración a lo previsto en el art. 134 Cn., debe sobreseerse, por la errónea invocación del citado parámetro de control.*

2. Con arreglo a lo anterior, el examen de constitucionalidad queda circunscrito a verificar, por una parte, si los Decretos Legislativos n° 140 y 141, vulneran lo prescrito por el artículo 135 Cn.; y, por otra, si los arts. 66-A LMCA, 161 y 165 LACAP transgreden lo normado por el art. 23 Cn.

En términos concretos, los problemas jurídicos planteados a este Tribunal consisten en determinar si: (i) los mencionados decretos legislativos fueron discutidos o deliberados por el Pleno de la Asamblea Legislativa; (ii) si el art. 66-A LMCA desnaturaliza la esencia heterocompositiva del arbitraje y si, además, vuelve a la función arbitral “nugatoria, ilusa y estéril”, en la medida en que dicha tarea siempre dependerá de la actividad estatal judicial; y (iii) si los arts. 161 y 165 LACAP restringen la potestad de terminar los asuntos privados por medio de árbitros distintos a los de derecho.

Sobre este punto, en reiterada jurisprudencia se ha afirmado que cuando se solicita simultáneamente la declaratoria de inconstitucionalidad de una disposición por ambos tipos de vicio, es indispensable separar el análisis de cada uno de ellos, para lo cual habrá de comenzarse con el estudio de la supuesta inconstitucionalidad por vicio de forma –v.gr., Sentencia de 31-VII-2009, Inc. 78-2006–. Dicho examen se refiere a la vulneración de alguna de las *normas sobre producción jurídica formal*.

Ello es así debido a que, en caso de establecerse la existencia de la infracción a las disposiciones constitucionales que regulan el procedimiento de formación del enunciado constitucional que se invoca como parámetro de control se afecta por completo el objeto de control, sin deslindar –por regla general– partes de su contenido; y ello vuelve inútil analizar los vicios por contradicción material, toda vez que la pretensión de inconstitucionalidad ya sería estimable.

3. Establecidos los términos del contraste, a continuación se abordarán los siguientes aspectos relevantes: (III) se expresarán algunas consideraciones generales relativas al control de constitucionalidad de las actuaciones de la Asamblea Legislativa en el proceso de formación de

ley, así como a los principios constitucionales que rigen a dicho trámite; y, con base en ello, (IV 1 y 2) se analizará la supuesta inconstitucionalidad de los Decretos Legislativos n° 140 y 141.

Después, desestimada la solicitud de inconstitucionalidad por vicios de forma, (IV 3) se concluirá con la indicación del iter lógico que seguirá esta Sala para justificar su fallo, con respecto a los vicios de contenido que han sido argüidos.

III.1.A. En cuanto a la posibilidad de controlar la constitucionalidad de las actuaciones de la Asamblea Legislativa en el proceso de formación de la ley, es necesario recordar que una de las principales funciones que la Constitución le atribuye a la Asamblea Legislativa es legislar – arts. 121 y 131 ordinal 5° Cn.–, esto es, producir Derecho. Naturalmente, dicha función no se establece como exclusiva de la Asamblea Legislativa, ya que el mismo estatuto constitucional le reconoce también potestades normativas a otras entidades.

En ese orden de argumentos, puede afirmarse que la función de legislar se traduce en el conjunto de actuaciones que el Órgano Legislativo ejecuta con el fin de actualizar las *normas sobre producción jurídica* establecidas en la Ley Suprema. Como en todo ordenamiento, este tipo de disposiciones regulan, material y formalmente, los procesos de creación, modificación y extinción de las leyes que pertenecen al sistema de fuentes.

De esta manera, la mencionada normativa también sirve como parámetro para controlar la validez del resto del sistema jurídico, por lo que cada fuente del Derecho en particular debe limitarse a la competencia normativa y procedimiento predeterminados por aquéllas.

B. En el caso cuyo estudio se realiza, la normativa que determina el procedimiento legislativo cobra mucha importancia, debido a que tal clase de reglas se encuentra íntimamente vinculada con las disposiciones constitucionales propuestas como parámetro de control. En efecto, el proceso de formación de la ley está conformado por una combinación de actos, cuya esencia se encuentra en la conexidad que debe existir entre estos, y su finalidad se cifra en la obtención de un resultado –por todas, véase la Sentencia de 13-XII-2005, Inc. 9-2004–.

Si se considera como unidad, dicho proceso es concebido como un conjunto de trámites que han de seguirse para que un texto determinado adquiera jurídicamente fuerza de ley. Se trata de un procedimiento que implica una operación compleja, en la que concurren diversos factores (deliberantes, políticos, corporativos, individuales) que resultan ser coincidentes en la conclusión material que se adopte.

Por ello, en la gestión de dicho trámite se expresa y representa el pluralismo político de la sociedad. En ese sentido, el respeto al principio democrático en la actividad del Órgano Legislativo se manifiesta mediante el cumplimiento de las propiedades definitorias de la institución legislativa: (i) el principio de representación; (ii) el principio de deliberación; (iii) la regla de las mayorías para la adopción de las decisiones; y (iv) la publicidad de los actos.

De esta manera, *todo procedimiento legislativo debe garantizar las actividades que potencien el debate, la transparencia, la contradicción y la toma de decisiones tan esenciales en la actividad legisferante.*

A causa de lo anterior, la inobservancia de los principios fundamentales que informan el trámite en cuestión produce como consecuencia inevitable la existencia de vicios en la formación de la ley, situación que afecta a la validez de la decisión que en definitiva se adopte, independientemente de su contenido.

Efectivamente, cuando se controla la constitucionalidad de las leyes por vicios de forma no se pretende proteger cualquier infracción a los requisitos formales del procedimiento de formación de leyes, sino las que vulneran los principios esenciales que la Constitución establece como orientadores e informadores de la actividad legislativa en el procedimiento de formación de las leyes –Sentencia de 13-XI-2001, Inc. 41-2000–.

2. A. a. De acuerdo con la Constitución de la República, el proceso de formación de la ley tiene las siguientes etapas: (i) *fase de iniciativa de ley* –art. 133 Cn.–; (ii) *fase legislativa* –arts. 131 ordinal 5º, 134 y 135 Cn.–; (iii) *fase ejecutiva*, que comprende la sanción y promulgación – arts. 135, 137, 138, 139 y 168 ordinal 8º Cn.–; y (iv) *la publicación*, que da a lugar al plazo establecido para la obligatoriedad de la ley –art. 140 Cn.–.

b. Así las cosas, y en vista de que uno de los problemas jurídicos que debe resolverse en esta sentencia consiste en determinar si la Asamblea Legislativa omitió la necesaria deliberación y discusión en la aprobación de los Decretos Legislativos n° 140 y 141, ambos de 1-X-2009, se analizará únicamente la fase legislativa y, dentro de esta, se aludirá a la necesidad de que la ley en sentido formal sea discutida por el órgano fundamental apuntado.

B. En gran medida, tal como se ha indicado supra, la configuración constitucional del procedimiento de elaboración de leyes se encuentra determinada por la consagración de los principios democrático y pluralista –art. 85 y Cn.–, que no sólo se refleja en la composición de la Asamblea Legislativa, sino también en su funcionamiento.

De acuerdo con los principios democrático y pluralista, se infiere claramente la necesidad general de que se *garantice* la intervención de los distintos grupos parlamentarios –reflejados en los trabajos de las distintas comisiones y en las discusiones en el pleno–, los que a su vez *potencian* la contradicción y el libre debate público –art. 135 Cn.–.

Consecuentemente, y en tanto órgano típico de representación del pueblo –art. 125 Cn.–, *la Asamblea Legislativa está en la obligación alcanzar en la mayor medida de lo posible un nivel aceptable de divulgación y debate de sus actos*, con el propósito que, por una parte, el resto de diputados –mayoría o minoría– tenga la posibilidad de explicitar su particular punto de vista sobre el proyecto de ley cuya aprobación se pretende, y, por otra, las personas en general conozcan lo que se está haciendo y cómo se está haciendo.

