

Título: Las medidas cautelares y los tratados internacionales de protección de inversiones: una jurisprudencia novedosa-y prudente- de la Corte.(Derecho y Economía)

Autores: Cassagne, Juan Carlos - Cárdenas, Emilio J.

Publicado en: LA LEY2002-F, 288

Cita: TR LALEY AR/DOC/3947/2003

Sumario: SUMARIO: I. La pretensión planteada ante la Corte. - II. La decisión del Alto Tribunal. - III. Principios que se desprenden de la sentencia

I. La pretensión planteada ante la Corte

La actora, una empresa cuyo capital accionario pertenece a dos sociedades extranjeras (una suiza y otra española) promovió ante la Corte Suprema de Justicia una acción tendiente a que se declare la inconstitucionalidad de un decreto del Gobernador de la provincia de Salta (decreto 362/02) que, sin tener en cuenta las negociaciones amistosas que había iniciado en el marco de los Tratados de Protección de Inversiones suscriptos por nuestro país con la Confederación Suiza y España, innovó sobre la controversia planteada, disponiendo liquidar la deuda cuyo cobro pretendía en concepto de impuesto a las actividades económicas.

Interesa señalar que dichos tratados internacionales fueron ratificados mediante el dictado de las leyes 24.099 y 24.118 (Adla, LII-C, 2864; 2920) y que la actora declara, al deducir la demanda, que no persigue cuestionar en este juicio la procedencia del impuesto a las actividades económicas, sino conseguir que la Provincia respete y cumpla con el procedimiento de negociación amistosa que había promovido ante la Procuración del Tesoro de la Nación conforme a dichos Tratados, absteniéndose de iniciar cualquier tipo de acción ejecutiva o de otro tipo durante el plazo previsto para las negociaciones.

Los fundamentos de derecho que esgrimió la actora consistieron en que el decreto provincial se dictó sin tener en cuenta la existencia del referido procedimiento de negociación amistosa y en abierta violación a los arts. 16, 17, 18, 31, 75, 121 y 126 de la Constitución Nacional.

Al tomar intervención en el proceso el procurador general de la Nación sostuvo que la cuestión suscitada por un particular contra una Provincia correspondía a la competencia originaria de la Corte, de conformidad a lo prescripto en los arts. 116 y 117 de la Constitución Nacional, dado que uno de los supuestos en que ésta procede se circunscribe a las causas en que es parte una Provincia y la acción se fundamenta, directa y exclusivamente, en cláusulas de la Constitución Nacional, en leyes del Congreso o en tratados con naciones extranjeras, de modo que la cuestión federal sea la predominante.

No vamos a comentar aquí lo concerniente a los distintos aspectos que juegan para determinar la competencia de la Corte, que resultan suficientemente conocidos. Interesa resaltar, eso sí, que el procurador ha encuadrado correctamente dicha competencia y la materia federal en la circunstancia de que se trata de una demanda dirigida contra la provincia de Salta cuya principal pretensión se circunscribe a que se declare la inconstitucionalidad de un decreto local, por resultar violatorio de lo pactado en dos tratados internacionales.

II. La decisión del Alto Tribunal

El fallo de la Corte considera que (i) se trata de una cuestión perteneciente a su jurisdicción originaria y (ii) hace lugar a la pretensión cautelar de la actora, dando por acreditado (sin mayores desarrollos argumentales) que, en el caso, concurren los requisitos previstos en los arts. 230 incs. 1º y 2º y 232 del Código Procesal Civil y Comercial. Es decir, que considera configurados los supuestos que habilitan la promoción de las medidas cautelares en dicho Código: El "fumus boni iuris" y el peligro en la demora.

El primero, que consiste en la comprobación o apariencia del derecho invocado por la parte actora, resulta de los propios antecedentes arrimados a la demanda, sin requerirse de mayor prueba, toda vez que demostró haber planteado ante el Procurador del Tesoro una negociación amistosa comprendida en el marco de dos tratados internacionales los cuales, según el art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional tienen prevalencia sobre la legislación interna (leyes y decretos).

Como se ha dicho, la adopción de una pretensión cautelar sólo es procedente en la medida en que aparezca "como jurídicamente aceptable la posición material del solicitante (1) para lo cual es imprescindible determinar la presencia del "fumus boni iuris".

El requisito del "periculum in mora" que procura evitar el peligro que para el derecho del actor puede significar que la sentencia a dictarse se torne ineficaz o de cumplimiento imposible se da -correctamente- por justificado teniendo en cuenta que mientras la Provincia puede promover la ejecución de las deudas tributarias estaría transcurriendo el plazo legal que la actora invoca como fundamento de su pretensión.

En rigor, lo que ocurre en el caso, es que la Corte ha ponderado, de un modo implícito, el interés público

presente en la cuestión planteada inclinándose, en una postura que estimamos legítima y, por ende, justa, por considerar que el interés público local debe ceder frente a un interés superior, como es el respeto y cumplimiento de los tratados internacionales.

