

17.

ARBITRAJE Y LA CONSTITUCIÓN ARGENTINA

RICARDO OSTROWER¹

ARI MACKINNON²

MARTÍN VAINSTEIN³

1. Introducción

La relación entre el arbitraje y constitución ha tenido un largo desarrollo en Latinoamérica, marcada por roces y tensiones. Si bien en la actualidad existe una tendencia hacia un mayor diálogo entre ambos institutos, la articulación entre las garantías contenidas en los textos fundamentales de los estados y los principios que rigen el arbitraje ha generado diversos debates que subsisten hasta hoy. En buena medida, ello responde al rol central que juega la constitución en los países latinoamericanos, de tradición netamente civilista.

No obstante, esta interacción no ha sido la misma en todos los países latinoamericanos. Existen diferencias en el modo en que el arbitraje y la constitución han interactuado en cada jurisdicción que justifican el análisis comparativo propuesto en este libro. Entre las particularidades más relevantes se encuentran los procesos constitucionales disponibles para la revisión del laudo arbitral (mientras que algunos países prevén la figura del amparo u otras semejantes, otros no), y el marco jurídico aplicable al arbitraje (algunos han adoptado la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional —la “Ley Modelo CNUDMI”— otros tienen legislaciones específicas).

1. RICARDO A. OSTROWER es el socio líder del Departamento de Litigios y Arbitrajes de Marval O'Farrell Mairal.

2. ARI D. MACKINNON es socio en la oficina de Nueva York de Cleary Gottlieb Steen & Hamilton LLP.

3. MARTÍN VAINSTEIN es International Lawyer en la oficina de Nueva York de Cleary Gottlieb Steen & Hamilton LLP.

Las opiniones expresadas en este capítulo se atribuyen a sus autores, y no representan necesariamente la opinión de los estudios a los que pertenecen ni sus clientes.

Argentina no ha sido la excepción. A lo largo de su historia y hasta el día de hoy, el ordenamiento jurídico argentino ha presentado intensos debates en torno a la relación entre el arbitraje y la Constitución argentina, que abordaremos en las siguientes secciones.

Primero describiremos sintéticamente el régimen jurídico aplicable al arbitraje en Argentina y su relación con el derecho constitucional (2). En función de ese marco, luego trataremos tres cuestiones que conectan directamente al arbitraje comercial y la constitución, como son el reconocimiento constitucional de la jurisdicción arbitral (3); la arbitrabilidad de las disputas que involucran derechos constitucionales (4); y el control de constitucionalidad del laudo arbitral en la Argentina (5). Tras ello, incluiremos algunas reflexiones en torno al control de constitucionalidad y el arbitraje de inversión (6), para finalizar con nuestras conclusiones (7).

2. Marco legal aplicable al arbitraje en la Argentina y su relación con el Derecho Constitucional

La Argentina es una república federal, organizada bajo una constitución federal, conformada por 23 provincias y la Ciudad de Buenos Aires⁴. El Estado federal tiene competencia exclusiva para dictar normas federales en materia sustantiva aplicables en todo el país (como el comercio interprovincial y los códigos en materia civil y comercial, entre otros), mientras que cada provincia puede dictar sus propias leyes o reglamentos en materia procesal aplicables en su jurisdicción⁵.

Esta diferenciación entre los distintos niveles de gobierno se encuentra reflejada en los diferentes instrumentos legales que rigen el arbitraje en la Argentina a nivel internacional, federal y provincial. En la pirámide legal argentina, los tratados internacionales son considerados parte de la ley interna con una jerarquía superior a las leyes federales, que a su vez se encuentran por encima de las leyes provinciales⁶.

A nivel internacional, Argentina es parte de múltiples tratados en materia de arbitraje, incluyendo la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional (“Convención de Panamá”) y la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (“Convención de Nueva York”)⁷. Adicionalmente, en lo que refiere al arbitraje de inversiones, Argentina también es parte del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados de 1965 (“Convenio CIADI”).

A nivel federal, hasta hace pocos años, Argentina carecía de un conjunto completo de normas sobre arbitraje que rigiera en todo su territorio. El arbitraje solo se encontraba regulado en los códigos procesales locales y en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (el “Código Procesal de la Nación”), aunque éstos sólo abordaban algunos aspectos

4. Constitución argentina, artículo 129.

5. Constitución argentina, artículos 75, inciso 12 y 121.

6. Constitución argentina, artículos 31 y 75, inciso 22.

7. Otros tratados de arbitraje relevantes firmados por Argentina son la Convención Interamericana sobre validez extraterritorial de sentencias y laudos arbitrales extranjeros (CIDIP II, Montevideo, 1979) y los Acuerdos de Arbitraje Comercial de Mercosur (1998).

del proceso arbitral, generalmente de un modo desactualizado⁸. Esta situación se mantuvo sin cambios durante casi 150 años hasta que, muy recientemente y con tan solo unos pocos años de diferencia, se produjeron dos hitos legislativos que modernizaron la legislación federal sobre arbitraje en Argentina.

Primero, en 2015, entró en vigor un nuevo Código Civil y Comercial de la Nación (el “Código Civil y Comercial”), aplicable a nivel nacional, que unificó y sustituyó el Código Civil y el Código Comercial por entonces vigentes⁹. Entre otras innovaciones, el nuevo Código incluyó un capítulo que regula el acuerdo de arbitraje¹⁰. Si bien no adoptó directamente la Ley Modelo CNUDMI, muchas de sus disposiciones se encuentran inspiradas en dicha guía legislativa¹¹. De este modo, el Código Civil y Comercial acogió varios preceptos ampliamente aceptados, como el principio de *kompetenz-kompetenz* y la autonomía de la cláusula arbitral. Por otro lado, el Código también incluyó otras disposiciones que dieron lugar a ciertas dudas, como las relativas al alcance de la revisión judicial de los laudos¹². No obstante, cabe destacar que, hasta ahora, los tribunales argentinos han interpretado dichas disposiciones de manera favorable al arbitraje, por ejemplo, limitando las causales de revisión de los laudos arbitrales¹³.

Segundo, en 2018, el Congreso argentino promulgó la Ley de Arbitraje Comercial Internacional (“LACI”)¹⁴ que, como su nombre lo indica, regula de forma exclusiva los arbitrajes comerciales e internacionales con sede en la Argentina¹⁵. La LACI se basó sustan-

8. Ver RIVERA, J. C.; RIVERA, J. C. (h); y AMADO ARANDA, J. I. *Arbitraje comercial, internacional y doméstico*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2022. p. 118.
9. Ley No. 26.944, publicada en el Boletín Oficial el 8 de octubre de 2014 y en vigencia desde el 1 de Agosto de 2015, disponible en <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/235000-239999/235975/textact.htm> [último acceso: 30 de abril de 2023].
10. Ver Código Civil y Comercial, artículos 1649 a 1655.
11. Ver Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, p. 672, disponible en http://www.saij.gob.ar/docs-f/ediciones/libros/codigo_civil_comercial.pdf [último acceso: 30 de abril de 2023].
12. Una de las disposiciones que más críticas ha recibido es el artículo 1656, *in fine*, en cuanto dispuso que “[e]n el contrato de arbitraje no se puede renunciar a la impugnación judicial del laudo definitivo que fuera contrario al ordenamiento jurídico.” Ello generó debate respecto a si dicha disposición se refería a la imposibilidad de renunciar al recurso de nulidad o al de apelación contra el laudo, lo cual perjudicaría gravemente la lógica mismo del sistema arbitral. Ver, por ejemplo, AGUILAR, F. *Arbitraje privado*. El artículo 1656, *in fine*, del Código Civil y Comercial de la Nación. Interpretación, en *Revista del Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires*, Ciudad de Buenos Aires, pp. 89–108, 2005.
13. Ver, entre otros, CSJN, “López, Ricardo Agustín y otros c. Gemabiotech S.A.”, 5 de septiembre de 2017, Fallos 340:1226, que decidió que la anulación de un laudo arbitral se limita a los motivos específicos de anulación y se negó a analizar el fondo del asunto en el contexto de dicho recurso.
14. Ley No. 27.449, publicada en el Boletín Oficial el 26 de julio de 2018 y en vigencia desde el 3 de Agosto de 2018, disponible en <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/310000-314999/312719/norma.htm> [último acceso: 30 de abril de 2023].
15. Ver LACI, artículo 1: “La presente ley se aplicará al arbitraje comercial internacional, y lo regirá en forma exclusiva, sin perjuicio de cualquier tratado multilateral o bilateral vigente

cialmente en la Ley Modelo CNUDMI en su versión de 2006, con algunas modificaciones que pretenden adaptar su texto con el resto del ordenamiento jurídico argentino. De este modo, Argentina siguió el camino de otros países latinoamericanos, que también han dictado leyes basadas en la Ley Modelo¹⁶. A lo largo de sus 109 artículos, la LACI regula el acuerdo de arbitraje, la constitución y competencia de los árbitros, las medidas cautelares, los recursos contra el laudo y el reconocimiento y ejecución de los laudos, entre otros aspectos¹⁷.

De este modo, con la sanción del Código Civil y Comercial y la LACI, Argentina adoptó un sistema dualista y se unió al grupo de países que ofrecen marcos legales de arbitraje modernos y probados, avanzando así hacia una mayor seguridad jurídica e internacionalidad en esta materia¹⁸.

Estas normas coexisten, también a nivel federal, con el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (el “Código Procesal de la Nación”), aplicable en la Ciudad de Buenos Aires y en los tribunales federales de todo el país. El Código Procesal de la Nación regula la acción para constituir el tribunal arbitral, y organiza los recursos y acciones contra el laudo y su ejecución en el ámbito interno, entre otros aspectos procesales del arbitraje. En cambio, la ejecución de los laudos extranjeros se encuentra regulada por la LACI, que derogó el artículo del Código Procesal de la Nación que refería a esta cuestión¹⁹.

Finalmente, a nivel local, los códigos procesales de las Provincias y de la Ciudad de Buenos Aires contienen disposiciones que regulan el procedimiento arbitral, generalmente aplicables cuando se trata de casos domésticos, con sede en las provincias, y que no involucran aspectos federales.

De este modo, en la actualidad, el marco legal del arbitraje en la Argentina se compone de normas provinciales de carácter eminentemente procesal y normas federales tanto procesales como sustantivas. Desde el punto de vista constitucional, ello encuentra un doble justificativo.

en la República Argentina.”. Por su parte, el artículo 2 establece que las disposiciones sobre ejecución de laudos y medidas cautelares también serán aplicables a arbitrajes con sede en el extranjero.

16. Tales como México (1993), Venezuela (1998), Paraguay (2002), Chile (2004), Perú (2008), Costa Rica (2011) y Uruguay (2018). Sin embargo, sólo Perú y Costa Rica han adoptado la Ley Modelo en su versión de 2006.
17. Para una descripción del contenido de la LACI y sus diferencias con la Ley Modelo CNUDMI, ver OSTROWER, R.; SORIA, S.; y VAINSTEIN, M. Nueva Ley de Arbitraje Comercial Internacional en la Argentina, *Marval News*, 2018, disponible en: <https://www.marval.com/publicacion/nueva-ley-de-arbitraje-comercial-internacional-en-la-argentina-13212&lang=es> [último acceso: 30 de abril de 2023].
18. Según surge de los documentos parlamentarios que dieron lugar a la LACI, dicha ley pretendía dotar al país de un marco jurídico adecuado para favorecer su elección como sede de arbitrajes comerciales internacionales, y abrazar las nociones modernas del arbitraje en armonía con las regulaciones de todo el mundo. Ver Mensaje del Poder Ejecutivo de Elevación de la LACI, No. 132/16, párrafo 3.
19. Ver LACI, artículo 107,

Por un lado, si bien históricamente el arbitraje había sido considerado una cuestión procesal cuya regulación correspondía a las provincias²⁰, ello cambió a partir de la sanción del Código Civil y Comercial. Como vimos, esta nueva ley reguló el contrato de arbitraje, ponderando así la naturaleza contractual del arbitraje como expresión de la autonomía privada en materia civil y mercantil²¹. Por su parte, la LACI puede considerarse como parte de las facultades del Poder Legislativo Nacional para legislar en materia de comercio con naciones extranjeras²². Por otro lado, la regulación de aspectos procesales por parte del Congreso Nacional es considerada constitucional cuando ese mecanismo es necesario para garantizar el ejercicio de derechos derivados de la ley sustantiva²³.