IV. Establecido ese cuadro constitucional del proceso de formación de la ley y sus principios, corresponde ahora examinar las consecuencias constitucionales en la aprobación de los Decretos impugnados.

1. Del informe de 11-V-2010 y de la certificación del acta sobre las discusiones que se produjeron a propósito de los decretos legislativos n° 140 y 141, de 1-X-2009, se advierte que estos *fueron leídos y aprobados* por el Legislativo con dispensa de trámite, lo cual, de acuerdo con lo previsto en el Reglamento Interno de la Asamblea Legislativa, puede hacerse en aquellos casos que se consideren como urgentes.

A. En cuanto al Decreto Legislativo n° 141, relativo a la reforma de la LMCA, la dispensa de trámite fue aprobada por la Asamblea Legislativa con 51 votos y, *cuando menos mínimamente, se propuso a la consideración del Pleno el fondo de lo solicitado, con el fin de que fuera votado*. En dicha actividad, *se obtuvieron 51 votos a favor del proyecto*.

B. Por su parte, en el caso del Decreto Legislativo n° 140, atinente a la reforma de la LACAP, *también se procedió a la lectura de la referida pieza junto con el proyecto del decreto que contiene las reformas*. Posteriormente, se sometió a votación del Pleno la referida dispensa, la cual fue aprobada con 51 votos; luego, se obtuvieron 51 votos a favor del proyecto.

2. En ese sentido, esta Sala entiende que, si bien los decretos legislativos en cuestión fueron aprobados sin una extensa actividad deliberativa por parte de los diputados de la Asamblea Legislativa, sí fue potenciado el núcleo de la contradicción y el libre debate que es necesario para la formación de la voluntad estatal en forma de ley.

En efecto, con la lectura de los decretos que se llevó a cabo en el Pleno –los cuales contenían las cláusulas esenciales–, se abrió potencialmente el espacio para que los diputados generaran un debate, lo cual es suficiente para considerar que los decretos legislativos que se aprobaron son válidos constitucionalmente.

Y es que, en este punto y a diferencia de lo sostenido por el actor, es preciso destacar que *el diseño estructural del proceso de formación de ley que la Constitución ha establecido, específicamente en su art. 135, exige que no existan óbices que le impidan a los Diputados producir un debate en relación con los proyectos de ley que quieren aprobar, como cuando estos ni siquiera se leen o cuando no se le concede la palabra a un Diputado que solicita opinar al respecto.* De esta forma, *en el caso de los decretos legislativos impugnados, los diferentes grupos legislativos tuvieron la oportunidad real y libre de exponer sus puntos de vista o propuestas, luego de que el proyecto de aquéllos fue leído.* En tal virtud, no existe la inconstitucionalidad alegada por el ciudadano Gámez Parada, por lo que así deberá declararse en la presente sentencia.

3. El presente proceso entonces, queda circunscrito a verificar la inconstitucionalidad, por vicio de contenido, de los arts. 66-A LMCA, 161 y 165 de la Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública, por la supuesta violación al art. 23 Cn.

En primer lugar, (V) se hará una breve referencia a la libertad contractual y, en específico, se concretará el contenido normativo del derecho a terminar los asuntos civiles o comerciales por arbitramento; de igual forma, se establecerá la incidencia que este derecho tiene en la institución del arbitraje, con respecto a la cual se precisará su tipología y las etapas que componen al proceso arbitral.

Posteriormente, (VI 1) se desarrollarán algunos tópicos relacionados con la jurisdicción y el principio de exclusividad jurisdiccional. A continuación, (VI 2) se aludirá someramente a los elementos comunes, así como a las notas distintivas entre la jurisdicción y el arbitraje, en tanto métodos heterocompositivos de solución de controversias; también, (VI 3) será necesario referirse a la cooperación que los jueces brindan a los árbitros, en las diversas etapas del sistema de arbitraje.

Luego, (VII) se pondrán de manifiesto algunas consideraciones en relación con el derecho a la protección, el derecho a recurrir –como concreción del primero– y, dentro de este último, se aludirá al principio de unicidad de los recursos, para finalizar con algunas consideraciones generales referidas a los recursos en materia arbitral.

Fijado este marco teórico, por último, (VIII) se pasará a aplicar sus distintos componentes al caso cuyo estudio se realiza.

V.I. La disposición constitucional que consagra el derecho a la contratación es el artículo 23 Cn. La jurisprudencia constitucional ha afirmado que la libertad contractual es una manifestación del derecho general de libertad, entendido este como la posibilidad de obrar o de no obrar, sin ser obligado a ello o sin que se lo impidan otros sujetos, así como la real posibilidad de las personas de orientar su voluntad hacia un objetivo, es decir, la facultad de tomar decisiones sin verse determinado por la voluntad de otros, incluido el Estado –Sentencia de 5-VII-2006, Amp. 655-2004–.

Desde esa perspectiva, el contenido de la libertad contractual se encuentra fijado por los siguientes aspectos: (i) el derecho a decidir la celebración de un contrato –faceta positiva– o su no celebración –faceta negativa–; (ii) el derecho a elegir con quién contratar; y (iii) el derecho a regular el contenido del contrato, esto es, la incorporación de cláusulas relativas a los derechos y obligaciones de las partes, a las condiciones, a las modalidades de cumplimiento, entre otros – Sentencias de 13-VIII-2002, 20-I-2009 y de 25-VI-2009, Incs. 15-99, 84-2006 y 26-2008, respectivamente–.

Ahora bien, como concreción de la libertad de contratación, la misma disposición constitucional prevé un permiso constitucional específico referido a la forma de solucionar los conflictos surgidos en aquellos aspectos en que las personas tengan la “libre administración de sus bienes”, en las materias civiles y comerciales.

En efecto, además de establecer a favor de los sujetos de derecho la libertad de contratar conforme a las leyes, el artículo 23 Cn. señala que: “... [n]inguna 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...”. A continuación, se pasará a analizar el contenido normativo de tal enunciado constitucional.

2. Constituye un lugar común en la doctrina del Derecho Arbitral la afirmación de que –en tanto método adjudicativo al que las personas pueden optar para resolver los conflictos surgidos por la inobservancia de los deberes o cargas derivadas de las relaciones contractuales o extracontractuales– el arbitraje se fundamenta en el principio de autonomía de la voluntad.

A. De acuerdo con este principio, se reconoce la posibilidad a los particulares para celebrar convenciones de cualquier tipo, incluso las no reglamentadas expresamente por la ley.

Pero, debe aclararse, este principio no se reduce únicamente a permitir la celebración de contratos no tipificados en la ley, sino que sus efectos se extienden hasta la libertad que tienen los particulares para la determinación de su contenido, es decir, sus cláusulas –Sentencia de 25-VI-2009, Inc. 26-2008).

A partir de lo anterior, es viable afirmar que si las personas son libres para poder pactar voluntariamente cualquier tipo de cláusula que incida sobre sus derechos o relaciones jurídicas de carácter disponible, de la misma forma debe garantizárseles un permiso para que puedan optar por cualquiera de los medios lícitos existentes para resolver un conflicto.

En ese sentido, dicha opción abre el paso a la heterocomposición y, dentro de esta, al arbitraje o a la jurisdicción. Por ello, *la autonomía de la voluntad es un elemento fundamental de singular importancia en el arbitraje, pues con base en ella se confiere a las partes la facultad de someter sus controversias de carácter disponible, a la decisión de un árbitro o tribunal arbitral distinto a los jueces y magistrados del orden jurisdiccional.*

De esta forma, la autonomía de la voluntad es el pilar central sobre el que se estructura el sistema de arbitramento en nuestro ordenamiento jurídico, que permite a los sujetos de derecho adoptar reglas que habrán de observarse tanto para decidir someter el conflicto a árbitros y la designación de estos, como para la gestión de un trámite de arbitraje.

B. En este punto, algo que debe ser enfatizado es que la autoridad que los árbitros tienen para dirimir los conflictos que se les someten a su conocimiento se fundamenta en la existencia de un acuerdo de voluntades *previo y libre* entre las partes enfrentadas, en el sentido de sustraer la resolución de sus disputas del sistema jurisdiccional estatal y atribuirla a particulares.