En efecto, resulta absolutamente obvio que el procedimiento de negociación amistosa carecería de razón de ser si durante su transcurso, el Estado nacional o las Provincias pudieran dictar medidas unilaterales sobre las cuestiones planteadas en dicho procedimiento conciliatorio.

Por lo demás, estamos aquí ante un supuesto análogo al principio que sustenta la doctrina administrativa favorable a que se disponga la suspensión de los actos administrativos toda vez que se demuestre que los daños que provoca la ejecución del acto son mayores que los que produce la prohibición de innovar [\(2\)](#).

En la hipótesis que analizamos, es evidente que el interés público que debe prevalecer es el del cumplimiento de los tratados internacionales, conforme surge de los arts. 31 y 75 inc. 22 de la Constitución Nacional.

En suma, la Corte hace lugar a la prohibición de innovar pedida y ordena a la Provincia (la sentencia dice impropriamente Estado provincial) a que se abstenga de ejecutar el cobro del impuesto a las actividades económicas.

III. Principios que se desprenden de la sentencia

Como en las paradojas de Chesterton, la sentencia de la Corte contiene una riqueza de principios que de alguna manera contrasta con la parquedad de sus fundamentos.

Estos principios que están implícitos o son inherentes al pronunciamiento, pueden resumirse así:

(a) El ejercicio de los poderes por parte de los gobiernos de Provincia debe armonizar con los tratados internacionales suscriptos por la Nación. Esto es así, por cuanto dichos tratados poseen una jerarquía constitucional que incluso es superior a las leyes (art. 75 inc. 22, CN) y además, por ser fundamental la supremacía de la Constitución sobre los actos de los gobiernos locales (art. 31, CN) [\(3\)](#);

(b) cuando un particular plantea ante el gobierno nacional (Procuración del Tesoro de la Nación) el procedimiento de negociación amistosa previsto en un tratado internacional de protección de inversiones, el gobierno provincial debe abstenerse de dictar actos unilaterales (en el caso, disponer la ejecución de una deuda tributaria) que se encuentren comprendidos o vinculados con la cuestión sometida a dicho procedimiento conciliatorio, que es previo a la demanda arbitral;

(c) la circunstancia de haber la actora promovido el procedimiento de negociación amistosa hace que el interés público en solucionar el problema planteado ante la Nación resulte superior al que puedan esgrimir los poderes locales para alterar el "statu quo ante". La supremacía del tratado opera así como una suerte de "paraguas jurídico" que impide el dictado de medidas que alteren unilateralmente la situación jurídica existente al momento de deducirse el procedimiento de naturaleza reglada, previsto en forma expresa, en un tratado internacional;

(d) no resulta necesario acreditar mayores extremos de prueba (pues es prácticamente una cuestión de puro derecho) para justificar el "fumus boni iuris" y el peligro en la demora, ya que el principio de buena fe que debe imperar en el cumplimiento de todo tratado internacional desplaza cualquier discrecionalidad o flexibilidad en la valoración de los extremos previstos en los arts. 230 inc. 1° y 2° y 232 del CPCCN, [\(4\)](#);

(e) por último y no menos trascendente, la sentencia logra articular el cumplimiento de buena fe de los tratados con la unidad del Estado federal y el principio de la tutela judicial efectiva [\(5\)](#), toda vez que si los poderes de los gobiernos de Provincia fueran totalmente independientes y discrecionales cuando un particular invoca la aplicación de algún tratado internacional de protección de inversiones, los tratados serían figuras de papel, desprovistos de toda efectividad. Lo que es inaceptable.

La sentencia de la Corte privilegia acertadamente el principio esencial de "pacta sunt servanda". En momentos en que es imprescindible regresar, cuanto antes, al "estado de derecho", esta sentencia adquiere una importancia particular.

La decisión tiene -asimismo- otro perfil. Que no es ciertamente menor. Uno que contiene elementos de prudencia y diplomacia. Porque asegurando el cumplimiento de la palabra empeñada por la Nación la Corte defiende, responsable y acertadamente, un valor con frecuencia dejado de lado, pese al costo que esa actitud conlleva: La imagen argentina ante la comunidad internacional. Particularmente cuando, en las circunstancias que atravesamos, es bien posible que distintos tratados de protección de inversiones, de los muchos que hemos celebrado con otros estados sobretudo en la década del 90, se pongan ahora, de un modo u otro, en marcha como consecuencia de la crisis en la que estamos sumidos.

En las relaciones internacionales, como en tantas otras cosas, no hay sustituto para la confianza. La sentencia de la Corte que hemos reseñado brevemente es importante porque la defiende, al impedir correctamente que se consume una medida unilateral de la Provincia involucrada que supone incumplir los compromisos convencionales asumidos expresamente por la Nación [\(6\)](#).