3. El reconocimiento constitucional de la jurisdicción arbitral

El acuerdo de arbitraje conlleva dos efectos principales respecto de la jurisdicción, estrechamente relacionados con el principio internacionalmente reconocido de *kompetenz-kompetenz*: por un lado, el efecto *positivo* atribuye jurisdicción al tribunal arbitral sobre el caso objeto del acuerdo; y, por el otro, el efecto *negativo*, excluye la jurisdicción de los jueces estatales, autorizando por lo tanto un planteo de incompetencia en el supuesto de que una de las partes promueva una acción judicial²⁴.

En función de ello, un primer aspecto a considerar vinculado a la relación entre arbitraje y constitución consiste en determinar la validez de los acuerdos arbitrales, desde esta doble perspectiva: como la facultad de acordar y conferir facultades jurisdiccionales a uno o más terceros que no forman parte del poder jurisdiccional estatal (3.1); y como el derecho a renunciar voluntariamente a la jurisdicción de los jueces estatales que hubiera aplicado en ausencia del acuerdo de arbitraje (3.2).

3.1. El derecho a someter una controversia a arbitraje

El acuerdo arbitral celebrado por las partes legitima a los árbitros a resolver las controversias que recaigan en su ámbito de aplicación. Por lo tanto, cabe preguntarse si dicho derecho a someter una controversia a arbitraje tiene jerarquía constitucional en el ordenamiento jurídico argentino.

20. Ver Constitución argentina, artículos 75, inciso 12 y 121. Ello explica porque, hace poco, solo encontrábamos disposiciones sobre arbitraje en los códigos procesales locales.

21. Ver Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, p. 672, disponible en http://www.saij.gob.ar/docs-f/ediciones/libros/codigo_civil_comercial.pdf [último acceso: 30 de abril de 2023].

22. Ver Constitución argentina, artículo 75.13, explicado en Caivano, R.; Ceballos Ríos, N. *Tratado de Arbitraje Comercial Argentino. Comentario Exegético y Comparado de la Ley 27.449*, Buenos Aires: La Ley, 2020, p. 70.

23. CSJN, “*Correa, Bernabé c. Barros, Mariano R.*”, 1 de junio de 1923, Fallos 138:157.

24. Ver RIVERA, J. C.; RIVERA, J. C. (h); y AMADO ARANDA, J. I. *Arbitraje comercial, internacional y doméstico*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2022. p. 347-348.

En el derecho comparado, existen diversos países que han reconocido la facultad de las partes de convenir el sometimiento de sus controversias a arbitraje como un derecho de rango constitucional. Uno de los primeros antecedentes en este sentido es la Constitución francesa de 1791, que estableció el derecho de los ciudadanos de resolver definitivamente sus litigios por la vía del arbitraje y, simultáneamente, dispuso que ese derecho no puede ser limitado por actos del Poder Legislativo²⁵. Esta línea fue luego continuada por las constituciones de 1793 y 1795, que también contienen disposiciones similares concernientes al derecho al arbitraje²⁶.

Estas disposiciones luego fueron receptadas en la Constitución de Cádiz de 1812 —primer texto constitucional promulgado en España— aunque adaptadas a la tradición ibérica²⁷. Si bien la *Constitución de la Pepa*, tal como se la conoció, tuvo una vigencia acotada, dejó una profunda huella en el posterior movimiento político hispano²⁸. Entre ellas, brindó una definición del arbitraje que se asemeja bastante a la que hoy conocemos, al establecerlo como un derecho del cual no se podrá privar a ningún español en virtud del cual se autoriza a dirimir los litigios o diferencias por medio de jueces árbitros, elegidos por las partes mediante un compromiso, que dictan una sentencia ejecutable de forma inmediata, salvo que existiera reserva al derecho a apelar²⁹.

La Constitución de Cádiz tuvo una influencia directa en las constituciones sancionadas por los países de Latinoamérica al independizarse y fue fuente de inspiración en diversos campos del derecho, incluyendo el arbitral. Así, las primeras constituciones de diversos países en nuestra región incluyeron disposiciones similares a las contenidas en la *Constitución de la Pepa*. Entre ellos, cabe mencionar a las constituciones de Costa Rica, República Dominicana, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua, México, Panamá, Perú y Venezuela, todas las cuales previeron el arbitraje, aunque con sus particularidades³⁰.

Esta tradición se ha conservado hasta nuestros días, especialmente en las constituciones de los países centroamericanos. Por mencionar a algunas de ellas, la Constitución

-
25. Ver MONTROYA ALBERTI, J. U. El arbitraje en la Constitución de Cádiz y su proyección en los países de Hispanoamérica. *Docentia et Investigatio*, Lima, vol. 17, no 2, p. 025-048, p. 33, 2015.
26. En particular, la Constitución de 1793 dispuso en su artículo 86 que “[n]o puede atentarse de ningún modo contra el derecho de los ciudadanos a resolver sus diferencias mediante árbitros de su elección” y en su artículo 87 que estableció que “[l]a decisión de estos árbitros es definitiva si los ciudadanos no se han reservado el derecho a reclamar”.
27. Ver DIEM, W. M. La Fuentes en la Constitución de Cádiz, en *Estudios sobre las Cortes de Cádiz*, Pamplona pp.351-358, 1967.
28. Ver DALLA VIA, A. R. La Constitución de Cádiz de 1812: su influencia en el movimiento emancipador y en el proceso constituyente argentino. *Anales*, La Plata, año 7 no 40, p. 17, 2010.
29. Ver Constitución de Cádiz, artículos 280 y 281. Para una descripción de estas normas, ver Merchán Álvarez, A. *La Jurisdicción Arbitral en la Constitución de Cádiz*. Sevilla, Universidad de Sevilla, 1988, p. 133.
30. Ver MONTROYA ALBERTI, J. U. El arbitraje en la Constitución de Cádiz y su proyección en los países de Hispanoamérica. *Docentia et Investigatio*, Lima, vol. 17, no 2, p. 025-048, p. 41 y sigs., 2015

de Costa Rica dispone en su artículo 43 que “toda persona tiene derecho a terminar sus diferencias patrimoniales por medio de árbitros, aun habiendo litigio pendiente”; y la Constitución de El Salvador en su artículo 23 prevé 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.”

La Argentina, sin embargo, ha seguido una línea diferente. A diferencia de estos países, la Constitución argentina no contiene disposiciones que se refieran expresamente al derecho al arbitraje ni, más generalmente, al arbitraje como método alternativo de resolución de disputas³¹. No obstante, la doctrina ha considerado que es posible arribar a una conclusión similar sobre la base de dos principios ampliamente reconocidos en dicha carta fundamental³².

Por un lado, la Constitución argentina reconoce expresamente el derecho a la libertad individual. El artículo 19 dispone que nadie puede ser privado de lo que la ley no prohíbe³³ y, de ese modo, establece un ámbito de no interferencia destinado a proteger la libertad de cada persona. Asimismo, el artículo 17 consagra la inviolabilidad del derecho de propiedad³⁴. Una manifestación directa del derecho constitucional a la libertad es el principio de la autonomía de la voluntad, expresamente reconocido en el Código Civil y Comercial³⁵, que permite a las personas regular libremente el contenido de los contratos respecto de los derechos de los cuales son titulares, salvo excepciones³⁶.

Por otro lado, se ha interpretado que la Constitución argentina, aunque indirectamente, permite extraer las disputas de la jurisdicción estatal. Conforme desarrollaremos en el apartado siguiente, si bien la Constitución argentina contempla el derecho de las personas de acceder a la jurisdicción judicial del Estado, dicha tutela puede ser válidamente

-
31. A excepción del artículo 14 (bis) de la Constitución nacional, en cuando dispone que “[q]ueda garantizado a los gremios: concertar convenios colectivos de trabajo; recurrir a la conciliación y arbitraje; el derecho de huelga (...)”. No obstante, como se aprecia, dicha disposición refiere a la utilización del arbitraje en un contexto completamente diferente como es la legislación laboral, y no como mecanismo de resolución de disputas comerciales o de inversión.
 32. Ver CORRÁ, M. I.; CAIVANO, R. Arbitraje y Constitución. *Revista Asociación Latinoamericana de Arbitraje (ALARB)*, Bogotá, v. I, pp. 43-44, 2020.
 33. Constitución argentina, artículo 19: “Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”.
 34. Constitución argentina, artículo 17: “La propiedad es inviolable, y ningún habitante de la Nación puede ser privado de ella, sino en virtud de sentencia fundada en ley”.
 35. CCC, artículo 958: “Las partes son libres para celebrar un contrato y determinar su contenido, dentro de los límites impuestos por la ley, el orden público, la moral y las buenas costumbres”.
 36. Como explica RIVERA, “[e]l sometimiento voluntario es quizás la característica esencial; el arbitraje es de naturaleza esencialmente convencional y está fundado en la libertad de las partes.” (RIVERA, J. C.; RIVERA, J. C. (h); y AMADO ARANDA, J. I. *Arbitraje comercial, internacional y doméstico*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2022, p. 6).

renunciada y delegada en árbitros, en la medida que se trate de una delegación voluntaria y recaiga sobre derechos disponibles³⁷.

A partir de la lectura armónica de los preceptos precedentes, diversos autores han concluido que el derecho a someter una controversia a arbitraje se encuentra implícitamente reconocido en la Constitución argentina, en tanto deriva del principio de la autonomía de la voluntad para contratar protegido por el más amplio derecho fundamental a la libertad y, a su vez, no existe óbice constitucional alguno para que las partes renuncien válidamente a la jurisdicción del Poder Judicial³⁸.

3.2. Validez constitucional de las cláusulas arbitrales

Como hemos adelantado, el acuerdo de arbitraje no sólo otorga jurisdicción a los árbitros, sino que también excluye la de los jueces estatales para decidir las controversias objeto del acuerdo. En función de ello, un segundo aspecto a considerar es la validez constitucional de esa renuncia a la jurisdicción estatal.

La Constitución argentina consagra el derecho de los habitantes de la Nación argentina a ser juzgados por los tribunales judiciales. Ello se desprende de dos cláusulas constitucionales relevantes para el análisis de esta cuestión: el artículo 18, que establece la llamada garantía del “juez natural”³⁹; y el artículo 116, que atribuye al Poder Judicial la función de juzgar⁴⁰. No se encuentra discutido que el sometimiento a arbitraje no afecta estas garantías constitucionales, si bien el arbitraje implica que las partes renuncien a acudir al Poder Judicial para resolver las disputas objeto de su acuerdo de arbitraje.