Según nuestro ordenamiento jurídico –art. 3 letra d) LMCA–, tal acuerdo se denomina “convenio arbitral”, por medio del cual las partes deciden someter a arbitraje las controversias que hayan surgido o puedan llegar a surgir entre ellas, con respecto a una determinada relación jurídica, de naturaleza contractual o extracontractual. Con base en esta noción legislativa, se puede afirmar que en el sistema jurídico salvadoreño no es admisible la distinción entre el compromiso arbitral –que versaba sobre controversias existentes– y la cláusula compromisoria –que aludía a controversias eventuales o futuras–.

El convenio arbitral desplaza hacia los árbitros la actividad cognoscitiva que correspondería a la jurisdicción y que la Constitución atribuye exclusivamente al Órgano Judicial –art. 172 Cn.–. De esta forma, pactado el arbitraje, ninguna de las partes puede, unilateralmente,

dejarlo sin efecto, ya que ellas han asumido una obligación genérica de resolver los conflictos por ese medio, lo que supone, al mismo tiempo, la obligación de abstenerse de acudir a la vía judicial.

Consecuentemente, los efectos que dicho acuerdo produce son “positivos” y “negativos”. Los primeros aluden al hecho de que los interesados adquieren la obligación de cumplir con lo estipulado en el convenio en cuanto a la designación de los árbitros, así como al trámite y al laudo arbitral; los segundos entrañan, por una parte, la imposibilidad que sean los jueces que integran el Órgano Judicial quienes conozcan y diriman la disputa en cuestión –salvo los casos en los que las mismas partes sean las que hayan renunciado expresa o tácitamente al arbitraje, art. 50 LMCA– y, por otra, la posibilidad de que en algún trámite que sea gestionado simultáneamente pueda ser alegada la litispendencia arbitral.

En definitiva, *a partir de lo prescrito por el artículo 23 Cn., se concluye que, en principio, la citada habilitación que las personas hacen con respecto a los árbitros es de carácter voluntario, para determinar la procedencia y legitimación de este mecanismo de resolución de controversias.*

3. El derecho regulado en la mencionada disposición constitucional también establece a favor de las personas la libertad de elegir la modalidad o la tipología de árbitros que habrán de resolver la controversia actual o eventual que surja entre ellas. Naturalmente, dicha libertad no es absoluta, puesto que, por razones de trascendencia constitucional, puede estar justificada su limitación.

De esta forma, y atendiendo a la diversidad de circunstancias en que el arbitraje puede funcionar, surgen figuras que no son más que variantes y modos de ejercicio de la misma institución –en orden a determinadas características–, las cuales tienen plena recepción en la Constitución y en la legislación secundaria.

A. Así, atendiendo a la *modalidad de elección* de los árbitros que actuarán en un caso concreto, existen dos categorías diferenciadas de arbitraje: (i) el institucional y (ii) el *ad hoc*.

a. La propiedad que define al *arbitraje institucional* es la existencia de una o varias entidades especializadas que administran y organizan el trámite arbitral y que, de igual manera, prestan una serie de servicios que ayudan a que la contienda sea resuelta con mayor eficacia. Dicho tipo de arbitraje es definido por el art. 3 letra g) LMCA.

Ejemplos de tales servicios lo constituyen: la elaboración de las listas de árbitros autorizados, la designación de estos cuando no lo hacen las partes, el conocimiento de las

recusaciones cuando éstas no son aceptadas por los árbitros, el establecimiento del pago de los honorarios de los árbitros, la integración de las listas de peritos que sirven de apoyo a los tribunales de arbitraje, entre otros.

En nuestro sistema jurídico, dichas funciones las cumplen tanto el Centro de Arbitraje como las Cámaras de Segunda Instancia de la Capital de la República, con competencia en materia civil. Aunque, debe aclararse, estas últimas tienen delimitada su función únicamente a la designación de árbitros –art. 37 inciso 5° LMCA–.

b. Por su parte, el arbitraje *ad hoc* se caracteriza porque no existe ninguna institución que administre el sistema, toda vez que, por regla general, son las partes quienes fijan las normas con base en las cuales tendrá que desarrollarse el proceso arbitral. En caso que en el convenio nada se haya dicho al respecto, se aplicarán las reglas que para tal efecto se encuentren tipificadas en la LMCA, y no las que hayan sido establecidas por el Centro de Arbitraje –art. 47 LMCA–.

B. En otro orden, si se toma en consideración *el modo en que deben actuar*, así como a la naturaleza de la decisión que han de emitir, los árbitros pueden ser: de derecho (i); de equidad (ii); y técnico (iii).

a. Las actuaciones de los *árbitros de derecho* están condicionadas por su adecuación a las prescripciones contenidas en las disposiciones que integran el sistema de fuentes del ordenamiento jurídico, las cuales tendrán que ser observadas por el tribunal arbitral con el fin de justificar el laudo que pronuncie. De esta manera, tal modalidad de árbitros debe resolver la controversia con base en el esquema jurídico con que lo haría un juez integrante del orden jurisdiccional, por lo que –en el caso salvadoreño– se exige que dichos árbitros sean abogados en el libre ejercicio de la profesión –el art. 35 inciso 2° LMCA–.

b. Por su parte, los *árbitros de equidad* se encuentran exentos de sujetarse a los preceptos legales que sean pertinentes para la resolución del caso. De ahí que la libertad con la que actúan los árbitros de equidad está referida a la exclusión rígida de los preceptos que incorporan las disposiciones legales materiales y procesales.

Tal característica es de la esencia del arbitraje que se analiza, ya que si a estos se les constriñe a aplicar las normas materiales que han de regir el caso no estaríamos en presencia de un arbitraje de equidad, sino de uno de derecho.

c. Finalmente, el *arbitraje técnico* es el método adjudicativo en el que los árbitros habrán de pronunciar el laudo con base en *conocimientos específicos* de una determinada ciencia, arte u oficio.

C. Una tercera clasificación de los tipos de árbitros *atiende a la fuente de la cual provienen*. En este sentido, si el arbitraje tiene su origen bien en un acuerdo de voluntad o bien en la ley –en sentido formal–, estaremos en presencia de un arbitraje voluntario (i) o forzoso (ii).

a. Como expresión del principio de autonomía de la voluntad, el arbitraje voluntario es el mecanismo adjudicativo en el cual los mismos contratantes deciden adoptar dicha modalidad, la cual, a su vez, puede ser de derecho, de equidad, técnico, institucional o *ad hoc*.

b. Por su parte, el arbitraje puede ser planteado por el legislador, mediante las disposiciones legales, que excluyen determinados conflictos del ámbito de competencia de los jueces, para atribuírsela a los árbitros.

En estos casos, no existe un acuerdo de voluntades que dé origen al sistema arbitral, sino la decisión del legislador que, al hacer una previa ponderación, opta por atribuir cierta legitimación al árbitro, atendiendo a la naturaleza y características de ciertos asuntos.

La doctrina arbitral más depurada justifica la existencia de los árbitros forzosos en la necesidad de sustraer del ámbito judicial temas que exigirían procesos judiciales extensos en función de su tecnicismo, complejidad o de las incidencias que aquellos puedan producir.

4. En otro orden y en términos generales, es necesario identificar las etapas que componen la gestión arbitral y la incidencia que tiene el principio de la autonomía de la voluntad. Así, tales momentos son los siguientes:

A.Etapa convencional. Esta es la primera manifestación del derecho a terminar los asuntos civiles o comerciales por arbitramento –art. 23 Cn.–, la cual se concreta por medio de la redacción del respectivo convenio arbitral, en el que las partes –como norma general– deciden consignar, por una parte, su opción de someter el actual o eventual conflicto a la resolución de un árbitro o tribunal arbitral y, por otra, las reglas en virtud de las cuales tendrá que desarrollarse el procedimiento de arbitraje.

Cuando tales reglas no son consignadas en el acuerdo respectivo, se estará a lo que señale la LMCA.

B.Etapa prearbitral. El derecho de las personas para dar por finalizado “sus asuntos” patrimoniales no se agota con la formalización del convenio arbitral, sino que también se pone de

manifiesto en los trámites gestionados por los interesados con el fin de que el tribunal arbitral sea instalado.