Especial para La Ley. Derechos reservados (ley 11.723)

(1) SERRA DOMINGUEZ, M. y RAMOS MENENDEZ, F., "Las medidas cautelares en el proceso civil", p. 36, cit. por CHINCHILLA MARIN, C., en "La tutela cautelar en la nueva justicia administrativa", p. 45, Ed. Civitas, Madrid, 1991.

(2) Véase: MARIENHOFF, Miguel S., "Tratado de Derecho Administrativo", t. I, ps. 660-661, Buenos Aires, 1990 y nuestro Derecho Administrativo, t. II, p. 221 y sigtes., 7ª ed., Buenos Aires, 2002; GONZALEZ PEREZ, J., "Los recursos administrativos", p. 138, Madrid, 1969.

(3) Véase: VANOSSI, Jorge Reinaldo y DALLA VIA, Alberto Ricardo, "Régimen Constitucional de los Tratados", p. 291 y sigtes., Ed. Abeledo-Perrot, Segunda Edición.

Cabe recordar también que la "Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados", ratificada en 1972, por ley 19.865 (Adla, XXXII-D, 6412) dispone, en su Artículo 29, que "Un tratado será obligatorio para cada una de las partes en lo que respecta a la totalidad de su territorio, salvo que una intención diferente se desprenda de él o conste de otro modo".

Respecto de la responsabilidad internacional de un Estado por los actos de sus Provincias, ver: BROWNLIE, Ian, "Principles of International Law", p. 451, Quinta Edición, Clarendon Press, Oxford, 1998.

(4) Conforme: CASSESE, Antonio, "International Law in a divided World, Clarendon Press", Oxford, 1986, p. 152, et seq. El autor recuerda que el principio de la "buena fe" está claramente incluido entre los "principios fundamentales que gobiernan las relaciones internacionales". Asimismo: SIR JENNINGS, Robert y WATTS, Sir Arthur: "Oppenheim's International Law", Vol. I, parts 2 a 4, p. 1272, en la que se recuerda que "un tratado debe ser interpretado de buena fe".

No solamente porque ese es un principio general, sino porque así se deduce del artículo 26 de la Convención de Viena, aprobada por ley 19.685, que impone a las partes de un tratado la obligación de "cumplirlo con buena fe".

(5) Cfr. CASSAGNE, Juan Carlos, "Las medidas cautelares en el contencioso administrativo, Separata de Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires", N° 38, ed. La Ley, p. 6, Buenos Aires, 2001. Artículo 8°, inc. 1° del Pacto de San José de Costa Rica y artículo 2°, incisos 2 y 3 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos (Nueva York, 1966), directamente aplicables conforme al artículo 75, inc. 22, de la Constitución Nacional (Adla, XLIV-B, 1250; XLVI-B, 1107).

(6) SACERDOTI, Giorgio, "Bilateral Treaties and Multilateral Instruments on Investment Protection", en: Académie de Droit International, Recueil des Cours, 1997, t. 269. También: LISDERO, Alfredo y HELBERT, Darío J.: "La Protección de las Inversiones Extranjeras en la Argentina", en El Derecho, jueves 13 de junio de 2002, número 10.524, p. 1, et seq. También: DOLZER, Rudolf y STEVENS, Margrete, Bilateral Investment Treaties, Martinus Nijhoff Publishers, 1987. En derecho internacional contemporáneo la llamada: "Interferencia irrazonable" en los negocios de una empresa -concepto que incluye actos que "dislocan" sus activos- puede considerarse como una expropiación, que da lugar a que quien la sufre reclame ser compensado. (Véase: BORWER, Charles N., "Current Developments in the Law of Expropriation and Compensation: A Preliminary Survey of Awards of the Iran-United States Claims Tribunal", en International Lawyer, Vol. 21, N° 3, p. 645, et seq.) Además, PELLONPÄÄ, M., "Compensable Claims Before the Tribunal. Expropriation Claims, The Iran-US Claims Tribunal: Its Contribution to the Law of State Responsibility", 1998, p. 185, et seq. También, ALDRICH, George H., "The Jurisprudence of the Iran-United States Claims Tribunal", Clarendon Press, Oxford, 1996, p. 378, et seq. y LAUTERPACHT, E., y GREENWOOD, C.J., "International Law Reports", Vol. 56, Cambridge, Grotius Publications Limited, particularmente el caso: "Revere Copper and Brass Inc vs Oversea Private Investment Corporation". Asimismo: United Nations Conference on Trade and Development, Taking of Property, UN, 2000, p. 3; REINISCH, AUGUST, "State Responsibility for Debts: International Law Aspects of External Debt and Debt restructuring", Böhlau Verlag Wien, Coln, Weimar, 1995; y SOHN, LOUIS B. y BAXTER, R.R., "Responsibility of States for Injuries to the Economic Interests of Aliens", en: The American Journal of International Law, Vol. 55, p. 545 et seq, 1961.