En ese sentido, el derecho a la jurisdicción judicial previsto en la Constitución argentina puede ser válidamente renunciado, si dichas funciones jurisdiccionales son asumidas por los árbitros como consecuencia de un acto voluntario de las partes y recaen sobre derechos de libre disponibilidad. El artículo 18 garantiza la posibilidad de ocurrir ante algún órgano judicial en procura de justicia, en aquellos casos en los que el acceso al Poder Judicial se encuentra impedido contra la voluntad de las personas. Cuando, en

37. CORRÁ, M. I.; CAIVANO, R. Arbitraje y Constitución. *Revista Asociación Latinoamericana de Arbitraje (ALARB)*, Bogotá, v. I, pp. 39-40, 2020; CSJN, “*Griskan, Isaac c. Reisz y Cía.*”, 21 de agosto de 1940, Fallos 187:458.

38. CORRÁ, M. I.; CAIVANO, R. Arbitraje y Constitución. *Revista Asociación Latinoamericana de Arbitraje (ALARB)*, Bogotá, v. I, p. 41, 2020.

39. Constitución argentina, artículo 18: “Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, ni juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa”.

40. Constitución argentina, artículo 116: “Corresponde a la Corte Suprema y a los tribunales inferiores de la Nación, el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución, y por las leyes de la Nación (...)”.

cambio, dicha limitación proviene de un acto voluntario y lícito, como es pactar un acuerdo de arbitraje, no existe afectación a dichas garantías constitucionales⁴¹.

Desde antaño, la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) ha sostenido la constitucionalidad del arbitraje como mecanismo de resolución de controversias. Uno de los primeros antecedentes en este sentido fue el caso “Varela” de principios del siglo XX, en el que consideró que la jurisdicción conferida en la Constitución a la propia Corte y a los jueces federales no implica “se excluya en su mérito la jurisdicción provincial o arbitral si por ella optaron las partes.”⁴².

Este criterio ha sido luego reiterado consistentemente en diversos otros fallos, hasta nuestros días. En ese sentido, la Corte ha entendido que “no existe óbice constitucional en la sumisión, por los interesados, de las cuestiones que puedan afectar sus derechos patrimoniales a juicio de jueces árbitros”⁴³. Del mismo modo, se ha dicho que “la intervención de los árbitros con facultades para decidir irrevisablemente las cuestiones que les son sometidas, es válida y no contraría los artículos 1º y 18 de la Constitución Nacional, toda vez que los interesados hayan consentido los respectivos procedimientos, o cuando, con anterioridad a éstos, la jurisdicción arbitral fue convenida o aceptada inequívocamente por la parte que más tarde pretende desconocerla invocando su inconstitucionalidad.”⁴⁴.

Según analizaremos en la sección 5, como una derivación directa de este criterio en favor de la constitucionalidad del arbitraje, la Corte Suprema se ha negado a intervenir, por vía del recurso extraordinario federal, respecto de decisiones de los tribunales arbitrales, por considerar que dicha jurisdicción arbitral excluye la vía judicial que culmina con la intervención de la Corte.

4. Arbitrabilidad de las disputas sobre derechos constitucionales

Supongamos que una de las partes en un arbitraje con sede en la Argentina y cuya ley aplicable es la argentina invoca en su memorial de demanda determinada norma del ordenamiento jurídico argentino como sustento de sus pretensiones. Su contraparte, al presentar su contestación, plantea que dicha norma es inconstitucional y que, por lo tanto,

41. CORRÁ, M. I.; CAIVANO, R. Arbitraje y Constitución. *Revista Asociación Latinoamericana de Arbitraje (ALARB)*, Bogotá, v. I, pp. 39-40, 2020.

42. CSJN, “Varela, Luis V. c. Provincia de Buenos Aires”, 24 de septiembre de 1908, Fallos 110:35. En la misma línea, en otro fallo de 1924, la Corte entendió que “[d]e los pleitos sujetos al fuero originario de la Corte Suprema, hay que exceptuar, entre otros, los casos en que voluntariamente se prorroga la jurisdicción provincial o en que se ha establecido por pacto expreso una jurisdicción especial” (CSJN, “Provincia de Buenos Aires c. Compañía Ge Ferrocarriles” 19 de junio de 1924, Fallos 143:357).

43. CSJN, “Federación Gráfica Argentina c. Editorial Atlántida S.A.”, 26 de junio de 1961, Fallos 250:87; CSJN, “Banco Sirio Libanés del Río de la Plata S.A.”, 6 de noviembre de 1963, Fallos 257:105. En el mismo sentido, se ha dicho que “la convención que somete a árbitros determinadas cuestiones de naturaleza económica, inhabilita a los contratantes para impugnar la validez constitucional de la intervención de los mismos” (CSJN, “Griskan, Isaac c. Reisz y Cia.”, 21 de agosto de 1940, Fallos 187: 458).

44. CSJN, “Expreso Santo Tomé”, 16 de junio de 1961, Fallos, 250:61.

no debe ser considerada por el tribunal arbitral. No postulamos aquí el caso de una acción directa y abstracta de inconstitucionalidad que, salvo ciertas limitadas excepciones, se encuentra vedada en el ordenamiento argentino —que exige la existencia de un “caso” y no contempla el control constitucional abstracto— sino el supuesto en que la inconstitucionalidad es planteada como defensa o excepción, de modo incidental⁴⁵.

Este escenario hipotético introduce el tema objeto de esta sección: ¿tienen los árbitros competencia para ejercer el control de constitucionalidad? En su caso, ¿podrían declarar la inconstitucionalidad de una norma? A los fines de responder estos interrogantes, en los párrafos que siguen, resumiremos las principales características del control de constitucionalidad bajo el derecho argentino (4.1) y, a la luz de dicho marco jurídico, describiremos las razones por las cuales consideramos que los árbitros efectivamente son competentes para resolver eventuales planteos de ésta índole y, llegado el caso, declarar la inconstitucionalidad de una norma en las disputas bajo su conocimiento (4.2).

4.1. *El control de constitucionalidad en la Argentina*

El control de constitucionalidad tiene por objeto verificar si una norma jurídica de jerarquía inferior responde a las directivas resultantes de la constitución, en tanto norma superior de la cual depende la validez de la primera⁴⁶. Según la naturaleza del órgano que lo realiza, el sistema de control puede ser político o judicial; a su vez, éste último puede ser concentrado, difuso o mixto⁴⁷.

La Constitución argentina no regula expresamente el control de constitucionalidad⁴⁸. Dichas reglas y principios surgen principalmente a partir de la jurisprudencia de la Corte Suprema en los casos “Sojo”⁴⁹, “Elortondo”⁵⁰, y fallos posteriores, que en muchos casos luego han tenido consagración legislativa⁵¹. A tales efectos, el sistema argentino siguió

45. Ver BOUZAT, G. La argumentación jurídica en el control constitucional. Una comparación entre el judicial review y el control preventivo y abstracto de constitucionalidad. *Revista española de derecho constitucional*. Madrid, Año 18 no 54, p. 274, 1998; CSJN, “Peyrú Osvaldo Jorge”, 2 de julio de 1987, Fallos 310:1401.

46. Ver BADENI, G. *Tratado de derecho constitucional*. Buenos Aires: La Ley, 2ª edición, 2006, pp. 286-287; BIANCHI, A. *Control de Constitucionalidad*, Buenos Aires: Ábaco, 2ª edición, 2002, tomo i, pp. 173-197. ISBN: 950-569-177-7.

47. Ver IBARLUCÍA, E. A. La aproximación de los sistemas de control de constitucionalidad. *Revista Argentina de Justicia Constitucional*, Argentina, Nro. 2, 2016. Cita IJ-CCXVIII-945.

48. Existe, sin embargo, una mención al respecto en el artículo 43 de la Constitución reformada en 1994 que, al regular la acción de amparo, establece expresamente que “el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva.”

49. CSJN, “Sojo, Eduardo c. Cámara de Diputados de la Nación”, 22 de septiembre de 1887, Fallos 32:120.

50. CSJN, “Municipalidad de la Capital c. Isabel A. Elortondo”, 12 de noviembre de 1886, Fallos 33:162.

51. En ese sentido, la Ley Nro. 48 de 1863 que reguló el recurso extraordinario federal —inspirada en la *Judiciary Act* de Estados Unidos de 1789— previó en su artículo 14, incisos 1 y 2,

fundamentalmente a la Constitución de los Estados Unidos —que tomó como modelo en su parte orgánica— y la jurisprudencia de la Suprema Corte de ese país⁵² a partir del *leading case* “*Marbury v. Madison*” de 1803⁵³.

De lo anterior se sigue que, a nivel federal⁵⁴, Argentina cuenta con un sistema de control judicial de constitucionalidad difuso, cuyas principales características analizaremos a continuación⁵⁵.

Primero, en cuanto quienes ejercen el control, todo juez —ya sea que forme parte de la Justicia Federal o del Poder Judicial de las provincias⁵⁶— es competente para declarar la inconstitucionalidad de una norma, siempre que esto haya sido solicitado por la parte (aunque, en la actualidad, también se ha admitido el control de oficio) y que el tema forme parte del litigio. En ese sentido, la Corte Suprema ha sostenido que “[e]s elemental en nuestra organización constitucional, la atribución que tienen y el deber en que se hallan los tribunales de justicia, de examinar las leyes en los casos concretos que se traen a su decisión, comparándolas con el texto de la Constitución para averiguar si guardan o no conformidad con ésta, y abstenerse de aplicarlas, si las encuentran en oposición con ella (...).”⁵⁷.

-
- que uno de los supuestos de procedencia de dicho remedio fuese que en el pleito se hubiese puesto en tela de juicio la validez de una ley por ser contraria a la Constitución Nacional. Ver IBARLUCÍA, E. A. La aproximación de los sistemas de control de constitucionalidad. *Revista Argentina de Justicia Constitucional*, Argentina, Nro. 2, 2016. Cita IJ-CCXVIII-945.
52. Ver DALLA VIA, A. R. La justicia constitucional en Argentina. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Madrid, n. 1, p. 35, 1997.
 53. Suprema Corte de Estados Unidos, “*Marbury v. Madison*”, 1803 (5 U.S. [1 Cranch], 137).
 54. Diversas constituciones provinciales, en cambio, han adoptado sistemas de control de constitucionalidad distintos, inspiradas en el sistema concentrado europeo. Por ejemplo, las Constituciones de Chaco (artículo 9) y Santiago del Estero (artículo 175, inciso c) contemplan que la declaración de inconstitucionalidad por el tribunal superior provincial hace perder vigencia a la norma, su derogación o su caducidad según la fórmula que se utilice. Otras constituciones, como aquella de la Ciudad de Buenos Aires, prevé el control abstracto de constitucionalidad en determinadas condiciones (artículo 113) y, en el caso de Tucumán, incluso está previsto un tribunal constitucional (artículos 133 y 134). Estas variantes coexisten con el control judicial difuso, por lo cual se trata de sistemas mixtos. Ver ALTAVILLA, C. El control de constitucionalidad en el derecho constitucional subnacional argentino. *Anuario iberoamericano de justicia constitucional*, Madrid, no 24, p. 237-267, 2020.
 55. Ver DALLA VIA, A. R. La justicia constitucional en Argentina. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Madrid, n. 1, p. 36, 1997; YLARRI, J. S.. El control judicial de constitucionalidad en Argentina. *Revista Derecho Público Iberoamericano*, Chile, no 15, p. 45-86, 2019.
 56. La Constitución argentina ha adoptado la clásica división tripartita de poder federal entre el Ejecutivo, Legislativo y Judicial. Siguiendo esta organización, su sistema judicial está dividido entre el Poder Judicial Federal y el Poder Judicial de cada una de las provincias y la Ciudad de Buenos Aires. La Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) es el máximo tribunal de todo el sistema judicial argentino.
 57. CSJN, “*Municipalidad de la Capital c. Isabel A. Elortondo*”, 12 de noviembre de 1886, Fallos 33:162.