Normalmente, esta fase comienza a partir de la formulación de la correspondiente solicitud de integración del tribunal ante el Centro de Arbitraje o, en su caso, ante las Cámaras de Segunda Instancia de la Capital de la República, con competencia en materia civil, y finaliza cuando el árbitro único o el último que ha sido elegido por cualquiera de dichas entidades exterioriza su consentimiento para conformar el tribunal, en cuyo caso la demanda respectiva deberá ser presentada en el momento previamente establecido.

C.Etapa arbitral. A esta fase corresponde la realización de todos los actos procedimentales de las partes y de los árbitros, cuyo objetivo es que el laudo correspondiente sea emitido.

Debe aclararse que, dependiendo del tipo de arbitraje, así serán las reglas que habrán de aplicarse al proceso regido por dicha institución. Así, salvo que las partes hayan estipulado lo contrario, las normas que reglamentarán el trámite arbitral son las siguientes: (i) si se trata de un tribunal arbitral institucional, los preceptos a observar son los que el Centro de Arbitraje establezca para ello –art. 45 inciso 1° LMCA–; y (ii) si, por el contrario, estamos en presencia de un tribunal *ad hoc*, las normas que condicionarán el procedimiento serán las previstas por las partes o, en su defecto, las contenidas en la LMCA –art. 45 inciso 3°–.

D.Fase de control. Pronunciado el laudo, y con el fin de evitar la existencia de zonas exentas de control, se regula el derecho de las partes para poder impugnar tal decisión. Dicha circunstancia se fundamenta en el reconocimiento de la falibilidad de los árbitros y en la garantía que supone someter a un tribunal jurisdiccional la corrección de un posible error cometido en un laudo emitido por un árbitro o por el tribunal de arbitraje.

VI.I. A continuación, aludiremos al concepto constitucional de jurisdicción, tomando en consideración los criterios jurisprudenciales establecidos en las Sentencias de 20-VII-1999, 19-IV-2005 y 8-XII-2006, Incs. 5-99, 46-2003 y 19-2006, respectivamente.

A. De ellas puede colegirse que dicha potestad jurisdiccional se caracteriza por la concurrencia simultánea de los siguientes aspectos:

a. Las decisiones emitidas por los jueces y tribunales se fundamentan en parámetros estrictamente normativos y jurídicamente sustentables, lo cual las distingue de las decisiones políticas.

b. El carácter irrevocable y vinculante de las decisiones judiciales, que deriva principalmente del propio ordenamiento jurídico. Ello se debe a que la decisión jurisdiccional no es el resultado de un poder ajeno al derecho, sino de la ley misma, y no está presidido por más criterios y procedimientos que los que previamente han sido reglados.

c. El estatuto de los jueces y magistrados se encuentra regido por los principios de independencia, imparcialidad e inamovilidad, por medio de los cuales se reviste a estos de un *status* que proscribe la sumisión a cualquier género de instrucción o dependencia distinta al ordenamiento jurídico.

Si se toman en consideración las propiedades aludidas, es viable entender a la jurisdicción como la *potestad que dimana de la soberanía del Estado, la cual se concreta mediante la aplicación irrevocable del derecho en lo relativo a la protección de los derechos subjetivos, imposición de sanciones y control de legalidad y constitucionalidad, por medio de parámetros objetivamente sustentables y jurídicamente argumentados, realizada por jueces independientes e imparciales*. Tales características son garantizadas por la Ley Suprema solamente al Órgano Judicial –Sentencia de 23-III-2001, Inc. 8-97, Considerando V 3–.

B. En ese orden, también es necesario recordar brevemente que el Órgano Judicial queda sujeto en la Constitución al *principio de exclusividad jurisdiccional*.

Dicho principio se encuentra establecido en el art. 172 Cn. y puede analizarse a partir de dos enfoques: uno *positivo* y otro *negativo*. El primero implica que, salvo casos excepcionales y justificados regulados por la ley, la autodefensa se encuentra proscriba en el Estado salvadoreño; el segundo se traduce en que los tribunales no deben realizar otra función que no sea la de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, sin perjuicio de las atribuciones y competencias que la misma Constitución confiera a los integrantes del orden jurisdiccional.

A su vez, el principio de exclusividad de la jurisdicción exige que, por una parte, la facultad de resolución de controversias sea encomendada a un único cuerpo de jueces y magistrados, independientes e imparciales, en donde toda manipulación relativa a su constitución y competencia esté expresamente excluida –art. 216 inc. 1° Cn.–; y, por otra, la potestad jurisdiccional, tanto en la fase declarativa o cognoscitiva –“juzgar”– como en la ejecutiva –“hacer ejecutar lo juzgado”– sea atribuida como monopolio a los miembros que integran el Órgano Judicial, situación que impide a los demás órganos del Gobierno la asunción de las funciones jurisdiccionales –art. 172 inc. 1° Cn.–.

En consecuencia, lo determinante en el principio de exclusividad de la jurisdicción *no es la exclusión de la posibilidad que otras entidades distintas al Órgano Judicial puedan aplicar el Derecho, sino si las decisiones emitidas por dichos órganos son susceptibles de revisión jurisdiccional.*

Desde esa perspectiva, reconocer a esos otros entes u órganos una potestad de aplicación del Derecho, e incluso de ejecución del mismo, no significa que la Constitución les ha conferido potestad jurisdiccional de la misma manera que a los jueces y magistrados, porque faltaría la nota de irrevocabilidad que caracteriza a esta última.

Por supuesto, en el caso de los actos llevados a cabo en el ejercicio de una aplicación no judicial del Derecho, que no fuese controlable *ex post* por los jueces, sí podría afirmarse que esa es una potestad similar a la jurisdiccional, situación que sería incompatible con lo prescrito por el art. 172 inc. 1º Cn., debido a que una decisión irrevocable sólo puede dictarla un juez, a quien se le ha asegurado un *status* de imparcialidad e independencia –Sentencia de 19-IV-2005, Inc. 46-2003–.

2. Fijado el contenido mínimo que la Constitución establece para el sistema arbitral y explicitada la noción de la potestad jurisdiccional de los jueces, corresponde enunciar en este apartado los elementos comunes entre el arbitraje y la jurisdicción, en tanto métodos heterocompositivos, así como sus notas distintivas.

A. Así, las controversias pueden ser dirimidas por medio de la fórmula tripartita de la *heterocomposición*. Ésta se presenta como un esquema adjudicativo más evolucionado o complejo de resolver los conflictos, toda vez que el tercero que interviene se presume imparcial y, además, se le reconoce autoridad para imponer a las partes la solución que considere adecuada, de conformidad con el derecho positivo o, en su caso, con criterios objetivos de equidad.

En ese sentido, es viable afirmar que las propiedades similares, de carácter enunciativo, entre el arbitraje y la jurisdicción pueden resumirse en las siguientes: (i) la existencia de un tercero que resuelve los conflictos como independiente frente a las partes; (ii) el reconocimiento de un poder de decisión para que las resoluciones emitidas por ese tercero se impongan; y (iii) las decisiones pronunciadas producen los efectos de cosa juzgada.

B. Ahora bien, las principales propiedades que distinguen al arbitraje de la jurisdicción pueden sintetizarse así: (i) la fuente de legitimación es distinta, ya que, en el arbitraje, aquella proviene del convenio arbitral y, en el caso de la jurisdicción, de la Constitución y la ley; (ii) en

el arbitraje rige el principio de la autonomía de la voluntad, mientras que en la jurisdicción el principio de legalidad; y (iii) los árbitros carecen de la potestad para hacer ejecutar sus resoluciones –tal es así que la jurisdicción ejerce una función de cooperación con resto al sistema de arbitraje–, en cambio dicha función es inherente en la potestad jurisdiccional que detentan los jueces y magistrados que integran el Órgano Judicial –art. 172 Cn.–.

