

LA DECLARACIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD

EN EL JUICIO ARBITRAL

Por Gualtiero Martin Marchesini

* El presente trabajo fue publicado por el diario “La Ley” del 24 de Abril de 2007, sec. Jurisprudencia, Pág. 6 y es parte integrante del Tomo 2007-C. Derechos reservados (ley 11.723)

SUMARIO: *I. La Jurisdicción Judicial y Arbitral.- II.- La declaración de inconstitucionalidad de la norma. 1. En el derecho francés y continental europeo. 2.- En el derecho americano.- III.- El rechazo del recurso de hecho por la Exma. C.S.J.N.-*

La Exma. Corte Suprema de Justicia de la Nación en fallo dictado el 24 de agosto de 2006 en el recurso de hecho en autos “**Cacchione, Ricardo Constantino c/Urbaser Argentina S.A.**” ha dado un espaldarazo al arbitraje y a la libre voluntad de las partes, quienes sustrajeron la resolución del conflicto del Poder Judicial y la entregaron a árbitros particulares, en este caso concreto institucionales de la Bolsa de Comercio de la Ciudad de Buenos Aires

I.- La Jurisdicción Judicial y Arbitral: Etimológicamente el término jurisdicción proviene del latín “*jurisdicti*”, que quiere decir “acción de decir el derecho”, no de establecerlo. Es pues la función específica de los jueces, sean éstos integrantes del Poder Judicial estadual o designados por las partes para un contrato en particular. También, significa, la extensión y límites del poder de juzgar, ya sea por razón de la materia, ya sea por razón del territorio; si se tiene en cuenta que cada tribunal no puede ejercer su función juzgadora sino dentro de un espacio determinado y del fuero que le está atribuido (1)

1.- OSSORIO, Manuel: “*Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*” pág. 409, Ed.Heliasta S.R.L., Bs. As. 1974.-

Dejando sentado que la jurisdicción es la potestad de decir el derecho a través de los procedimientos previstos legalmente al efecto, los ciudadanos que en ejercicio del poder de soberanía delegaron a través de la Constitución Nacional esa potestad en el Poder Judicial como poder del estado, la retoman o la sustraen a los magistrados estatales y en el ejercicio del mismo poder de soberanía y del derecho a la libertad, de raigambre constitucional, la otorgan a jueces árbitros particulares o a instituciones que designaron a dichos árbitros para que diriman un conflicto transable, que no afecte al orden o seguridad pública, ni los intereses de terceros, con iguales facultades que la Constitución y las leyes otorgaron a los jueces estatales, con la sola excepción del uso de la fuerza, de la coerción, es decir del “*imperium*” del que disponen éstos últimos pero no los primeros .-

Los árbitros, al igual que los jueces, tienen el “*iudicium*” o sea la facultad de juzgar, de decir el derecho pero para ejecutar eso que han dicho se debe recurrir a los jueces estatales, quienes son los únicos depositarios del “*imperium*”.-

Los árbitros dictan el laudo y lo notifican pero si las partes no lo cumplen voluntariamente se recurre al Juez correspondiente quién no entrará a considerar intrínsecamente al laudo en su aspecto substancial y sólo se limitará a ejecutarlo, a hacerlo cumplir mediante el uso de la fuerza que le está vedado al árbitro.-

Queda sentado así que los árbitros o los Tribunales Arbitrales tienen la misma jurisdicción que los magistrados y si éstos últimos están facultados para declarar la inconstitucionalidad de una ley en igual forma lo

pueden hacer los primeros, quienes fueron investidos de la jurisdicción por voluntad soberana de las partes.-

La jurisdicción es “la actividad a través de la cual se procura restablecer el orden jurídico vulnerado por conductas humanas contrarias a las que la norma postula y no importa un ejercicio monopólico a través de los órganos del Estado. Es una función establecida en el interés y protección de los particulares, por lo que éstos podrán en el campo de los derechos que puedan disponer libremente, escoger un sistema privado, al que la propia ley otorga naturaleza jurisdiccional. Tanto en el arbitraje voluntario como en el forzoso se equipara el laudo que dictan los árbitros a las sentencias judiciales. En forma inmediata que los árbitros tengan facultades jurisdiccionales depende de la voluntad de las partes que los designen como jueces para resolver en un caso concreto; en forma medita deben su jurisdicción al ordenamiento jurídico que posibilite la asunción de éstas funciones a particulares” (2)