Segundo, en cuanto a los efectos de las decisiones, en el sistema difuso, las sentencias que emiten los jueces en ejercicio del control de constitucionalidad son *inter partes* y de carácter declarativo respecto del caso concreto, en contraposición con el sistema concentrado en el que las decisiones son *erga omnes* y de carácter constitutivo. Consecuentemente, tal como sintetizó la Corte, el sistema argentino “impide que se dicten sentencias cuyo efecto sea privar de valor *erga omnes* a las normas impugnadas.”⁵⁸. Una sentencia que declara la inconstitucionalidad de una norma no conlleva que aquella pierda vigencia o deba ser reformada, sino únicamente su inaplicabilidad en el caso concreto, en tanto “ningún juez tiene en la República Argentina el poder de hacer caer la vigencia de una norma *erga omnes* ni nunca la tuvo desde la sanción de la Constitución de 1853/1860.”⁵⁹.

Tercero, en cuanto a la fuerza vinculante de las decisiones de la Corte Suprema, si bien el control de constitucionalidad es difuso y no hay una norma explícita al respecto, dicho máximo tribunal es el intérprete supremo de la Constitución argentina y de las leyes dictadas en su consecuencia, y se ha entendido que los jueces inferiores tienen el deber de conformar sus decisiones a aquélla, por razones de economía procesal. Como resultado de ello, la Corte ha reiterado que “carecen de fundamento las sentencias de los tribunales inferiores que se apartan de tales precedentes sin aportar nuevos argumentos que justifiquen modificar la posición sentada por [aquella].”⁶⁰.

Cuarto, en cuanto al trámite del planteo de inconstitucionalidad, el sistema argentino no cuenta con un proceso constitucional específico y autónomo destinado a analizar las cuestiones constitucionales, por medio de una acción especial. Dicho planteo sólo puede realizarse por vía incidental en ocasión de un proceso de carácter común, cuando la norma cuya constitucionalidad se discute sea pertinente para la decisión del caso concreto⁶¹. Si bien, en principio, el planteo de inconstitucionalidad debe ser realizado a pedido de parte, la actual jurisprudencia de la Corte Suprema ha admitido el control de oficio en ciertas circunstancias⁶².

De este modo, el sistema de control de constitucionalidad difuso vigente en Argentina contrasta con el de otros países de Latinoamérica, que en su mayoría han adoptado un control concentrado o mixto, en el que el poder de declarar la inconstitucionalidad puede ser ejercido por la Corte Suprema de Justicia en forma exclusiva, o por la propia Corte Suprema o un Tribunal Constitucional en un sistema mixto integral⁶³.

58. CSJN, “*Abud, Jorge Homero y otros c. Buenos Aires, Provincia de Buenos Aires*”, 1 de octubre de 1991 (Disidencia de los Dres. Ricardo Levene [h.] y Rodolfo C. Barra), Fallos 314:1186.

59. CSJN, “*Thomas, Enrique c. E.N.A.*”, 15 de junio de 2010, Fallos 333:1023.

60. CSJN, “*Autolatina Argentina c/ Dirección General impositiva*”, 13 de marzo de 2007, Fallos 330:704; CSJN, “*Di Mascio, Juan Roque*”, 1 de diciembre de 1988, Fallos 311:2478.

61. CSJN, “*Obras Sanitarias de la Nación*”, 19 de noviembre de 1987, Revista de Jurisprudencia Argentina 1988-I-510.

62. CSJN, “*B., J. M. s/ curatela art. 12 Código Penal*”, 4 de junio de 2020, Fallos 343:345. Ver BIANCHI, A. B.: Se ha admitido el control constitucional de oficio, *Rev. La Ley*, Buenos Aires, n. 2002-A, p. 31, 2002. Cita Online: AR/DOC/6926/2001.

63. Para una descripción de los distintos sistemas vigentes en Latinoamérica, ver HIGHTON, E. I. Sistemas concentrado y difuso de control de constitucionalidad. En: BOGDANDY, A.,

4.2. Competencia de los árbitros para resolver planteos de inconstitucionalidad

Volviendo al caso hipotético que hemos planteado al comienzo de esta sección, cabe analizar si, a la luz de los principios constitucionales descriptos precedentemente, los árbitros tienen competencia para resolver un planteo de inconstitucionalidad introducido por alguna de las partes. La opinión mayoritaria es que, bajo el ordenamiento jurídico argentino, la mera circunstancia de que alguna de las partes objete la constitucionalidad de una norma no afecta la jurisdicción del tribunal arbitral, y los árbitros tienen la atribución de declarar la inconstitucionalidad de una norma⁶⁴. Dicha conclusión puede justificarse mediante dos líneas de razonamiento.

Por un lado, desde el punto de vista de la arbitrabilidad, existe consenso en cuanto a que lo que determina si una cuestión puede ser sometida a arbitraje o no es la naturaleza de los derechos involucrados en la controversia, y no el fundamento o las normas legales que las partes invocan en sustento de sus pretensiones. Consecuentemente, en la medida que la disputa se encuentre dentro del ámbito del acuerdo de arbitraje e involucre derechos disponibles de conformidad con la ley aplicable, los árbitros tendrán competencia. En cambio, si la disputa sometida a arbitraje refiere a derechos indisponibles, que por ende no son arbitrables, la prórroga de jurisdicción convenida en el acuerdo de arbitraje será ineficaz⁶⁵. Para ilustrar esta conclusión, los autores han asimilado este supuesto a los casos en los cuales alguna de las partes invoca alguna norma imperativa como sustento de su caso: del mismo modo que ello no conlleva la no arbitrabilidad, tampoco tiene ese efecto un pedido de inconstitucionalidad⁶⁶.

Por otro lado, desde el punto de vista estrictamente constitucional, la existencia de un planteo de inconstitucionalidad no afecta a la competencia del juez (o arbitro) con

FERRER MAC-GREGOR, E. y MORALES ANTONIAZZI, M. (Ed.), *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia una *ius constitutionale commune* en América Latina?*, Ciudad de México, México: UNAM, 2010, p. 109. ISBN 9786070219214; y SOLA, J. V. *Control Judicial de Constitucionalidad*, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2001, pp. 155-167. ISBN 950-20-1344-1

64. Así ha sido sostenido por diversos autores como ANAYA (ANAYA, Jaime L. Control judicial del arbitraje. *Rev. La Ley*, Buenos Aires, 2004-B-312, 2004), BIANCHI (BIANCHI, R. Competencia arbitral para decidir sobre la constitucionalidad, *Revista de Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, 2003-IV-75, 2003), CAIVANO (CORRÁ, M. I.; CAIVANO, R. Arbitraje y Constitución. *Revista Asociación Latinoamericana de Arbitraje (ALARB)*, Bogotá, v. I, pp. 48-49, 2020), MORELLO (MORELLO, A., ¿Pueden los árbitros declarar la inconstitucionalidad de las leyes?, *El Derecho*, Buenos Aires, tomo 198-467, 2002); y RIVERA (RIVERA, J. C. Arbitraje y Poder Judicial. Los prejuicios de los jueces respecto del arbitraje, *Revista Internacional de Arbitraje*, Bogotá, nro. 5, ps. 193 y siguientes, nota 50, 2006), entre otros.
65. Ver RIVERA, J. C.; RIVERA, J. C. (h); y AMADO ARANDA, J. I. *Arbitraje comercial, internacional y doméstico*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2022, pp. 248-249.
66. Ver Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala D, “Francisco Ctibor S.A.C.I. y F c. Walmart Argentina S.R.L.”, 20 de diciembre de 2016, comentado en CAIVANO, Roque J.: El orden público como límite a la arbitrabilidad, *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones*, Argentina, nro. 285, ps. 1190 y siguientes, 2017 (RDCO 285-1190).

jurisdicción sobre la disputa en la cual se realizó dicho planteo. Ello es una derivación directa del carácter difuso del control de constitucionalidad argentino al que ya nos hemos referido, bajo el cual cualquier juez puede ejercer la función de revisión de las normas⁶⁷. En efecto, si bien el artículo 116 de la Constitución argentina otorga competencia a la Justicia Federal para conocer y decidir causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución y las leyes federales⁶⁸, ello no implica que el control de constitucionalidad sea competencia exclusiva de los tribunales federales, en tanto “todos los jueces, de cualquier jerarquía y fuero pueden interpretar y aplicar la Constitución y las leyes de la Nación, sin perjuicio de los recursos a que pueda haber lugar, incluso el extraordinario.”⁶⁹.

En definitiva, bajo el ordenamiento jurídico argentino, los planteos de inconstitucionalidad introducidos por las partes no conllevan que el tribunal arbitral pierda competencia respecto de la disputa sometida a arbitraje⁷⁰. Siguiendo el principio *kompetenz-kompetenz* —reconocido en nuestras leyes de arbitraje⁷¹— este análisis debe ser realizado por los propios árbitros, quienes poseen la facultad de determinar su propia competencia, sin perjuicio del control judicial que su decisión pueda suscitar⁷². Además, cabe destacar que, como consecuencia del carácter difuso del control de constitucionalidad en la Argentina al que ya hemos referido, una eventual declaración de inconstitucionalidad por un tribunal no tendrá efectos *erga omnes*, lo cual resulta perfectamente coherente con la figura y finalidad del arbitraje, que es precisamente resolver las disputas entre sus partes.

Esta posición ha sido ratificada en la jurisprudencia de la Corte Suprema. Un fallo paradigmático en ese sentido es “Puerto del Rosario”⁷³ de 1935. En dicho caso, el concesionario del Puerto del Rosario inició una demanda contra el Estado Nacional reclamando que las tarifas para la operación del puerto sean equiparadas con las tarifas vigentes en el puerto de Buenos Aires, por aplicación del artículo 12 de la Constitución argentina que establece que no se pueden establecer preferencias a un puerto respecto de otro. Cuando el concesionario inició un arbitraje conforme lo previsto en el contrato de concesión, el Estado Nacional se negó a constituir el tribunal arbitral con fundamento, entre otros, que la disputa no involucraba meramente la interpretación o ejecución de un contrato, sino

67. Ver PALACIO, Lino E.: Otra vez sobre el arbitraje y el control de constitucionalidad, *Rev. La Ley*, Buenos Aires, 2004-D-19, 2004.

68. Constitución argentina, artículo 116: “Corresponde a la Corte Suprema y a los tribunales inferiores de la Nación, el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución, y por las leyes de la Nación (...)”.

69. CSJN, “Vázquez, Norberto José, y otros”, 21 de diciembre de 1962, Fallos 254:437.

70. Esta conclusión resulta igualmente aplicable ya se trate de árbitros de derecho o de equidad. Ver CORRÁ, M. I.; CAIVANO, R. Arbitraje y Constitución. *Revista Asociación Latinoamericana de Arbitraje (ALARB)*, Bogotá, v. I, pp. 5-55, 2020.

71. Ver Código Civil y Comercial, artículo 1656 y LACI, artículo 35.

72. Ver CAIVANO, R. J.; CEBALLOS RÍOS, N. M. El principio *Kompetenz-Kompetenz*, revisitado a la luz de la Ley de arbitraje comercial internacional argentina. *THEMIS Revista de Derecho*, n. 77, p. 15-34, 2020.

73. CSJN, “Puerto de Rosario S.A. c. Estado Nacional”, 7 de agosto de 1935, Fallos 173: 221.

que requería la interpretación de una norma constitucional, lo cual excedía el ámbito de competencia de los árbitros.