3.A. Las actividades que llevan a cabo los árbitros, por una parte, permiten a los interesados obtener una *declaración de certeza* sobre el alcance de sus derechos patrimoniales y hace posible su realización efectiva ante la jurisdicción y, por otra, proporcionan una solución eficaz a los conflictos mediante un método que debe resguardar los principios constitucionales, así como los derechos y garantías fundamentales, situación que contribuye a mantener la armónica convivencia en el seno de la sociedad.

Como se ha afirmado anteriormente, el efecto negativo que produce el convenio arbitral – el cual confiere directamente la autoridad a los árbitros– se traduce en el desplazamiento hacia los árbitros de la actividad declarativa que el art. 172 Cn. denomina “juzgar”. A causa de dicho efecto, se excluye la intervención de los tribunales del Estado para resolver aquellos conflictos que fueron sometidos a arbitraje.

No obstante, debe tenerse presente que el citado efecto negativo implica una exclusión absoluta de la intervención de los jueces y magistrados en el sistema arbitral.

B. En ese sentido, las funciones principales de colaboración que el ordenamiento jurídico salvadoreño atribuye a la jurisdicción estatal en los asuntos sometidos a arbitraje son las de integración, cooperación, control y ejecución.

a. La *función de integración* se encuentra establecida en el art. 37 inc. 5° LMCA. De acuerdo con esta, “...el nombramiento del árbitro o árbitros podrá hacerse por las Cámaras de la Capital de la República con competencia en materia civil, las cuales nombrarán a personas con las respectivas credenciales, comprobadas en forma fehaciente...”.

Con base en el principio de autonomía de la voluntad, a las partes se les permite conferir competencia a las referidas Cámaras de Segunda Instancia para que sean dichos tribunales los que designen qué árbitros habrán de integrar el tribunal arbitral.

A causa de lo anterior, la colaboración que el referido tribunal judicial presta al sistema arbitral depende de que así lo hayan establecido los interesados dentro de los modos de ejercicio que ampara la facultad de resolver los conflictos por arbitramento. De esta manera, en ausencia

de pacto expreso, la disposición legal que *se aplicará para suplir la omisión de las partes* de consignar las reglas relativas a las autoridad competente que habrá de designar a los árbitros será el art. 37 inc. 2° LMCA, y no el enunciado legal previsto en el 5° del citado precepto en mención.

La razón que milita a favor de la adscripción del referido significado parte de lo que indica el inciso 1° del mismo artículo. En efecto, las partes pueden delegar en un tercero –persona natural o jurídica– la designación parcial o total de los árbitros. De ahí que, si el vocablo “tercero” se entiende como una expresión omnicomprendensiva que abarca a cualquier entidad jurídica, los que suscriben el acuerdo arbitral pueden atribuirle funciones de integración a las mencionadas Cámaras de Segunda Instancia.

En otros términos, *las citadas Cámaras tendrán competencia para designar árbitros únicamente cuando así lo establezca el convenio arbitral*. Cuando nada se diga al respecto, se aplicará en forma supletoria el art. 37 inc. 2° LMCA, en cuyo caso, dicha función de integración corresponderá al Centro de Arbitraje.

b. En cuanto a la *función de cooperación*, la necesidad de que los jueces integrantes del orden jurisdiccional colaboren con el sistema arbitral se justifica porque los árbitros carecen de *imperium*, potestad que sí la detentan los funcionarios integrantes del Órgano Judicial –arts. 83, 86 y 172 Cn., según quedó justificado *supra*–.

En nuestro régimen legal, la intervención judicial en el trámite arbitral se materializa especialmente en la práctica de la prueba –arts. 55 inc. 7° y 57 LMCA–.

c. Sobre la *función de ejecución*, debe decirse que las atribuciones jurisdiccionales de control sobre el arbitraje se encuentran permitidas y justificadas por nuestro ordenamiento jurídico. Permitidas, porque es la ley la que señala en qué casos corresponde revisar los laudos proferidos por los árbitros. Justificadas, ya que si el Órgano Judicial –mediante el juez competente, art. 72 LMCA– es quien debe gestionar la solicitud de ejecución de los laudos arbitrales, *con mucha mayor razón* también se le ha de conferir a dicho órgano del Estado la atribución de revisar que lo decidido en el sistema de arbitraje reúna las condiciones indispensables para merecer el reconocimiento de autoridad vinculante.

De acuerdo con el régimen legal, la labor de revisión de los laudos arbitrales corresponde a las Cámaras de Segunda Instancia, por ejemplo, mediante la nulidad, según lo prescriben los arts. 67, 69 y 70 LMCA.

d. En relación con la *función de ejecución*, es necesario señalar que la colaboración que los jueces prestan al sistema arbitral en este punto se traduce en el ejercicio de la potestad jurisdiccional, mediante el cual se pretende la realización coactiva de un derecho que ha sido declarado por un laudo arbitral ejecutoriado.

La intervención de los jueces en dicha labor de ejecución también se fundamenta en que los árbitros carecen de autoridad para ejecutar sus propias decisiones. Esa labor de ejecución de los laudos arbitrales corresponde realizarla al juez competente calificado para conocer de la controversia en ausencia del arbitraje, con arreglo a lo prescrito en el art. 72 LMCA.

VII.1. En relación con el derecho a la protección en la conservación y defensa de los derechos, en la jurisprudencia constitucional se ha afirmado que el art. 2 Cn. positiva una serie de derechos de la persona que considera fundamentales para la existencia humana digna, en libertad e igualdad y que integran su esfera jurídica –por todas, la Sentencia de 18-XII-2009, Inc. 23-2003 acum.–.

De igual forma, se ha sostenido que, para que tales derechos no se reduzcan a un reconocimiento abstracto y tengan posibilidades de eficacia, es necesario el establecimiento de un derecho que posibilite su realización efectiva y pronta. Por ello, la Constitución también consagra el *derecho a la protección en la conservación y defensa* de los derechos fundamentales establecidos en favor de toda persona.

A. La *conservación* de los derechos que establece la Constitución es una forma de protección que implica el establecimiento de instrumentos para evitar que los derechos fundamentales sean vulnerados.

Consecuentemente, esta primera modalidad de protección incorpora un derecho a que el Estado salvadoreño impida razonablemente las posibles transgresiones a los derechos materiales, de tal suerte que, al estar incorporados en la esfera jurídica de cada cual, no sean extraídos de este en una forma prohibida por la Constitución.

En este punto, se debe aclarar que la *conservación* de un derecho puede perfectamente lograrse mediante vías administrativas o “no jurisdiccionales”, como las acciones estatales que la doctrina constitucional cataloga como “previsionales”, y que están orientadas a evitar posibles infracciones a los derechos fundamentales. De igual manera, la protección en la conservación puede obtenerse por medio de mecanismos jurisdiccionales.

B. La *defensa* es una modalidad de la protección de los derechos fundamentales, cuya eficacia se despliega cuando estos han sido conculcados. En términos generales, implica la creación de instrumentos idóneos para la reacción mediata o inmediata por la transgresión que se produce en los citados derechos, con el fin de que estos sean reparados. Este tipo de protección en la defensa de los derechos también puede brindarse tanto en sede no jurisdiccional como en sede jurisdiccional.

2.A. El *derecho a la protección, jurisdiccional o no jurisdiccional* –en su dimensión de defensa– se ha instaurado con la esencial finalidad de permitir la eficacia de los derechos fundamentales integrantes de la esfera jurídica de la persona, al permitirle a esta reclamar válidamente frente a actos particulares y estatales que atenten contra tales derechos. Dicha función se lleva a cabo por medio del instrumento heterocompositivo diseñado con tal finalidad: *el proceso jurisdiccional o no jurisdiccional* en todas sus instancias y en todos sus grados de conocimiento.

De ahí que, si la *protección* es un derecho cuya eficacia debe ser asegurada por las entidades que detentan potestad para resolver un conflicto y esta, a su vez, se ejerce también en las diversas instancias y grados de conocimiento que se encuentra en la estructura organizativa correspondiente, se debe concluir que aquel derecho incorpora el *derecho a recurrir* –al respecto, véase la Sentencia de 15-II-2002, Inc. 9-97–.