El arbitraje voluntario, nos dice el insigne Maestro Dr. Augusto M. Morello, “importa la prórroga o la sustracción así querida por los legitimados en el caso de la jurisdicción que ordinariamente correspondería a los Tribunales del Poder Judicial. El Estado no tiene el monopolio de la prestación de la justicia. Puede ser transferida esa actividad a jueces privados que, permanentes o no, conocen y deciden los conflictos que les ponen a su consideración”(3)

2.- CAIVANO; Roque J.: “Arbitraje” 2da. ed. Actualizada y ampliada, ed. Ad. Hoc; Bs. As., Set. 2000, Pág. 25.-

3.- MORELLO, Augusto M.: ¿“Pueden los árbitros declarar la inconstitucionalidad de las leyes”? en El Derecho, Sec. Jurisprudencia. T. 198, Pág. 467 año 2002.-

El eminente procesalista aclara obviamente que el objeto de tales causas debe ser arbitrable, es decir que sean susceptibles de transacción; y, que sus objetos y contenidos tienen que ser disponibles para las partes (arts. 736 y 737 del C.P.N.).-

II.- La Declaración de Inconstitucionalidad de la norma En cuanto a la facultad del órgano jurisdiccional de declarar la inconstitucionalidad de una norma debemos comenzar por analizar el sistema de control constitucional francés y el americano que es seguido por nuestra Constitución Nacional.-

1) **En el derecho francés y continental europeo:** En la normativa gala les está vedado a los jueces el control de constitucionalidad a pesar que ejercen la jurisdicción pues la justicia no es un poder del Estado y por ende no tiene atribuciones para declarar la invalidez de leyes o decretos por ser contrarias a la Constitución.- En los sistemas español e italiano, donde si bien existen organismos denominados Tribunales Constitucionales puede deducirse de su forma de nombramiento y de la competencia que tienen, que realizan el control de constitucionalidad pero no ejercen la jurisdicción en el sentido estricto del término, ya que no deciden la controversia (4)

En el derecho continental también existe el concepto de “división de las funciones ejecutiva, legislativa y judicial” cuyo origen doctrinario lo podemos ubicar en la célebre obra de Montesquieu “*L’ esprit de lois*” que, juntamente con otros pensadores obró como fermento de las ideas

4.- MAIRAL; Héctor: “*Control Judicial de la administración Pública*”, Vol. I, Pág. 18, Ed. Desalma, Bs. As. 1984 y **LINARES QUINTANA, Segundo V.:** “*Tratado de la ciencia del Derecho Constitucional Argentino y Comparado*”, T. 3, Párr. 143, Ed. Plus Ultra, Bs. As. 1987

revolucionarias en Francia de 1789 a 1815, aunque influidas por la realidad del “*l’ancien régime*”, contra el que se reaccionaba.-

Es así como la división de poderes se enuncia como un postulado en todos los documentos revolucionarios, pero marcados por una tendencia a la primacía del Poder Legislativo ejercido por la Asamblea. Se consideraba que la Asamblea, al legislar, ejercía la soberanía porque representaba al pueblo que la había elegido. Nada podía estar sobre la legislación emanada de la Asamblea porque ella representaba la “*volonté général*”. Por ende los jueces no podían de ninguna manera declarar la invalidez de los actos de la Asamblea ni interpretar la ley por sí mismos porque la ley es la expresión más perfecta de la voluntad popular y sólo la Asamblea puede ser su único intérprete.-

El origen del Tribunal de Casaciones francés es una prueba de ello. Se trataba de un órgano legislativo cuya función era dar la interpretación final de la ley en caso de lagunas o controversias sobre el sentido de las normas. Los jueces no podían dar la última palabra pues su función era aplicar la ley, más no interpretarla.(5)