El Juez de Primera Instancia y la Cámara de Apelaciones fallaron en favor del Estado, y rechazaron la demanda. La Corte Suprema revirtió dichas decisiones y dispuso que el Estado Nacional debía participar en la formación del tribunal arbitral. Para así decidir, la Corte entendió que el Código Procesal de la Nación —que por entonces determinaba cuales materias son arbitrales— no excluye las cuestiones constitucionales del arbitraje, por cuanto:

“Los árbitros ‘juris’ pueden resolver toda cuestión que se les someta, no siendo de las exceptuadas por la ley, sea de puro derecho, sea de carácter mixto, o simplemente de hecho. Y en la amplia dilucidación de las causas, pueden tomar en consideración todas las razones que se aduzcan, tanto legales como constitucionales. El hecho de que en el curso de los debates aparezca una razón de orden constitucional, invocada por una de las partes, no puede tener el efecto de desplazar al tribunal arbitral”.

En la misma línea también se ha expedido la Justicia Nacional en lo Comercial, fuera con competencia en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. En el caso “Otondo”⁷⁴ de 2003, se rechazó una acción que tenía por finalidad excluir de la órbita de los árbitros la decisión sobre la constitucionalidad de las normas de emergencia. Resumidamente, los hechos del caso dan cuenta de que César A. Otondo y Pedro O. Linares —vendedores— celebraron un contrato de compraventa en virtud del cual vendieron a Cortina Beruatto S.A. y otros —compradores— sus acciones en una sociedad. El precio se pactó de dólares estadounidenses, pagadero en cuatro cuotas que vencían en 2000, 2001, 2002 y 2003. El contrato contenía una cláusula arbitral sometiendo todas las disputas que surgieran del mismo al Tribunal de Arbitraje General de la Bolsa de Comercio de Buenos Aires. Al abonar la cuota que vencía en 2002, los compradores pretendieron cancelar el precio en pesos argentinos aduciendo que su deuda se había pesificado por aplicación de la normativa de emergencia establecida dictada en ese año. Frente a ello, los vendedores anunciaron su intención de plantear la inconstitucionalidad de la legislación “pesificadora”. En respuesta, los compradores iniciaron una acción ante la Justicia Comercial para que se declarara que dicha cuestión no podía ser sometida ante el tribunal arbitral pactado, y debían ser resueltas en sede judicial.

El juez de Primera Instancia rechazó la pretensión de los compradores con fundamento en que la cláusula arbitral prevista en el contrato de compraventa de acciones les otorgaba a los árbitros designados la jurisdicción necesaria para decretar la inconstitucionalidad de la normativa de emergencia vigente si éstos consideraban que así debía resolverse. Al no tener la cláusula arbitral reservas que implicaran excluir determinadas decisiones de la jurisdicción arbitral, el juez entendió que los árbitros, como tribunal de justicia, podían resolver sobre la constitucionalidad de las normas vigentes si lo consideraban necesario. En ese sentido, sostuvo que “no existe impedimento con base en derecho, que obste al

74. Ver Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala E, “Otondo, César A. c. Cortina Beruatto S.A.”, 11 de junio de 2003. En igual sentido, ver Sala D, “Arc & Ciel S.A. c. Sky Argentina S.C.A. y otro”, 3 de abril de 2008.

tratamiento de la validez constitucional de una norma en tanto ello resulte conducente a los efectos de elucidar la controversia objeto de arbitraje (...).” El fallo fue apelado por los actores, pero fue posteriormente confirmado por la Cámara Comercial por los mismos fundamentos⁷⁵.

5. Control constitucional del laudo arbitral en la Argentina

En Latinoamérica, el tema del control de constitucionalidad del laudo arbitral se encuentra estrechamente relacionado con el análisis de las eventuales acciones o recursos de naturaleza constitucional contra decisiones arbitrales.

Si bien cada jurisdicción presenta sus matices, existen varios países latinoamericanos en los que se admite acudir a la acción de amparo o tutela constitucional como vía excepcional contra los laudos arbitrales cuando éstos trasgreden un derecho constitucional. Según parte de la doctrina, la justificación sobre la que reposa esta posibilidad es que los árbitros son asimilables a los jueces estatales y, del mismo modo que una sentencia judicial puede ser atacada mediante la acción de amparo bajo el principio de supremacía constitucional, también puede serlo el laudo arbitral, aun cuando exista un recurso de anulación⁷⁶. Aunque con matices propios de cada jurisdicción, tal es el caso de Bolivia, Guatemala, Ecuador y Colombia, entre otros⁷⁷.

En Argentina, la legislación nivel federal regula la acción de amparo contra actos de la autoridad⁷⁸ y contra actos de particulares⁷⁹. Asimismo, el artículo 43 de la Constitución consagra el amparo como una vía de tutela “expedita y rápida”. No obstante, el amparo ha sido rechazado de forma prácticamente unánime como vía idónea para impugnar decisiones judiciales o arbitrales. Solo se conocen limitadas excepciones en los que se ha analizado la interposición de la vía de amparo contra laudos arbitrales, que recibieron una enfática crítica doctrinaria⁸⁰.

75. Ver Tribunal de Arbitraje General de la Bolsa de Comercio de Buenos Aires, “*CIERP S.A. c. Grinbank, Daniel Ernesto s. resolución contractual*”, 19 de marzo de 2002, e “*IGT Argentina S.A. c. Trileium S.A. y otros s. restitución de bienes*”, 5 de noviembre de 2002, en los que el Tribunal consideró que resultaba competente para decretar la inconstitucionalidad de la normativa vigente en el primero y de una cláusula contractual en el segundo.

76. Ver TALERO RUEDA, S. Reflexiones sobre la revisión judicial de fondo de los laudos arbitrales. *Lima Arbitration*, Lima, n. 3, pp. 213–236, 2008–2009.

77. Ver ICC Institute of World Business Law, Las interferencias de las constituciones políticas de los países de Iberoamérica en el desarrollo del arbitraje internacional, Estudio del Capítulo Iberoamericano del Instituto de Derecho de los Negocios de la CCI, 2022, para. 45 y ss.

78. Ver Decreto-Ley No. 16.986, artículo 1.

79. Ver Código Procesal de la Nación, artículo 321, inciso 2.

80. Ver RIVERA, J. C. Interferencias judiciales en el arbitraje, *Rev. La Ley*, Buenos Aires, n. 2006-F, p. 1462, 2006, comentando el fallo “*Akzo Nobel Coating*” de la Cámara Comercial que declaró admisible una acción de amparo dirigida a dejar sin efectos dos decisiones arbitrales relacionadas con la conformación del tribunal arbitral y en ese marco ordenó la suspensión del proceso (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, “*Akzo Nobel Coating S.A. y otro c. Cámara Argentina de Comercio s. amparo*”, 11 de marzo de 2003).

Pero ello no implica que en Argentina el control de constitucionalidad sea totalmente ajeno al arbitraje. En las secciones que siguen, nos referiremos a los alcances de la revisión del laudo arbitral desde la perspectiva de los recursos y estándares constitucionales en el derecho argentino. En particular, abordaremos la conexión entre el recurso extraordinario federal y el laudo arbitral, (5.1); y la influencia que han tenido los derechos y garantías constitucionales en la jurisprudencia de la Corte Suprema sobre la revisión judicial del laudo (5.2).

5.1. *El recurso extraordinario federal y el laudo arbitral*

La jurisdicción federal y las vías de acceso a la Corte Suprema están reguladas por los artículos 116 y 117 de la Constitución. De estas normas, se desprende que la Corte Suprema ejerce su jurisdicción de dos formas: por competencia originaria y exclusiva, en la cual el supremo tribunal es la única instancia, y por competencia apelada, en la cual resuelve causas que llegan a su conocimiento provenientes de tribunales inferiores. A su vez, la competencia apelada puede ser ordinaria o extraordinaria. Mientras la primera es procedente en causas en que la nación sea parte, la segunda —que se encausa a través del recurso extraordinario relevante para este análisis— aplica a cualquier causa en la medida que, entre otros requisitos, exista una cuestión federal⁸¹.

Como principio general, el recurso extraordinario federal no procede directamente contra las decisiones emanadas de los tribunales arbitrales, aun cuando se haya planteado una cuestión federal. Ello se justifica en dos razones principales. Por un lado, el laudo no es considerado una sentencia emanada de un tribunal estatal. Además, siendo el laudo susceptible del recurso de nulidad, no calificaría como una “sentencia definitiva”, que es uno de los requisitos del recurso extraordinario⁸².

Por el otro, la jurisdicción arbitral libremente pactada importa una renuncia del proceso judicial y todas sus instancias, de las cuales la Corte es la última. En este sentido, es aceptado que no contraría a la Constitución y la garantía del debido proceso que los laudos no sean revisables plenamente en sus méritos mediante una segunda instancia judicial (esto es, por vía del recurso de apelación), que eventualmente culmine con el recurso extraordinario federal que resulta también renunciable⁸³. Así surge de los regímenes sobre la revisión de laudos en la Argentina.

81. Los requisitos del recurso extraordinario federal se encuentran regulados en artículo 14 de la Ley 48. Entre aquellos, se incluye la existencia de una cuestión federal, el cual versa sobre la interpretación de normas federales o actos federales de las autoridades de la nación, o acerca de conflictos entre la Constitución Nacional y otros actos o normas de autoridades nacionales o locales.

82. Ver CSJN, “*Color S.A. c. Max Factor Sucursal Argentina*”, 17 de noviembre de 1994, Fallos 317:1527; ver también GUASTAVINO, E. P. *Recurso extraordinario de inconstitucionalidad*, t. I. Buenos Aires: Ediciones La Roca, 1992, p. 226. ISBN: 950-9714-40-2

83. Ver CSJN, “*Unión Obrera Metalúrgica de la República Argentina*”, 30 de julio de 1974, Fallos 289:158. Como sostuvo allí la Corte, “no pueden invocarse agravios de carácter constitucional

En el ámbito doméstico, el artículo 758 del Código Procesal de la Nación establece que “[c]ontra la sentencia arbitral podrán interponerse los recursos admisibles respecto de las sentencias de los jueces, si no hubiesen sido renunciados en el compromiso”. Mientras que el artículo 760 dispone que: “[l]a renuncia de los recursos no obstará, sin embargo, a la admisibilidad del de aclaratoria y de nulidad”. Por su lado, en el ámbito internacional, el artículo 98 de la LACI establece que “[c]ontra un laudo arbitral sólo podrá recurrirse ante un tribunal mediante una petición de nulidad conforme a los artículos 99 y 100”⁸⁴. En síntesis, como ha dicho la Corte:

“El recurso extraordinario sólo procede respecto de las resoluciones de los tribunales de justicia de la Nación y de las provincias, y por extensión de los organismos administrativos dotados por la Ley de Facultades Judiciales, irrevisables por vía de acción o de recurso. No son susceptibles de recurso extraordinario las decisiones de la jurisdicción arbitral pactada libremente por los interesados. En efecto, ésta es excluyente de la intervención judicial que culmina en la corte y no admite otros recursos que los consagrados en las respectivas leyes procesales”⁸⁵.

Lo anterior no implica que, eventualmente, la decisión dictada por los tribunales judiciales que entiendan en el recurso de nulidad contra el laudo arbitral pueda ser impugnada mediante el recurso extraordinario federal, si se encuentran reunidos los restantes requisitos previstos en el artículo 14 de la Ley 48, incluyendo que exista una cuestión federal. Ello, con la aclaración de que, como profundizaremos en la sección que sigue, lo que debe analizarse en el marco de ese recurso extraordinario es la sentencia del tribunal inferior que trató el recurso de nulidad, y no el fondo del laudo⁸⁶.

cuando ellos derivan de la propia conducta discrecional del recurrente [tal como] cuando se invoca violación del derecho de defensa por ser inapelable ante la justicia el laudo dictado en la jurisdicción arbitral libremente pactada por el interesado”; *ver también* PALACIO L. E. *El recurso extraordinario federal. Teoría y Técnica*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1992, p. 58. ISBN 950-20-1346-8.