B. En cuanto al derecho mencionado en último término, esta Sala ha indicado recientemente –auto de 7-III-2011, Amp. 370-2010– que el *acceso a los medios impugnativos* legalmente contemplados, comúnmente denominado *derecho a recurrir*, se relaciona con el derecho a la protección y con el proceso constitucionalmente configurado e implica que, al consagrarse en la ley un determinado medio impugnativo, debe permitirse a la parte el acceso a la posibilidad de un segundo examen de la cuestión –otro grado de conocimiento–.

Dicha circunstancia se basa en el reconocimiento de la falibilidad humana y en la conveniencia de que, por un lado, la propia autoridad pueda reconsiderar y rectificar una decisión antes de que se convierta en firme y, por el otro, exista una “garantía” que suponga someter a una entidad distinta la corrección de un posible error en la interpretación y aplicación de la ley o en la valoración de las pruebas practicadas o en la observancia de las normas procesales atinentes a la decisión.

En ese sentido, en principio, la determinación legislativa de los recursos autoriza, únicamente, la utilización de los medios impugnativos en sentido estricto que se hubieren previsto para cada decisión en particular. Esto se traduce en que, para que una resolución sea recurrible, es necesario que la ley procesal haya establecido un concreto recurso. A su vez, esto evoca la idea del *principio de especificidad, taxatividad o legalidad de tales medios impugnativos*, según el cual cada resolución judicial debe ser impugnada con el instrumento procesal previsto específicamente, es decir, con el medio, en los plazos, forma y demás requisitos que la ley exige en cada situación.

De acuerdo con el *requisito objetivo de especificidad*, el establecimiento de los recursos en la ley procesal respectiva produce, entre otras consecuencias, las siguientes:

a. Por una parte, las disposiciones legales que estructuren los recursos no deben volver nugatorio los principios, derechos o garantías regulados en la Constitución. Verbigracia, la ley no podrá disponer que un recurso quede abierto sólo para alguna de las partes, pues ello iría en desmedro de la igualdad procesal, ni tampoco podrá establecer obstáculos a la admisión del recurso que lo hagan imposible para cualquiera de las dos partes.

b. Por otra parte, el recurso adquiere connotación constitucional, puesto que la interpretación de la impugnabilidad objetiva estará subordinada al principio *pro actione*, lo que significa que *las condiciones requeridas para la admisibilidad de los recursos deben suponer que los significados que los tribunales atribuyan a las correspondientes disposiciones procesales deben inclinarse por la optimización de su admisibilidad, lo cual genera, como correlato existencial, la prohibición de efectuar interpretaciones que dificulten o impidan aceptar el planteamiento de los recursos.*

Lo expresado se fundamenta en que el citado derecho, por ser un derecho fundamental de naturaleza procesal, exige que la interpretación de la legislación ordinaria que lo dota de contenido deba realizarse de conformidad con aquél. Tal criterio ha sido adoptado desde la Sentencia de 28-V-2001, Inc. 4-99.

En este punto, se aclara que si la ley configura el proceso como de única instancia, la inexistencia legal de la posibilidad de recurrir, en modo alguno vulneraría preceptos constitucionales, siempre y cuando esta limitación sea evidentemente objetiva, esto es, proporcional y razonable en relación con la naturaleza del caso, la urgencia del objeto del

proceso, las posibilidades de dispendio jurisdiccional y la menor complejidad del asunto – Sentencia de 12-XI-2010, Inc. 40-2009–.

3. Ahora bien, es posible que en uso de su libertad de configuración normativa de los recursos, el legislador opte por el establecimiento inadecuado de diversos mecanismos de impugnación que los interesados pueden utilizar para controlar la regularidad de la producción normativa referida a uno de los preceptos individuales: el fallo.

No obstante, el operador jurídico debe tomar en consideración que esa pluralidad de posibilidades impugnatorias se encuentran regidas por el *principio de unicidad de los recursos o principio de la impugnación excluyente*. De acuerdo con dicho principio, como regla general, una decisión admite únicamente un recurso específico, que es el que ha de adecuarse a la naturaleza de la decisión cuya revisión se pretende, por lo que se excluye la posibilidad de interponer simultáneamente varios recursos en contra de una misma resolución.

Naturalmente, lo afirmado en el párrafo que antecede deja incólume las disposiciones legales que prevén las *impugnaciones conjuntas*, tal como aquellos casos en donde las resoluciones admiten los recursos de revocatoria y la apelación, aunque esta última en forma subsidiaria de aquella.

4.A. Acotado lo anterior, es preciso hacer una referencia genérica sobre los recursos en materia arbitral.

Independientemente del tipo de tribunal que lo haya pronunciado, el laudo arbitral es el acto por medio del cual se pone de manifiesto la “autoridad dirimente” que les ha sido conferida a los árbitros en forma directa por medio del convenio arbitral. Por ello, la citada actuación está provista de efectos similares a los producidos por las decisiones emitidas por los jueces del orden jurisdiccional. Tal es el caso de la cosa juzgada.

Como regla general, atendiendo a la estructura organizativa del Órgano Judicial prevista por el legislador, las sentencias judiciales son revisables en las ulteriores instancias y grados de conocimiento. Por ejemplo, las resoluciones de los Jueces de Primera Instancia son impugnables por el recurso de apelación, cuyo conocimiento le compete a las Cámaras de Segunda Instancia; a su vez, las providencias suscritas por éstas son recurribles mediante la casación, *v.gr.* ante la Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia.

En el caso del arbitraje, institución influida por el principio de autonomía de la voluntad – art. 23 Cn.–, la revisión de los laudos está sujeta a lo que las mismas partes hayan acordado en el convenio en referencia, al haberlo aceptado como alternativa para solucionar sus controversias.

Lo anterior se fundamenta en que, en vista de que la sujeción al sistema arbitral proviene de la autonomía de la voluntad de los interesados, el alcance de la autoridad con la cual se inviste a los árbitros se encuentra fijado en primer término por las cláusulas consignadas en el convenio en referencia. *De modo que sólo en defecto de un acuerdo sobre el particular, se aplicarán supletoriamente las reglas previstas en la LMCA sobre el tópico en cuestión.*

En todo caso, la necesidad de que existan medios de impugnación en sentido estricto mediante los cuales se revisen los laudos arbitrales, obedece a una exigencia constitucional que se traduce en la conveniencia de evitar la existencia de zonas exentas de control en la actuación de los tribunales de arbitraje. Y es que, en este punto, habrá de recordarse que el principio de exclusividad jurisdiccional presupone ineludiblemente, no la exclusión de que otros entes distintos al judicial puedan resolver los conflictos, sino la posibilidad de que sea la jurisdicción estatal la que, en última instancia, revise las decisiones emitidas en el sistema de arbitraje.

B. Ahora bien, llegados a este punto, se impone una aclaración.

La afirmación de que la revisión jurisdiccional de los laudos arbitrales esté subordinada a lo que los interesados hayan acordado en el convenio arbitral, no supone una contradicción a la regla constitucional establecida en la Sentencia de Inc. 9-97, según la cual, *atendiendo a su finalidad de potenciar el acceso completo de las personas a las instancias jurisdiccionales instauradas para la solución de sus conflictos sociales, se puede disponer de cualquiera de esos derechos –unilateral o bilateralmente– únicamente cuando se está en presencia de una situación concreta y conocida; es decir, sólo si el sujeto la realiza libremente y, sobre todo, dentro de una realidad por completa conocida.*

La razón fundamental que milita a favor de tal afirmación se cifra en que la situación jurídica que se produce en materia arbitral –informada por el principio de autonomía de la voluntad– no es equiparable a la que se origina en materia jurisdiccional, pues los títulos legitimantes entre una y otra institución son disímiles. Así, la actuación de los árbitros depende de un convenio arbitral, mientras que la actuación de los jueces obedece a la soberanía estatal.

De esta manera, aunque no se esté en presencia de una situación cierta, en razón de la autonomía de la voluntad, las personas interesadas están habilitadas constitucionalmente para

establecer en el convenio arbitral una cláusula por medio de la cual se exprese su voluntad, en el sentido de que cierta decisión arbitral no será recurrible, situación que no deberá reputarse como una vulneración al derecho a recurrir. En cambio, cuando una de las partes del convenio arbitral sea una institución del Estado, no estará habilitada constitucionalmente para pactar previamente si tal o cual decisión arbitral será recurrible o no por medio de la apelación, atendiendo al interés público que pudiera estar en juego en el arbitraje –art. 246 Cn.–.