2) **En el derecho americano:** En las Constituciones que siguen el modelo de la de los EEUU., como la nuestra, el Poder Judicial, además de ser un órgano de solución de conflictos, es también Poder del Estado cuya función es controlar a los otros dos dentro de la mecánica del denominado sistema de “frenos y contrapesos”. Este órgano de gobierno está constituido

5.- GENY; Francois: “*Método de interpretación y fuentes en derecho privado positivo*”, N^os. 40 a 42, Págs. 72 a 78, Reus. Madrid 2da. ed. 1925. **MERRYMAN; John Henry:** “*La tradición jurídica romano-canónica*” Ed. Fondo de Cultura Economía, última ed. 1989.

por la Corte Suprema de Justicia de la Nación y los Tribunales inferiores y todos ellos tienen atribución de decretar la inconstitucionalidad de las leyes

Por ello, teniendo el árbitro las mismas facultades que el Juez, otorgadas al primero por las partes en el libre ejercicio de sus derechos soberanos y al segundo por el Estado, podemos afirmar que los árbitros también están facultados para declarar la inconstitucionalidad de las leyes.-

Los que no opinan así sostienen que el hecho que se trate de un sistema difuso, no implica que tan delicada atribución puede ser reconocida a instituciones que están fuera del Poder Judicial. Menos aún, a instituciones privadas o Tribunales creados por los contratantes, pero esto es negar el derecho inalienable de la parte de sustraer o retomar la jurisdicción otorgada a través de la Constitución Nacional al Poder Judicial y entregarla irrestrictamente al árbitro que será el Juez para ese conflicto puntual.-

Si los jueces tienen la atribución de declarar la inconstitucionalidad de una norma porque no la han de tener también los árbitros, teniendo siempre en consideración que este es un remedio excepcional y que debe utilizarse como último recurso.(6)

Las partes se han sometido por una convención arbitral; libre y plenamente, a la jurisdicción de un Tribunal Arbitral para que éste resuelva el conflicto laudando, diciendo cual es el derecho aplicable con la más amplia extensión, en todas las cuestiones que se debatan en el expediente aún las de índole o raigambre constitucional.

6.- C.S.J.N. : *ALBERTI, María del Carmen s/infracción Dto. Ley 4214/63*. 30 de Noviembre de 1964 y Fallos 249:51; 248: 398.-

El gran maestro Morello nos dice que “rige igualmente para los árbitros el deber en que se hallan “los tribunales de justicia” (“*latu sensu*” involucrando a los arbitrales) de examinar las leyes en los casos concretos que se traen a su decisión, comparándolos con el texto de la Constitución, para averiguar si guardan conformidad o no con ésta, y abstenerse de aplicarlas si las encuentran en oposición con ella, deber que constituye uno de los fines superiores del Poder Judicial y una de las mayores garantías con que se ha entendido asegurar los derechos consagrados en la Constitución contra los posibles abusos de los poderes públicos...”(7)

En el derecho americano y en el nuestro en particular, el árbitro deberá cumplir con el mandato dado por ambas partes de común acuerdo de resolver y dictar el derecho aplicable al conflicto transable de contenido patrimonial existente entre ellas en forma privada. Resolver y dictar el derecho aplicable es extensivo a todo el derecho, incluso la inaplicabilidad de una norma por afectar derechos superiores consagrados por nuestra Constitución Nacional, es decir declarar la inconstitucionalidad de dicha norma en ese caso concreto, ello porque las partes recurrieron a la jurisdicción arbitral en ejercicio de su soberanía para resolver ese conflicto sustrayendo el caso del Poder Judicial.-

Quizás ha llegado el momento de preguntarnos si el control de constitucionalidad no hay que ceñirlo solo y únicamente a la Corte sustrayéndolo de todo otro órgano judicial o arbitral inferior para una mayor seguridad jurídica; no obstante, mientras se mantenga el sistema actual que dicho control lo tienen todos los magistrados, deberán tenerlo también los árbitros.-

7.- MORELLO; Augusto M.: ob. cit. en 3, Pág. 468-V-c)

III.- El rechazo del Recurso de Hecho por la Exma. C.S.J.N.