84. Aplicando estas disposiciones, la Corte Suprema ha sostenido que “[n]ada obsta a que, tratándose de asuntos disponibles para las partes, éstas puedan excluir la revisión judicial, tanto más cuanto que en esos asuntos las partes son dueñas de someter la suerte de sus derechos al juego, la apuesta o la suerte o, incluso, renunciar a ellos. Es claro pues, que, a fortiori, las partes puedan pactar la exclusión de la jurisdicción judicial de revisión si les conviene.” (CSJN, “*Meller Comunicaciones S.A. UTE c. Empresa Nacional de Telecomunicaciones*”, 5 de noviembre de 2002, Fallos 325:2888 (voto de los ministros Nazareno y Boggiano, considerando 12)).
85. CSJN, “*Gutiérrez, Rafael, y otra c/ Editorial Kapeluz S.R.L.*”, 5 de abril de 1957, Fallos 237:392. *Ver también* CSJN, “*Mulzera de Machado, Carlota c/ La sucesión de Yurraspe, Juan Bernardo*”, 23 de diciembre de 1913, Fallos 118:247; CSJN, “*Cacchione, Ricardo Constantino v. Urbaser Argentina SA*”, 24 de agosto de 2006, Fallos 329:3399; CSJN, “*Cacchione, Ricardo Constantino c. Urbaser Argentina SA*” 11 de marzo de 2008, Fallos 331:422; CSJN, “*EN – Procuración del Tesoro Nacional c. (nulidad del laudo del 20-III.09) s/recurso directo*”, 6 de noviembre de 2018, Fallos 341:1485, considerando 8º, entre otros.
86. *Ver* RIVERA, J. C.; RIVERA, J. C. (h); y AMADO ARANDA, J. I. *Arbitraje comercial, internacional y doméstico*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2022, p. 1091-1092.

5.2. *Influencia de los estándares constitucionales en la revisión de los laudos*

Ante la imposibilidad de interponer el recurso extraordinario federal de forma directa contra el laudo arbitral, cabe analizar cuál es el tratamiento jurisprudencial que han recibido los eventuales planteos constitucionales introducidos contra laudos arbitrales en el marco del recurso de nulidad por los tribunales judiciales competentes.

Dado su carácter dualista, el marco legal argentino regula separadamente el recurso de nulidad del laudo en arbitrajes internacionales y domésticos. A continuación nos referiremos a aquellas causales de anulación que más frecuentemente suscitan algún tipo de cuestión constitucional.

En el caso de arbitrajes internacionales, la LACI —siguiendo a la Ley Modelo— establece que el laudo arbitral podrá ser anulado cuando (i) alguna de las partes no hubiese “sido debidamente notificada de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales” o no hubiese podido “por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos”; (ii) el laudo contenga “decisiones que exceden los términos del acuerdo de arbitraje”; o (iii) el laudo sea “contrario al orden público argentino”.⁸⁷ Por su parte, el Código Procesal de la Nación dispone como causales de nulidad una “falta esencial en el procedimiento” y que el laudo resuelva “sobre puntos no comprometidos”⁸⁸.

Aunque la redacción de cada régimen es diferente, ambos coinciden en identificar como causales de nulidad a una eventual violación del debido proceso y del principio de congruencia, ambos de raigambre constitucional. Además, si bien el Código Procesal de la Nación no menciona expresamente el orden público argentino como sí lo hace la LACI, la Corte Suprema también ha considerado dicha causal en arbitrajes domésticos, como veremos a continuación⁸⁹.

A lo largo de su historia, la jurisprudencia de la Corte Suprema se ha pronunciado en diversas oportunidades sobre la aplicación de estándares constitucionales en el marco de pedidos de anulación de laudos arbitrales.

Un primer antecedente relevante en este sentido es el caso “*Color c. Max Factor*” de 1994 y, en particular, la disidencia del juez Boggiano⁹⁰. Allí, se sostuvo que “[el arbitraje] no es ajeno a cierto control judicial, el cual no es susceptible de ser suprimido totalmente”, en razón de “una exigencia que surge de objetivos constitucionalmente asumidos, como el de ‘promover la justicia’, y también de las garantías de la defensa en juicio y de la propiedad y de la ejecutoriedad equivalente a la de una sentencia judicial que el Estado dispensa – cumplidos ciertos recaudos – a los laudos arbitrales”. En virtud de ello, el juez concluyó

87. LACI, artículo 99, incisos (a)(ii), (a)(iii) y (b)(ii), respectivamente.

88. Código Procesal de la Nación, artículo 760.

89. Ver RIVERA, J. C.. La revisión judicial del laudo arbitral en Argentina: aspectos constitucionales. *Revista Arbitraje PUCP*, n. 4, p. 175-181, 2014.

90. CSJN, “*Color S.A. c. Max Factor Sucursal Argentina s/ laudo arbitral s/ pedido de nulidad del laudo*”, 17 de noviembre de 1994, Fallos 317:1527, con disidencia de Antonio Boggiano. Ver también J. L. ANAYA. Recursos contra los laudos arbitrales. *El Derecho*, Buenos Aires, t. 161, p.522.

que “dictada una sentencia sobre nulidad de laudo arbitral por el tribunal superior de la causa y llenados los demás requisitos formales y sustanciales de admisibilidad exigidos por esta excepcional instancia federal, a esta Corte le corresponde sólo una limitadísima revisión sobre la eventual violación de los derechos y garantías constitucionales en que pudiera haber incurrido aquella sentencia”⁹¹.

El fallo que mayor repercusión ha tenido en materia de control de constitucionalidad del laudo arbitral en Argentina es, indudablemente, el caso “Cartellone”⁹² de 2004. Sintéticamente, los hechos del caso son los siguientes: José Cartellone S.A. celebró un contrato de obra pública con Hidroeléctrica Norpatagónica S.A. (Hidronor), sociedad controlada por el Estado, en el que se previó que cualquier controversia sería sometida a arbitraje, previa interposición de un reclamo en sede administrativa, y el laudo sería definitivo e inapelable. Posteriormente, se suscitó una disputa entre las partes que no pudo ser resuelta en sede administrativa y, por lo tanto, fue sometida al arbitraje previsto en el contrato. El laudo arbitral admitió por mayoría la pretensión de Cartellone en varios aspectos, incluyendo la fecha de determinación de deuda y el cálculo de intereses.

Hidronor presentó un recurso de nulidad contra el laudo, con fundamento en que (i) los árbitros habían laudado en exceso sobre puntos no comprometidos en materia de actualización monetaria al indexar el crédito del accionante desde enero de 1985, en vez de febrero de ese mismo año; y (ii) que el mecanismo de liquidación de intereses era contrario a la moral y buenas costumbres. El recurso fue rechazado por la Cámara Nacional en lo Civil y Comercial Federal y, contra esa decisión, Hidronor interpuso recurso ordinario de apelación ante la Corte Suprema.

En su fallo, la Corte Suprema decidió anular el laudo, en base a dos fundamentos principales. Primero, en cuanto a las fechas de actualización monetaria, el máximo tribunal entendió que el laudo “transform[ó] las pretensiones de una de las partes introduciéndolas como integrantes de la litis y variando así el compromiso.” Consecuentemente, al laudar sobre puntos no comprometidos, el laudo incurrió en la causal prevista en el artículo 754 del Código Procesal de la Nación. Hasta aquí, el fallo no parece demasiado disruptivo en tanto, en definitiva, aplicó una de las causales de nulidad previstas en el Código Procesal⁹³.

El aspecto más polémico del fallo “Cartellone” —y de mayor relevancia a efectos de este análisis— es aquel correspondiente a las fechas de actualización monetaria. Esta cuestión implicaba realizar una crítica al mérito de la sentencia, que como principio general resulta ajena al recurso de anulación. Para justificar dicha intromisión, la decisión de la Corte cuestionó el alcance de la renuncia al recurso de apelación contenida en la cláusula

91. Según algunos autores, el fallo “Color” es un antecedente de “Cartellone”, en que vuelve a aparecer la posibilidad de la revisión del laudo en el caso de que este viole el orden público. Ver GIL DOMÍNGUEZ, A. El caso ‘Cartellone c. Hidronor’: La Corte Suprema establece un nuevo escenario en el control de constitucionalidad de los laudos arbitrales, *Rev. La Ley*, Buenos Aires, n. 2004-E, p. 419, 2004.

92. Ver CSJN, “José Cartellone Construcciones Civiles S.A. c. Hidroeléctrica Norpatagónica S.A. o Hidronor S.A.”, 1 de junio de 2004, Fallos 327:1881.

93. Ver MARZORATTI, O. Constitución Nacional y arbitraje. *El Derecho*, Buenos Aires, t. 215, 2005.

arbitral del contrato, en base a dos principios. Por un lado, sostuvo la revisión del laudo cuando este es contrario al orden público. Por el otro, afirmó que el laudo arbitral también es revisable judicialmente cuando sea inconstitucional, ilegal o irrazonable⁹⁴. En base a lo anterior, la Corte concluyó que “la renuncia formulada por las partes en el contrato y el compromiso no constituye óbice para que esta Corte revoque lo dispuesto en el laudo en cuanto a la aplicación de los intereses”.

El fallo recibió fundadas críticas en la doctrina por la vaguedad de sus definiciones y las consecuencias que ello podía conllevar sobre el régimen de revisión de los laudos arbitrales en Argentina⁹⁵. El aspecto que ha recibido mayor atención es la afirmación genérica de que el laudo arbitral puede ser impugnado cuando sea “inconstitucional, ilegal o irrazonable”. Según parte de la doctrina, una interpretación de estas palabras de modo literal y aislada del resto del ordenamiento jurídico podría llevar a concluir que los tribunales judiciales se encuentran facultados a revisar el fondo de lo decidido por los árbitros, lo cual implicaría abrir una brecha significativa en el principio de irrevisabilidad de los laudos⁹⁶. Estas dudas volvieron con fuerza cuando el Código Civil y Comercial, sancionado casi 10 años después de “Cartellone”, incluyó en su artículo 1656 sobre la revisión de los laudos una expresión que pareció estar inspirada en dicho fallo, al disponer que resulta irrenunciable la impugnación del laudo “contrario al ordenamiento jurídico”, lo cual reavivó las discusiones sobre este tema⁹⁷.

Afortunadamente, la jurisprudencia posterior de la Corte Suprema ha limitado sustancialmente la amplia terminología utilizada en “Cartellone” y en el artículo 1656 del Código, de un modo favorable al arbitraje. Nos referimos al reciente fallo “Estado Nacional” de 2018⁹⁸. Según los hechos del caso, en 1999, el Estado Nacional celebró un contrato de

94. “[N]o puede lícitamente interpretarse que la renuncia a apelar una decisión arbitral se extienda a supuestos en que los términos del laudo que se dicte contraríen el orden público, pues no es lógico prever, al formular una renuncia con ese contenido, que los árbitros adoptarán una decisión que incurra en aquel vicio. Cabe recordar al respecto que la apreciación de los hechos y la aplicación regular del derecho son funciones de los árbitros y, en consecuencia, el laudo que dicten será inapelable en esas condiciones, pero, en cambio, su decisión podrá impugnarse judicialmente cuando sea inconstitucional, ilegal o irrazonable” (CSJN, “*José Cartellone Construcciones Civiles S.A. c. Hidroeléctrica Norpatagónica S.A. o Hidronor S.A.*”, 1 de junio de 2004, Fallos 327:1881).