VIII. Con base en las anteriores premisas, se pasará a examinar la constitucionalidad de los arts. 66-A LMCA, 161 y 165 LACAP, en relación con el derecho de terminar los asuntos civiles o comerciales por arbitramento consagrado en el art. 23 Cn.

I. La primera de las mencionadas disposiciones legales propuestas como objeto de control es el art. 66-A LMCA. Tal enunciado prevé que el laudo pronunciado en el arbitraje de derecho es apelable con efectos suspensivos, lo que –en opinión del ciudadano Parada Gámez– desnaturaliza la esencia heterocompositiva del arbitraje, ya que lo prohíbe. Además, asegura que la disposición impugnada vuelve “nugatoria, ilusa y estéril” a la función arbitral, en la medida en que esta siempre dependerá de la actividad estatal judicial. Por ello, la estima incompatible con lo prescrito por el art. 23 Cn.

No obstante la apreciación del actor, el significado que este le atribuye al artículo en mención es erróneo. A continuación se expresan las razones que justifican tal afirmación.

A. a. Con respecto al argumento relativo a la desnaturalización de la esencia heterocompositiva del arbitraje, es preciso aclarar que los árbitros representan un método adjudicativo, cuya finalidad es resolver las controversias que las partes les plantean.

El laudo que –para tal efecto– emiten constituye la expresión más acabada de la autoridad que las personas le confieren a los árbitros, ya que, por un lado, mediante aquél se impone una solución a las diferencias que separan a las personas que acuden a tal sistema y, por el otro, se erige en la actuación cuyo pronunciamiento era el objetivo que los interesados pretendían alcanzar al pactar el arbitraje como medio alternativo de resolución de disputas. Por ello, proveído el laudo, los árbitros dan cumplimiento a su cometido principal: dirimir el conflicto.

De esta manera, el trámite que supone dicha forma de resolución de controversias queda agotado con la suscripción de la citada resolución y, por tanto, finalizada la etapa arbitral. A partir de este momento, comenzará una labor de colaboración por medio de la *etapa de control*, la

cual es llevada a cabo por el Órgano Judicial, específicamente de las Cámaras de Segunda Instancia de la Capital.

Así las cosas, la naturaleza heterocompositiva del arbitraje se mantiene, puesto que el establecimiento legislativo del recurso de apelación en contra del laudo pronunciado por los árbitros de derecho no impide que estos realicen la función que los interesados le han encomendado.

Además, tal circunstancia se pone de manifiesto en la misma disposición legal que el ciudadano Parada Gámez impugna, ya que, según el art. 66-A LMCA, el recurso de apelación puede interponerse *hasta después que el arbitraje de derecho ha pronunciado el laudo arbitral*, lo que supone que el conflicto ha sido dirimido, al menos en esa instancia.

b. Por otra parte, tampoco es cierta la afirmación planteada por el actor, referida a que el enunciado legal en cuestión vulnera lo prescrito por el art. 23 Cn., atendiendo a que –según él– el recurso de apelación establecido por el legislador prohíbe el derecho de las personas a terminar las controversias por medio del arbitraje.

Al respecto, se aclara que el recurso de apelación en materia arbitral es un medio impugnativo que, en principio, se rige por las disposiciones pertinentes de la LMCA. Sin embargo, también puede regirse por las reglas que para ello definan las partes en el momento de formalizar el convenio arbitral.

En relación con tal recurso, existe de igual forma un amplio marco para la aplicación de la autonomía de la voluntad –art. 23 Cn.–, lo cual permite a las partes estipular una diversidad de cláusulas orientadas, por una parte, a no acceder al recurso de apelación y, por otra, a condicionar el planteamiento de este al cumplimiento de determinados requisitos.

En ese sentido, *el laudo emitido por un arbitraje de derecho es recurrible por medio de la apelación, a menos que exista pacto en contrario cuando se trate de un arbitraje solo entre particulares.*

Por tanto, si los interesados pueden disponer algo distinto a lo que el art. 66-A LMCA prescribe, no es cierto que dicha disposición prohíba el derecho de las personas a terminar sus controversias por medio del sistema arbitral.

c. Por tales motivos, debe declararse *que no existe la inconstitucionalidad señalada por el pretensor*, en cuanto a que el art. 66-A LMCA desnaturaliza la esencia heterocompositiva del arbitraje, al prohibir el pacto del arbitraje.

B. El segundo argumento que el demandante expone para justificar la inconstitucionalidad del art. 66-A LMCA es que, por medio de la tipificación del recurso de apelación, la función arbitral se vuelve “nugatoria, ilusa y estéril”, puesto que siempre dependería de la actividad estatal judicial.

Sobre el tópico, se advierte que el alegato expuesto por el ciudadano Parada Gámez se muestra como una “tesis” contradictoria con una exigencia constitucional. Sobre este punto, puede esquematizarse el siguiente razonamiento:

a. En primer término, es necesario recordar que, de acuerdo con el demandante, la creación legislativa del recurso de apelación para los laudos emitidos por los árbitros de derecho implica que la función arbitral dependerá siempre de la actividad judicial.

b. Como consecuencia de lo anterior, cualquier tipo de recurso en sentido estricto que se prevea –incluido el de nulidad– para poder controlar la regularidad de los laudos arbitrales, independientemente de su modalidad, supondrá que la función arbitral dependerá siempre de la actividad judicial.

c. De todo lo expresado se infiere la existencia de una incoherencia en el razonamiento del ciudadano, ya que, a partir de su argumento, *cualquier tipo de recurso que se establezca con el fin de controlar los laudos arbitrales sería inconstitucional*. Ello, por cuanto que la actividad heterocompositiva de los tribunales de arbitraje eventualmente pudiera ser controlada en sede judicial. Dicha conclusión no es sostenible, toda vez que de la Constitución se deriva la inexistencia de zonas exentas de control en las actuaciones arbitrales.

d. Ello principalmente porque, tal como se ha enfatizado *supra*, la necesidad de que existan medios de impugnación en sentido estricto mediante los cuales se revisen los laudos arbitrales, obedece a una exigencia constitucional que se traduce en la conveniencia de evitar la existencia de zonas exentas de control en la actuación de los tribunales de arbitraje. Y es que, en este punto, el principio de exclusividad jurisdiccional presupone, no la exclusión de que otros entes distintos al judicial puedan resolver los conflictos, sino *la posibilidad de que sea la jurisdicción estatal la que, en última instancia, revise las decisiones emitidas en el sistema de arbitraje*.

En consecuencia, la interpretación formulada por el actor debe rechazarse por contradictoria, por lo que también debe declararse *que no existe la inconstitucionalidad señalada por él*, en cuanto a que el art. 66-A LMCA, al prever el recurso de apelación en contra de los

laudos pronunciados por los árbitros de derecho, vuelve “nugatoria, ilusa y estéril” la función arbitral, atendiendo a que esta siempre dependería de la “actividad estatal judicial”.

2. También los arts. 161 y 165 LACAP han sido propuestos como objeto de control. En relación con tales disposiciones, el actor afirma que son incompatibles con lo establecido por el artículo 23 Cn., debido a que restringen el derecho de las personas de terminar los asuntos privados por medio de árbitros distintos a los de derecho.

A. Al respecto, los artículos impugnados pueden ser interpretados en relación con el art. 162 del mismo marco legal. Así, de conformidad con el art. 161 LACAP, para resolver las diferencias o conflictos que surgieren durante la ejecución de los contratos se observará lo que en particular establezca dicha normativa sobre el arreglo directo y el arbitraje en derecho. Luego, según el art. 162 LACAP, agotado el procedimiento de arreglo directo, si el litigio o controversia persistiere, las partes *podrán* recurrir al arbitraje.