Nuestro Tribunal Címero ha rechazado el recurso de hecho deducido por la demandada convalidando la facultad del Tribunal de Arbitraje General de la Bolsa de Comercio de Buenos Aires para declarar la inconstitucionalidad del Decreto 214/02 del Poder Ejecutivo Nacional.-

En efecto “los árbitros integran un tribunal de justicia aunque no formen parte del Poder Judicial”.(8)

El mismo autor más adelante agrega que “admitida la jurisdicción arbitral para decidir sobre la constitucionalidad de una norma legal se abre la cuestión relativa a la posibilidad de que el control de lo decidido llegue en revisión ante la Corte Suprema. Morello deja a salvo la sombrilla protectora de la Corte Suprema en supuestos excepcionales, que requieren preservar la seguridad jurídica”, entendiéndose por tales cuando media gravedad constitucional “la Corte podrá “pescar” el laudo y actuar en consecuencia porque esa decisión está equiparada a la sentencia judicial y debe ser considerada definitiva”.(9)

8.- ANAYA; Jaime L.: “Control Judicial del arbitraje” La Ley, 16/2/2004. Nota a fallo de la C.N.Comercial, Sala “C” del 3/6/2003 en “CALLES, Ricardo y Otros c/General Motor Corporation”.-

9.- MORELLO; Augusto M.: “El arbitraje en la encrucijada” en J.A. fasc. 7 del 18/8/2004, III,-10, Pág. 14 y sig.- En este trabajo el ilustre maestro analiza la jurisprudencia de la C.S.J.N. en el caso “José Cartellone Construcciones Civiles S.A. v. Hidroeléctrica Norpatagónica S.A. v. Hidronor S.A. s/proceso de conocimiento”, sent. del 1/6/2004 y se trata de la facultad de la Corte de revisar el laudo de los árbitros cuando está en la mira el “interés público” o se contraría el “orden público” cosa muy distinta a la facultad del árbitro de declarar la inconstitucionalidad de una norma que estamos tratando. El fallo antedicho ha sido publicado y comentado por distintos autores en varios medios : **BIDART CAMPOS; Germán:** “El control constitucional y el arbitraje” en L.L. Suplemento de Derecho Constitucional del 23/8/04, Pág. 24 a 26; **BOSCH; Juan:** “Apuntes sobre el control judicial del arbitraje a propósito de la sentencia Cartellone c/Hidronor)” en E.D. 2004 T. 209 Pág. 693/702;

La declaración de inconstitucionalidad por el árbitro no se halla excluida del marco de la jurisdicción arbitral atento a la calidad de jueces elegidos por las partes de quienes integran un tribunal de arbitraje.-

El tribunal arbitral, cuando está ante un asunto que es de su competencia y que fue sometido por las partes a su jurisdicción no tiene limitación o reserva alguna para asumir y definir la constitucionalidad de las normas en que fundamentará su laudo.-

Los tribunales arbitrales como los de justicia tienen el deber de examinar las leyes en los casos concretos que se traen a su decisión, comparándolas con el texto de la Constitución, y en caso de contrariarla, descalificarlas por inconstitucionales circunscribiéndose subjetiva y

GIL DOMINGUEZ; Andrés: *“El caso Cartellone. La Corte Suprema establece un nuevo escenario en el control de constitucionalidad de los laudos arbitrales”* en La Ley 2004-E, Pág. 419-422; **GONZALEZ CAMPAÑA; Germán:** *“Desnaturalización del arbitraje administrativo”* en L.L. 8/8/2004, Suplemento Administrativo; **MARTIN MARCHESINI; Gualtiero:** *“Arbitraje y recurso extraordinario”*, La Ley 2004 – E Pág. 948/950; **MENDEZ; Héctor O.:** *Impugnación judicial de los laudos arbitrales. El caso “Cartellone”. Un lamentable retroceso”* en J.A. 2005-I, Pág. 1310; **PALACIO; Lino Enrique:** *“Un disparo fatal contra el arbitraje voluntario”* en E.D. 2004, T. 208, Pág. 988.- En nuestra opinión, este fallo de la Corte Suprema resulta desafortunado porque el Alto Tribunal excede el límite de examinar el recurso de nulidad y mandar dictar nuevo laudo con árbitros hábiles. Jamás debió examinar el mérito, ni la conveniencia de la resolución arbitral abordando cuestiones que sólo pudieron plantearse en el recurso de nulidad: a) haber tomado una fecha errónea para el cómputo de la actualización; b) haber fijado una tasa de interés diferente a la pactada. Dice la C.S.J.N. en este fallo, *“que la renuncia a la revisión judicial no puede extenderse a supuestos en que los términos del laudo que dicte el Tribunal Arbitral contraríen el orden público, pues no es lógico prever al formular esta renuncia que se va a dar este contenido”*. Es decir que la inapelabilidad convenida por las partes en ejercicio de su derecho soberano, de raigambre constitucional, queda dependiendo en definitiva de que los árbitros, a juicio de la Corte, apliquen correctamente el derecho y no cuando su decisión sea realmente ***inconstitucional, ilegal o irrazonable***. Esta presunción hace suponer que el laudo va ser revisado, lo que torna en verdad justiciable el mismo, aunque más no sea para verificar su ilegalidad o irrazonabilidad.-