95. Ver, entre otros, MÉNDEZ, H. O. Impugnación judicial de laudos arbitrales. El caso ‘Cartellone’. Un lamentable retroceso. *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, n. 2005-I, p. 1310, 2005; PALACIO, L. Un disparo fatal contra el arbitraje voluntario. *El Derecho*, Buenos Aires, n. 208, p. 988; ROJAS, J. Vías de impugnación del laudo arbitral. *El Derecho*, Buenos Aires, n. 210, p. 836, 2004; MORA, R. D. ¿Aval judicial al incumplimiento internacional? *Rev. La Ley*, Buenos Aires, n. 2004-F, p. 432-328, 2004.

96. Ver RIVERA, J. C.. La revisión judicial del laudo arbitral en Argentina: aspectos constitucionales. *Revista Arbitraje PUCP*, 2014, no 4, p. 175-181.

97. Ver, por ejemplo, AGUILAR, F. Arbitraje privado. El artículo 1656, in fine, del Código Civil y Comercial de la Nación. Interpretación. *Revista del Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires*, pp. 89-108, 2005.

98. Ver CSJN, “*EN – Procuración del Tesoro Nacional c. (nulidad del laudo del 20-III.09) s/recurso directo*”, 6 de noviembre de 2018, Fallos 341:1485.

gerenciamiento con una unión transitoria de empresas (UTE), sujeto de derecho privado, que contenía una cláusula arbitral, con su respectiva renuncia a interponer recursos contra el laudo. En 2000, el Estado rescindió el contrato de gerenciamiento invocando sus prerrogativas contractuales, ante lo cual la UTE interpuso una demanda arbitral.

El laudo, que condenó al Estado a indemnizar a su contraparte, fue luego anulado por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal por “falta esencial en el procedimiento”. Ello dio lugar a un segundo arbitraje que resultó en un laudo que nuevamente hizo lugar a la demanda. Este último laudo también fue recurrido ante la Cámara que, esta vez, hizo lugar a la impugnación tan solo en forma parcial. Ante ello, el Estado Nacional acudió ante la Corte Suprema, alegando que, entre otros fundamentos, la Cámara se había apartado de la doctrina de “Cartellone” en función de la cual la renuncia recursiva no se extiende a los planteos de inconstitucionalidad, ilegalidad o irrazonabilidad del laudo.

En su decisión, la Corte Suprema confirmó el rechazo al recurso de nulidad interpuesto por el Estado Nacional. El fallo destacó el carácter restrictivo de los recursos contra el laudo, al sostener que de acuerdo con el artículo 760 del Código Procesal de la Nación, “en los casos en los que se ha renunciado a cuestionar un laudo arbitral por vía del recurso de apelación, la revisión judicial solamente puede ser ejercida por vía del recurso de nulidad” y las causales de revisión “son taxativas y no habilitan el análisis sobre el mérito de lo resuelto por el tribunal arbitral”. Asimismo, en lo que aquí resulta relevante, la Corte limitó la aplicación de la doctrina de “Cartellone” —que, como vimos, refería vagamente a la inconstitucionalidad, ilegalidad o irrazonabilidad del laudo— a aquellos casos en los que exista una violación al orden público. En ese sentido, sostuvo que, en “Cartellone”, la Corte “estimó procedente la revisión judicial por considerar que lo decidido por los árbitros afectaba el orden público” y que, en base a ello, “consideró que la renuncia formulada por las partes a interponer recurso de apelación contra el laudo no constituía óbice para revocar lo dispuesto en el laudo en cuanto al cálculo de intereses”. En cambio, en este caso, “el recurrente no ha probado de qué modo lo resuelto por el árbitro en torno a la interpretación de las normas aplicables a la disputa y la valoración de la prueba resulta violatorio del orden público, cualquiera sea el alcance que pueda darse a este concepto”.

Si bien esta interpretación en “Estado Nacional” también ha recibido críticas (especialmente, en cuanto no definió concretamente los contornos del concepto de “orden público” al que alude), la doctrina coincide en que se trata de un avance positivo, en tanto ha precisado la postura sentada en “Cartellone”. En ese sentido, la referencia al “orden público” resulta congruente con el régimen de anulación de laudos previsto en la LACI —y en la Ley Modelo CNUDMI en la que se basó— que justamente dispone que el laudo será anulable cuando fuera “contrario al orden público argentino”⁹⁹. A este fallo, se suman

99. LACI, artículo 99, inciso (b)(II). Ver también RIVERA, J. C. (h). La revisión constitucional del laudo arbitral en Argentina. *La Revista del Colegio de Abogados*, Buenos Aires, n. 82, t. 1, 2002; y CORRÁ, M. I.; CAIVANO, R. Arbitraje y Constitución. *Revista Asociación Latinoamericana de Arbitraje (ALARB)*, v. 1, p. 70-72, 2020.

otros dictados recientemente por la propia Corte y por tribunales inferiores que también han interpretado restrictivamente las causales de anulación del laudo¹⁰⁰.

6. Constitución y arbitraje de inversión

Entre 1990 y 2000, Argentina firmó y ratificó 58 Tratados Bilaterales de Inversión (TBIs) —más que ninguna otra nación de América Latina— con las principales potencias del mundo¹⁰¹. Además, en 1994 la Argentina ratificó el Convenio CIADI, como parte de su política por liberalizar su economía¹⁰². En la mayoría de los casos, los mecanismos de resolución de disputas de los TBI celebrados por Argentina prevén un arbitraje internacional ante el CIADI.

Hasta fines los 2000, Argentina prácticamente no había recibido reclamos de inversión. Sin embargo, ello cambió abruptamente como consecuencia de la emergencia económica y social que tuvo su punto máximo en diciembre de 2001, que generó una oleada de demandas de inversores extranjeros. A la fecha, Argentina registra 62 demandas, más que ningún otro país del mundo. Muchos de estos casos se relacionan con el impacto de las medidas adoptadas por el Estado Nacional durante la crisis de 2001¹⁰³.

Este contexto ha dado lugar a que, dentro de la doctrina argentina, surgieran cuestionamientos sobre la constitucionalidad de los TBIs celebrados por Argentina y, más particularmente, su sistema sobre resolución de disputas entre inversores extranjeros y el Estado¹⁰⁴. En rigor, estas teorías no son una novedad, sino que, en buena medida, se basan en cuestionamientos de larga data, como las doctrinas “Calvo” y “Drago” de principios del siglo XX y XXI¹⁰⁵.

Una de las críticas más resonantes es la planteada por el ex Procurador del Tesoro de la Nación y actual Presidente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Dr. Horacio Rosatti, quien ha sostenido que el sistema CIADI, al precluir la posibilidad de ejercer un

100. Ver Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala E, “*Olam Argentina SA c. Cubero, Alberto Martín y otro s/recurso de queja (OEX)*”, 22 de diciembre de 2015, disponible en LL Online, AR/JUR/79122/2015; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala D, 12/4/2016, “*Amarilla Automotores as c. BMW ArgentinasSA s/recurso de queja*”, disponible en LL Online, AR/JUR/24826/2016 entre otros.

101. Alemania, Australia, Bélgica-Luxemburgo, Bolivia, Canadá, China, Ecuador, España, Estados Unidos, India, Israel, Italia, México, Países Bajos, Perú, Reino Unido, Rusia, Suiza y Venezuela, entre otros. A la fecha, el número de TBIs celebrados por Argentina asciende a 61.

102. Ver Ley N° 24.353 del 28 de julio de 1994.

103. Ver UNCTAD, *Investment Policy Hub, Country Navigator: Argentina*, <https://investmentpolicy.unctad.org/country-navigator/10/argentina> (último acceso: 30 de abril de 2023).

104. Ver SOMMER, C. G. Implicancias de los tratados sobre inversión extranjera y los laudos arbitrales del Ciadi en el sistema constitucional argentino: Una necesaria Interfaz entre inversión extranjera y derechos humanos. *Ars Boni et Aequi*, vol. 9, n. 1, p. 23-51, 2013.

105. Ver CORTI, A; COSTANTE, L. La soberanía y los tribunales arbitrales del CIADI. *Rev. La Ley*, Buenos Aires, n. 2005-C, p. 1032, 2005. –

control de constitucionalidad interno sobre el laudo arbitral, estaría violentando la Constitución argentina¹⁰⁶.

A continuación, nos referiremos a los principales aspectos de la doctrina “Rosatti” (6.1) y las respuestas que ha merecido por parte de otros autores (6.2).

6.1. La doctrina “Rosatti” sobre el control de constitucionalidad de los laudos CIADI

El punto de partida de la doctrina “Rosatti” es que, atendiendo a la materia objeto de su regulación, los TBIs deben ser tipificados dentro de la categoría de los tratados referidos en el artículo 75 inc. 22, párrafo 1° de la Constitución argentina, que abarca aquellos celebrados con otras naciones o con organizaciones internacionales. En función de esta clasificación, se trataría de tratados que gozan de jerarquía superior a la ley, no pueden alcanzar la jerarquía constitucional, y que ingresan y egresan por medio de leyes votadas por la mayoría absoluta de cada Cámara del Congreso computada sobre el quórum.

En base a dicha caracterización, Rosatti considera que los TBIs se encuentran sujetos a un doble control constitucional: en razón de su contenido, y por parte de los tribunales locales. Por un lado, el control de contenido surge específicamente, del artículo 27 de la Constitución, en cuanto obliga al Estado federal a “a afianzar sus relaciones de paz y comercio con las potencias extranjeras por medio de tratados que estén en conformidad con los principios de derecho público establecidos en esta Constitución”¹⁰⁷. Por otro lado, desde el punto de vista jurisdiccional, el artículo 116 de la Constitución argentina establece la competencia de los tribunales federales para dirimir diferendos relacionados con las materias susceptibles de ser reguladas por tratados como los TBIs¹⁰⁸.

Sobre este último punto, el autor destaca que, si bien la Argentina ha aceptado la jurisdicción de tribunales internacionales en determinados supuestos (como en materia

106. Ver ROSATTI, H. D. Los tratados bilaterales de inversión, el arbitraje internacional obligatorio y el sistema constitucional argentino. *Diario Jurídico La Ley*, Buenos Aires, n. 2003-F, p. 1283, 2003. En palabras del autor, “en el hipotético caso de que un laudo violente alguno de los principios de derecho público están dadas las condiciones para ejercer una tarea de revisión constitucional local.” (ROSATTI, H. Ejerceremos un control de constitucionalidad. *Página 12*, Buenos Aires, 30 de abril de 2005, disponible en <https://www.pagina12.com.ar/diario/suplementos/cash/subnotas/1849-530-2005-04-30.html>).

107. Dichos principios incluyen la forma representativa, republicana y federal de gobierno (artículo 1), el principio de jurisdicción (artículo 19), de igualdad (artículos 15, 16 y 75 inciso 23), y el debido proceso (artículo 18).