Nótese que la modalidad deóntica establecida en la disposición legal citada en último término –“podrá”– confiere una libertad a las partes –dentro de las cuales se encuentra el Estado– para elegir el mecanismo heterocompositivo que habrá de dirimir el conflicto que surgiere con respecto a la ejecución de los contratos.

A partir de lo anterior, la regla que se deriva de lo expuesto precedentemente es la siguiente: *el mecanismo adjudicativo mediante el cual habrán de resolverse los conflictos que surjan como consecuencia de la ejecución de los contratos en que intervenga el Estado puede ser o bien el arbitraje o bien la jurisdicción; sin embargo, elegido el arbitraje, este tendrá que ser de derecho.*

Dicha conclusión se ve robustecida por lo establecido en el art. 165 LACAP –que también es una disposición cuya constitucionalidad cuestiona el demandante–, ya que, de conformidad con ella, intentado el arreglo directo sin que exista solución al diferendo, *podrá recurrirse al arbitraje, el cual habrá de ser en derecho.*

B. Ahora bien, adviértase que las disposiciones legales cuestionadas establecen como obligatorio *la modalidad de arbitraje* que resolverá la controversia, no la institución como tal.

Dicha situación obliga a determinar si la imposición de la tipología de árbitros que habrán de dirimir las diferencias o conflictos en los que esté involucrado el Estado vulnera el derecho que el art. 23 Cn. establece a favor de las personas o si, por el contrario, queda fuera del ámbito protegido por dicha disposición.

Para abordar el problema apuntado, es necesario señalar que, si bien la figura arbitral tiene cada día una mayor importancia en la solución de conflictos entre particulares, lo cierto es que la aplicación de la citada figura en relación con los conflictos derivados de la ejecución de los *contratos públicos* no ha sido de aceptación pacífica en los diversos sectores de la realidad y de los ordenamientos jurídicos foráneos.

Al respecto, debe tenerse presente que el Estado no sólo participa en el desarrollo económico y social mediante el incremento de la producción, la productividad y la racional utilización de los recursos de manera directa por medio de la celebración de contratos –arts. 101 y 234 Cn.–, sino también en el fomento de una política en la que su contratación sea la más eficiente.

Para la obtención de tal cometido, el Estado necesita crear condiciones propicias para que terceros, particulares o no, quieran vincularse con él, invirtiendo, abasteciendo de bienes y de servicios e implementando infraestructura, en las mejores condiciones posibles en el mercado.

De esta manera, el Gobierno tiene que crear las condiciones que le permitan generar confianza en los potenciales contratantes. Precisamente, uno de los aspectos centrales para ello se traduce en asegurar que, de surgir conflictos en sus relaciones jurídicas y económicas, éstos serán resueltos de manera imparcial, pronta, adecuada y que, de igual forma, lo que se resuelva será respetado y cumplido, incluso por él.

En definitiva, se trata de la posibilidad de que el Estado se someta a la decisión de un tercero, en relación con el cual se despojará de su *imperium*, por ello, actuará como un privado más.

De esta forma, la opción en cuanto al sistema arbitral que prevén los arts. 161 y 165 LACAP obedece a la constatación de que el arbitraje representa ventajas que permiten un conocimiento del conflicto en plazos muchos más breves, lo que resulta acorde con la “racionalidad económica” de las relaciones que se encuentran detrás del conflicto.

Y es que, en ese sentido, pactado el arbitraje, la existencia de una modalidad obligatoria de arbitramento, como el de derecho, se basa en la necesidad de sustraer del ámbito judicial temas que exigirían procesos judiciales extensos en función de su tecnicismo, complejidad o de las incidencias que aquellos puedan producir.

Dicha necesidad responde de igual forma al hecho de la incidencia que el laudo tendrá sobre las decisiones que la Administración Pública toma en relación con las finalidades

económicas que persigue. De ahí que las resoluciones arbitrales que en definitiva vinculen al Estado tendrán que adecuarse a las prescripciones contenidas en los diversos sectores del ordenamiento jurídico salvadoreño, que son las que habrán de tomarse en consideración para dirimir el conflicto.

De acuerdo con lo expresado, se concluye que, si bien el art. 23 Cn. fundamenta el derecho a elegir el arbitraje como una forma alternativa de resolver las controversias entre particulares y sobre materias patrimoniales, su modalidad no quedaría comprendida en términos absolutos como parte del ejercicio del derecho a terminar los conflictos mediante arbitraje, ya que las razones apuntadas justificarían dicha conclusión.

En ese sentido, con arreglo a las razones indicadas se concluye que *la modalidad de árbitros que los arts. 161 y 165 LMCA imponen, cuando las partes optaron por el arbitraje, se encuentra fuera del ámbito protegido por el art. 23 Cn.*

C. Consecuentemente, debe declararse que *no existe la inconstitucionalidad señalada por el demandante*, en cuanto a que los arts. 161 y 165 LACA Prestringen el derecho de las personas de terminar los asuntos privados por medio de árbitros distintos a los de derecho.

Por tanto,

Con base en las razones expuestas, disposiciones y jurisprudencia constitucional citadas y arts. 9, 10 y 11 de la Ley de Procedimientos Constitucionales, en nombre de la República de El Salvador, esta Sala

Falla:

1. *Declárase* que en el Decreto Legislativo n° 141, de 1-X-2009, publicado en el Diario Oficial n° 203, Tomo 385, de 30-X-2009, mediante el cual se reformaron los arts. 37 inc. 5° y 66-A de la Ley de Mediación Conciliación y Arbitraje, no existe la inconstitucionalidad alegada en cuanto a la supuesta vulneración al art. 135 Cn., en vista de que –luego de la lectura del proyecto de reforma– se abrió potencialmente el espacio para que los diputados generaran un debate, lo cual es suficiente para considerar que los decretos legislativos que se aprobaron son válidos constitucionalmente.

2. *Declárase* que en el Decreto Legislativo n° 140, de 1-X-2009, publicado en el Diario Oficial n° 203, Tomo 385, de 30-X-2009, mediante el cual se reformaron los arts. 161 y 165 de la Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública *no existe la inconstitucionalidad alegada*, en relación con el vicio de forma, pues –luego de la lectura del

proyecto de reforma—se abrió potencialmente el espacio para que los diputados generaran un debate, lo cual es suficiente para considerar que los decretos legislativos que se aprobaron son válidos constitucionalmente.

3. *Declárase* que en el art. 66-A de la Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje *no existe la inconstitucionalidad alegada*, en cuanto al art. 23 Cn., ya que, por un lado, *el establecimiento legislativo del recurso de apelación en contra del laudo pronunciado por los árbitros no desnaturaliza la esencia heterocompositiva del arbitraje, al no impedirle a estos que realicen la función resolutive que los interesados le han encomendado*; y, por otra, *la interpretación formulada con respecto al objeto del control es descontextualizada*.

4. *Declárase* que en los arts. 161 y 165 de la Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública, *no existe la inconstitucionalidad alegada*, en cuanto al art. 23 Cn., pues *la modalidad de árbitros que los arts. 161 y 165 LMCA imponen, cuando las partes optaron por el arbitraje, se encuentra fuera del ámbito protegido por el art. 23 Cn.*

5. *Sobreséese* el presente proceso, en cuanto a la inconstitucionalidad de los Decretos Legislativos n° 141 y 140, ambos de 1-X-2009, publicado en el Diario Oficial n° 203, Tomo 385, de 30-X-2009, mediante los cuales se reformaron la Ley de Mediación Conciliación y Arbitraje y la Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública; con respecto a la vulneración a lo establecido en el art. 134 de la Constitución de la República.

6. *Notifíquese* la presente resolución a todos los intervinientes.

7. *Publíquese* esta sentencia en el Diario Oficial, dentro de los quince días siguientes a esta fecha, debiendo remitirse copia de la misma al Director de dicho órgano oficial.

-----J.B JAIME-----F. MELÉNDEZ -----G. A. ALVAREZ -----R.E.GONZÁLEZ B-----
-----PRONUNCIADO POR LOS SEÑORES MAGISTRADOS QUE LO SUSCRIBEN-----
----- E SOCORRO C.-----SRIA. -----
-----RUBRICADAS-----