objetivamente al caso particular para el que tienen jurisdicción dada por las partes en el caso de los árbitros y por el Estado en el caso de los jueces.-

En ese aspecto reciente jurisprudencia de tribunales inferiores también se expidió en igual forma. Así la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala E, con fecha 11 de junio de 2003 (10) confirmando la resolución del Juez de Primera Instancia, consideró que era competente el tribunal arbitral para expedirse sobre la procedencia o improcedencia de la pesificación en virtud de la ley 25561 y complementarias del saldo adeudado en dólares por los compradores de acciones.-

Se advirtió que hubo un voluntario e inequívoco sometimiento a la jurisdicción arbitral y a sus reglas y la subordinación voluntaria a un orden jurídico, a una resolución judicial o a determinada jurisdicción comporta un inequívoco acatamiento que determina la improcedencia de su ulterior impugnación.(11)

Se destacó también por la Cámara que, de todos modos, “los actores cuentan con los mecanismos de ley para –dado el caso y si fuere

10.- Autos “OTONDO; César A. c/CORTINA BERUTATTO S.A.” en La Ley, 2003-F-744.-

11.- C.S.J.N., Fallos 269:333; 276:26; 271:183; 274:96; 282:269; 299:373; 307:354 entre otros.-

precedente- esgrimir cuestiones sobre el laudo arbitral que eventualmente resulte (art. 760 y conchs. del Cód. Procesal)”.(12)

12.- En cuanto al tema del recurso ante la C.S.J.N., **RICHARD; Efraín Hugo** en “*Arbitraje de Derecho*” publicado por la “Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, República Argentina <http://www.acader.unc.edu.ar/artarbitrajedederecho.PDF> . Disertación en las Jornadas Nacionales de Tribunales Arbitrales, 24 y 25 de Junio de 2004, organizadas por la Bolsa de Comercio de Rosario, nos trae en la Pág. 21, un interesante comentario de **PALACIO; Lino Enrique** en el trabajo titulado “*Arbitraje, control de constitucionalidad y recurso extraordinario*” publicado en L.L. 2003-F, Pág. 1184/9 en que aporta reiterada jurisprudencia del Máximo Tribunal en torno que implicando el arbitraje una renuncia a la jurisdicción en cuya cúspide se encuentra dicho Tribunal, es inadmisibles el recurso extraordinario deducido contra el laudo arbitral, dejando a salvo el caso del arbitraje obligatorio o el cuestionamiento de la legalidad de este (Fallos 255:13; 274:323; 298:230; 305:1365 entre otros). Incluso ello cuando han resuelto una cuestión de inconstitucionalidad, por la que Palacio no comparte la opinión conforme a la cual el recurso extraordinario sería admisible frente a la hipótesis de producirse graves errores o arbitrariedades en el pronunciamiento a un supuesto de gravedad institucional, apartándose así de la posición de **MORELLO** que sostiene que el arbitraje está bajo la “sombra de la Corte” (ob. cit. en 3). Debemos admitir que Palacio, a la poste, acepta acceder al Alto Tribunal en recurso contra la Sentencia Judicial dictada con motivo de un limitado recurso de nulidad, cuya deducción es irrenunciable.-