108. En ese sentido, sostiene Rosatti que “los constituyentes no previeron la delegación de jurisdicción en la hipótesis de los tratados del primer párrafo del inc. 22 del art. 75 de la Constitución” y que “[l]a doctrina constitucional nacional no discute que los tratados del primer párrafo del inc. 22 del art. 75 deben estar sujetos a control constitucional en sede judicial local” (ROSATTI, H. D. Los tratados bilaterales de inversión, el arbitraje internacional obligatorio y el sistema constitucional argentino. *Diario Jurídico La Ley*, Buenos Aires, n. 2003-F, p. 1283, 2003).

de violación de derechos humanos y respecto de actividad estatal *juri gestionis* de naturaleza comercial), en dichos casos el Estado no resignó la posibilidad de controlar la constitucionalidad de la cuestión debatida, a través de un tribunal judicial local, ya sea de modo previo exigiendo el agotamiento de las vías locales o de modo posterior mediante el proceso de exequatur.

En función de lo anterior, Rosatti concluye que el sistema de solución de disputas establecido por el Convenio CIADI no permite cumplir con el citado control de constitucionalidad. Las reglas del Convenio CIADI sobre reconocimiento y ejecución de laudos establecen que el laudo será obligatorio para las partes y no podrá ser objeto de apelación ni de cualquier otro recurso, excepto en los casos previstos en este Convenio, y deberá ser cumplido, salvo que se suspenda su ejecución de acuerdo con lo previsto en el propio Convenio¹⁰⁹. Asimismo, en lo que constituye una de las características salientes del Convenio CIADI, los Estados contratantes se obligan a reconocer a los laudos como si fueran una sentencia firme dictada por un tribunal de dicho Estado¹¹⁰.

De este modo, según el autor, este sistema “constituye un mecanismo hermético (una vez que se ingresa en él ya no es posible salir de él) y autorreferencial (se trata de un dispositivo que se interpreta a sí mismo) que resulta incompatible con el sistema jurídico argentino.” Esta imposibilidad es una cuestión “sustancial” —y no meramente procesal— en la medida que inhibe la posibilidad de que los jueces argentinos revisen el cumplimiento de principios de derecho público argentino a cuya observancia condiciona la Constitución Nacional la validez de los TBIs. Entre aquellos, el principio de igualdad que, según Rosatti, es violentado al brindar a los inversores extranjeros mayores derechos que a los inversores locales.

6.2. Las respuestas a la doctrina “Rosatti”

La doctrina “Rosatti” planteada por el hoy Presidente de la Corte Suprema tuvo una significativa repercusión, no solo por la investidura de su proponente, sino también por los efectos que tendría para el sistema creado por el Convenio CIADI en caso de ser aceptada por los estados. En respuesta, surgieron diversos argumentos en contra de la doctrina que planteaban serios cuestionamientos sobre su plausibilidad. A continuación sintetizaremos los principales.

Primero, se ha sostenido que diversos TBIs celebrados por Argentina prevén un mecanismo de control previo de constitucionalidad extrínseco (es decir, en la forma de manifestación de la voluntad del Estado) al establecer que el acuerdo entrará en vigor “el día en que los dos Gobiernos se hayan notificado mutuamente que las respectivas formalidades constitucionales requeridas para la entrada en vigor de acuerdos internacionales han sido cumplimentadas”¹¹¹. Dado que el procedimiento descrito se ha cumplido respecto de los

109. Ver Convenio CIADI, artículo 53.

110. Ver Convenio CIADI, artículo 54.

111. Ver, por ejemplo, TBI Argentina-España, Artículo XI.1.

TBIs celebrados por Argentina, por aplicación de la doctrina del *estoppel* o “actos propios”, el país no podría desconocer los compromisos que asumió bajo dichos instrumentos¹¹². Resultaría irrazonable que Argentina, mediante su Poder Ejecutivo y Legislativo, celebre tratados como el Convenio CIADI para que luego, ante un laudo en su contra, lo considere inconstitucional mediante su Poder Judicial.

Segundo, y relacionado con el punto anterior, este control extrínseco es el único criterio habilitado por el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, que expresamente establece que los Estados no pueden invocar el derecho interno para sustraerse de las obligaciones asumidas en la órbita internacional. Así ha sido reconocido por la Corte Suprema, al considerar que “[l]a necesaria aplicación de [el artículo 27 de la Convención de Viena] impone a los órganos del Estado Argentino —una vez asegurados los principios de derecho público constitucionales— asignar primacía a los tratados ante un eventual conflicto con cualquier norma interna contraria”¹¹³.

Tercero, en caso de que un tribunal judicial local se pronunciara a favor de la inconstitucionalidad de un laudo o un TBI, dicha decisión interna no obstaría a la responsabilidad internacional de la Argentina. Ello, en la medida que una decisión en ese sentido importaría un apartamiento de las condiciones previstas en el tratado y un incumplimiento al compromiso de efectivo cumplimiento de sus obligaciones¹¹⁴. Así lo han entendido diversos constitucionalistas¹¹⁵. De este modo, podría entenderse que el resultado final sería el mismo, en tanto Argentina igualmente debería responder en función de esa responsabilidad internacional y de la expectativa creada.

Finalmente, en cuanto al argumento de que los TBIs son contrarios al principio de igualdad al acordar ventajas a los inversores extranjeros, se ha planteado que dicha posición omite considerar que, bajo dicho principio, se debe dar igual tratamiento a aquellos en igualdad de condiciones. En ese sentido, la situación de los inversores extranjeros sería distinta que la situación de los locales, en cuanto aquéllos —entre otras diferencias relevantes— tienen disputas internacionales y enfrentan amenazas de padecer una denegatoria de justicia debido a diversos factores, principalmente la potencial falta de imparcialidad de los jueces locales. De este modo, el sistema de arbitraje inversor-estado funcionaría como un medio efectivo para corregir la discriminación de que fue víctima la inversión extranjera¹¹⁶.

112. Ver GONZÁLEZ CAOMPAÑA, G. Revisión judicial de los laudos del CIADI. Desde una perspectiva internacional. *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, n. 2007-II, p. 1226, 2007.

113. CSJN, “*Fibraca Constructora S.C.A. c. Comisión Técnica Mixta de Salto Grande*”, 7 de julio de 1993, Fallos 316:1669, considerando 3º.

114. Ver MORA, R. D. ¿Aval judicial al incumplimiento internacional? *Rev. La Ley*, Buenos Aires, n. 2004-F, p. 432-328, 2004. –

115. Entre ellos, Gordillo (GORDILLO, A. Capítulo XVII: Arbitraje administrativo internacional. In: GORDILLO, A. *Tratado de Derecho Administrativo*, t. 2, Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 6ª ed., 2003. ISBN: 978-950-9502-54-3“); y Vanossi (VANOSSI, J. R. A., *Teoría constitucional*, t. II, Buenos Aires: Depalma, 2000. ISBN: 950-14-1739-5).

116. Ver SABATER, A. The Weaknesses of the ‘Rosatti Doctrine’: Ten Reasons why ICSID’s Standing Provisions do not Discriminate Against Local Investors. *AM. REV. INT’L ARB.*, vol. 15, p. 465-466, 2004.

Como destaca BIANCHI, este desarrollo resulta consistente con la posición adoptada por los Estados Unidos, cuya constitución ha sido la fuente directa de la Constitución argentina. Diversos TBIs celebrados por Estados Unidos con otros estados también prevén el sometimiento a arbitraje bajo el Convenio CIADI y no han existido reparos constitucionales al respecto, en opinión del Departamento de Justicia¹¹⁷. En base a ello, el autor se alinea con la postura contraria a la doctrina “Rosatti” que “daría por tierra con el espíritu de los TBI, que pretenden colocar en una jurisdicción internacional, fuera del país en el cual se llevó a cabo la inversión, la suerte del reclamo de los inversores”¹¹⁸.

7. Conclusiones

En Latinoamérica, el constitucionalismo ha sido generalmente visto como una limitación para el desarrollo del arbitraje. Si bien, durante las últimas décadas, la mayoría de los países de la región han realizado profundas transformaciones con el objetivo de posicionarse como jurisdicciones favorables al arbitraje, en muchos casos, la jurisprudencia de los tribunales judiciales sobre la incidencia de los principios constitucionales y la disponibilidad de las acciones constitucionales contra el laudo al arbitraje aún generan cierta incertidumbre sobre el pleno desarrollo de esta institución en nuestra región¹¹⁹.

No obstante, el arbitraje y el derecho constitucional, lejos de ser antagónicos, tienen un rol complementario en el ordenamiento jurídico de cada país. Para funcionar de manera efectiva, el arbitraje necesita de un poder judicial que le brinde ejecutoriedad, y que sirva de control bajo ciertos supuestos claramente establecidos¹²⁰. Como sintetiza la doctrina, “[e]l común denominador es que ambos buscan (eventualmente) lo mismo: respeto del Derecho [y son] aliados del Estado de Derecho”¹²¹.

En el caso de Argentina, ya en 1943, SPOTA —destacado jurista argentino— sostenía al comentar la jurisprudencia de la Corte Suprema de aquel momento que la discusión sobre la validez constitucional de la prórroga de jurisdicción federal a favor de los árbitros era una *vexata quaestio*¹²². Incluso desde aquel entonces, en nuestro país han convivido tendencias

117. Ver memorándum preparado por Walter Dellinger, entonces Assistant Attorney General, septiembre de 1995.

118. BIANCHI, A. El Estado Nacional ante el arbitraje. *Rev. La Ley*, Buenos Aires, n. 2005-B, p. 1405, 2005.–

119. Ver FOLLONIER-AYALA, A. Constitucionalización del arbitraje en América Latina, *Spain Arbitration Review | Revista del Club Español del Arbitraje*, España, n. 23, p. 113, 2015; ZULETA LONDOÑO, A., La protección constitucional del arbitraje. En MANTILLA SER-RANO, F. (Coord.) *Arbitraje internacional – tensiones actuales*. Bogotá: Legis, p. 67-99, 2007. ISBN: 978-9-972738-227.

120. Ver VON WOBESER, C., R., Prefacio, *Arbitraje y Constitución. Revista Asociación Latinoamericana de Arbitraje (ALARB)*, v. I, p. 13-14, 2020.

121. GONZÁLEZ DE COSSÍO, F. Arbitraje y Constitución en América Latina: Arbitraje y procesos constitucionales: agua y aceite. *Revista Asociación Latinoamericana de Arbitraje (ALARB)*, v. I, p. 16, 2020.

122. Ver SPOTA, A. J. La cláusula compromisoria en el Derecho Administrativo. *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, n. 1943-I, p. 603, 1943.

a favor y en contra del arbitraje. Ello, ha dado lugar al desarrollo de teorías constitucionales desfavorables para su desarrollo, como la doctrina “Rosatti” y la jurisprudencia del fallo “Cartellone”, a los cuales nos hemos referido en este capítulo.

No obstante, al analizar en su conjunto la relación del arbitraje y el derecho constitucional en la Argentina, es posible sostener que ambos institutos parecen haber alcanzado cierto entendimiento. Así se ve reflejado en los distintos puntos de contacto que hemos repasado a lo largo de este trabajo. Si bien la Constitución argentina no se refiere al arbitraje de manera expresa, es indiscutible que, bajo el derecho argentino, el derecho de someter voluntariamente una disputa a arbitraje se encuentra implícitamente reconocido en la Carta Magna. Asimismo, a la luz de las reglas sobre control de constitucionalidad en Argentina, se ha entendido que los árbitros tienen competencia para resolver planteos de inconstitucionalidad. Finalmente, en otro aspecto que conecta al arbitraje y la constitución, hemos señalado que, en los últimos años, la Corte Suprema ha desarrollado una línea jurisprudencial razonable y prudente sobre la incidencia de los principios constitucionales en la revisión del laudo, limitando así la doctrina de “Cartellone”.

Si bien el camino es largo, creemos que estos desarrollos han sido extremadamente positivos para la consolidación de Argentina como una sede arbitral confiable y atractiva.