Si bien es cierto que la renuncia a la jurisdicción del Poder Judicial es inalienable y corresponde entender en todos los aspectos al Tribunal Arbitral, no es menos cierto que el recurso extraordinario de inconstitucionalidad ante al Corte adquiere procedencia cuando se conculcan expresos derechos consagrados en la Carta Magna. El laudo no puede violentar las más elementales reglas de justicia ni los derechos inalienables que surgen de la Constitución Nacional porque allí el derecho a la revisión por el Superior Tribunal constituye un imperativo de orden constitucional del que, en definitiva, depende la supervivencia misma del Estado de Derecho. El principio es la no revisión del laudo, no puede tornarse justiciable atento la voluntad soberana de las partes expresada en el compromiso arbitral pero ese principio no puede llegar al extremo de admitir el avasallamiento liso y llano del orden constitucional que no es la híbrida y laxa expresión de orden público, ilegalidad e irrazonabilidad que son tan amplias que permiten la vulneración de lo acordado por las partes que han sustraído el conflicto de la intervención del Poder Judicial en cualquiera de sus órganos.-

El arbitraje es un método de solución de conflictos integrado al sistema jurisdiccional argentino que hace a su jerarquización, asegurándose la constitucionalidad de sus laudos, recordando que la C.S. reviste el carácter de intérprete supremo de la Constitución Nacional y de las leyes que en su consecuencia se dicten.-

Al convalidar la Corte Suprema en la sentencia en comentario el laudo del Tribunal de Arbitraje General de la Bolsa de Comercio de Bs. As., potencia notablemente el ámbito de conocimiento y decisión de los Tribunales Arbitrales enrolándose en la moderna tendencia que da a los árbitros la plenitud de facultades, incluida la declaración de inconstitucionalidad de una norma, tal como la tienen los jueces del Estado.-

La declaración de inconstitucionalidad por parte de un árbitro o Tribunal Arbitral es un acto poco frecuente y debe ser considerada “la última ratio del orden jurídico y en caso de duda habrá que estarse por su constitucionalidad”.(13)

El árbitro debe caracterizarse por ser mesurado, prudente, autocontenidos en el uso de ese deber para no rozar ni menoscabar a los Poderes del Estado, recordando siempre que su decisión puede ser objeto del recurso de nulidad y como en doctrina se señala nada menos que con la autoridad del insigne procesalista y maestro de generaciones Morello “siempre se podrá contar con la sombrilla protectora de la Corte Suprema en supuestos excepcionales, que requieren preservar la seguridad jurídica”(14)

Este pronunciamiento de la C.S.J.N. recaído en un recurso de hecho es muy trascendente para un medio de resolución de conflictos, como es el arbitraje, jerarquiza la función del árbitro y hace pensar en buscar un alivio

13.- MORELLO, Augusto M.: ob. cit. en 3, Pág. 470 y C.S. Fallos 285:322 entre otros.-

14.- MORELLO, Augusto M.: ob. cit. en 3, Pág. 470; “*El recurso extraordinario*”, Ed. Platense, Abeledo-Perrot, 2º ed. 1999, Pág. 213, párraf. 206 y C.S. Fallos 242:501; 242:73; 285:369; 300:241 y 1087 entre otros.-

a la atiborrada justicia estatal invitando a las partes a elegir su propio juez-árbitro que tendrá iguales facultades en cuanto al “iudicium” que los jueces estatales.-

Permítaseme una última reflexión, analicemos con la legislación que tenemos vigente, si no ha llegado la hora que en todo juicio transable, donde no está comprometido el orden público, ni los intereses de terceros, los Sres. Magistrados cuando toman la audiencia que establece el artículo 360 del C.P.C.C. cumplan taxativamente con su inciso primero, invitando “*a las partes a una conciliación o a encontrar otra forma de solución de conflictos*” explicando expresamente a los justiciables los beneficios del arbitraje y que en pleno ejercicio de su libertad podrán elegir sus árbitros o continuar dentro del Poder Judicial a los fines de resolver su diferendo.-