

# MARCO JURÍDICO PARA LA INVERSIÓN\*

Dr. Agustín Gordillo

1. Adam Smith y la riqueza de las naciones.
2. Los tribunales arbitrales o judiciales extranjeros o internacionales.
3. El Derecho Aplicable.
4. ¿El control de nuestra justicia sobre los fallos internacionales?.
5. Los intentos internos actuales de incidir revisoramente sobre los pronunciamientos internacionales.
6. No seamos un Estado incumplidor del orden Internacional: Nos perjudica.
7. Evitemos los juicios externos, haciendo que nuestra justicia funcione a tiempo y eficazmente, para impedir la ejecución de actos ilegales.
8. Nos falta actuar eficazmente en la trinchera, pero para ello debe haber respaldo.
9. Cumplamos también las sentencias internas firmes y regularicemos su pago.
10. En suma, cumplamos el derecho interno y acatemos las sentencias internacionales.

## **1. ADAM SMITH Y LA RIQUEZA DE LAS NACIONES.**

**Adam Smith** observó en 1776 que la riqueza de las naciones dependía de conferir al inversor una “tolerable” seguridad jurídica y una “tolerable” protección judicial. Ése ha sido, es y será siempre el marco jurídico indispensable para la inversión.

\*Versión corregida de la conferencia del mismo título brindada el 07 de noviembre de 2017, en el Congreso Nacional de Abogados del Estado: “Inversión y Desarrollo”. Teatro General San Martín, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina.

**Smith** predecía que las naciones que cumplieran con esos requisitos se enriquecerían, lo cual llevó al economista **J. Bradford Delong** a formular la hipótesis inversa, que su incumplimiento acarrea la pobreza de las naciones. Nuestros índices de pobreza, pues, dependen en mucho de que cumplamos con tener un marco jurídico apropiado para la inversión: Seguridad jurídica y justicia eficaz.

Estamos dando pasos en el primer ítem, y analizando proyectos de cambio en el segundo: El tema está en la agenda del gobierno, como una de las reformas a emprender y por cierto ha dado lugar a encendidos debates en los últimos días, a los que no voy a entrar por no encontrarse presentes uno u otro de sus interlocutores.

## **2. LOS TRIBUNALES ARBITRALES O JUDICIALES EXTRANJEROS O INTERNACIONALES**

La reforma que el gobierno enfrenta y trata de encarar, encuentra una realidad adversa y de larga data. Algunas estimaciones privadas indican hoy en día un singular pico de insatisfacción con la justicia, del 75 ú 80% de los argentinos. No confío en tales proyecciones de conteos de percepciones, aunque hay datos que se pueden aportar para dar sustento fáctico a esa línea de pensamiento.

Esa percepción viene de antaño y es la que ha informado la celebración y lenta ampliación de tratados internacionales adhiriendo a sistemas judiciales o arbitrales extranjeros o internacionales. Los hemos suscrito y **en general** estamos procurando cumplir sus decisiones, por acatamiento al principio de la buena fe en la celebración de los tratados. Esta cuestión se ha tratado en el segundo panel de ayer, pero me parece necesario enlazarla con el tema de hoy, el marco jurídico para la inversión.

No hemos denunciado esos tratados, pues el costo internacional es muy alto aunque lo venimos de todos modos pagando en anticipos. Es que tampoco los hemos cumplido fiel y lealmente, lo que nos produjo igual, algo aminorado, ese costo externo que queríamos al comienzo evitar.

No debemos incrementar ese saldo negativo del pasado.

El sometimiento formal y reiterado a tribunales internacionales, de cuestiones que de antaño se entendió que debían ser juzgadas en el país, es pues un hecho de nuestra actuación interna e internacional.

No todos, en nuestro derecho interno, comparten la necesidad o juridicidad de su existencia. Se ha escrito mucho sobre el tema, con frecuencia desde despachos oficiales, tanto administrativos como judiciales.

Esas discrepancias internas llevan a los funcionarios a agotar todas las vías recursivas de los juicios de uno u otro lado de la frontera, para no tener que soportar ulteriores investigaciones, en el país, de su conducta procesal dentro o fuera de nuestro territorio.

Es un círculo vicioso: El funcionamiento de la práctica institucional de los juicios contra el Estado es parte del disvalor del sistema. La sociedad que se queja de la justicia al mismo tiempo exige estas anomalías.

### **3. EL DERECHO APLICABLE**

En todo caso, tal sujeción se extiende con frecuencia al derecho aplicable que informa tales decisiones jurisdiccionales allende nuestras fronteras:

- a) En algunos casos es el derecho internacional.
- b) En otros el derecho extranjero de la sede del tribunal como es el caso del tribunal arbitral internacional del deporte, con sede en Lausana, que aplica entonces el derecho suizo, con recurso ante la Corte Suprema suiza. (Federación Internacional de Asociaciones de Fútbol, Federación Internacional de Tenis, Federación Internacional de Patinaje y muchas más.)
- c) También se puede aplicar, según esté definido en las normas para los casos ocurridos en nuestro país, el derecho argentino, pero según lo aprecie el tribunal internacional de que se trate.

#### 4. ¿EL CONTROL DE NUESTRA JUSTICIA SOBRE LOS FALLOS INTERNACIONALES?

En esta dinámica no existe revisión ordinaria o extraordinaria de esos fallos por nuestra justicia, aunque con frecuencia ésta lo ha intentado, con variantes resultados.

Mi percepción del futuro se orienta hacia el plano global o internacional, no al interno. Así lo he publicado desde 1962 en adelante y cada vez los hechos fortalecen y no desmienten ese ángulo de observación.

La conclusión es que el principio de la buena fe en la celebración de los tratados nos obliga a cumplir lealmente con las sentencias definitivas que se dicten en esos ámbitos. Ya lo había adelantado **Pierre Pescatore**, Presidente de la Corte Europea de Derechos Humanos, en 1983. Frecuentemente lo cito y pueden encontrar las referencias en [gordillo.com](http://gordillo.com), con el buscador de Google que se halla al comienzo de dicha página web.

Aún más, ese obligatorio cumplimiento de pronunciamientos internacionales se extiende a todos los órganos de aplicación de los tratados, según resulta del entramado de casos constituido por los clásicos fallos de la CSJN como se juzgó en Arce, Girolodi, Gramajo, Priebke, interpretando los hechos y valores en juego en el campo internacional, que recordamos en “La creciente internacionalización del derecho,” en [www.gordillo.com/articulos/art47.pdf](http://www.gordillo.com/articulos/art47.pdf) . Un grupo de más de trescientas universidades del mundo, llamado COIMBRA pues allí se constituyó por primera vez, está trabajando, en paralelo, con la internacionalización de la enseñanza superior. El camino está claro para quienes, como **Miguel Ángel**, tengan la capacidad del saber ver, *sapere vedere*.

Una diferente interpretación de esos hechos y valores, a la luz de una visión diversa de nuestra Constitución nacional, se encuentra ahora en pronunciamientos actuales de la CSJN.

Nuestra justicia actual, pues, no ve como objetivo satisfacer las propuestas de **Adam Smith** para la riqueza de las naciones. Pareciera dirigirse a la hipótesis de **J. Bradford Delong**.

La reforma de la justicia que proyecta el ejecutivo parece así una tarea indispensable, aunque de muy difícil concreción.

## **5. LOS INTENTOS INTERNOS ACTUALES DE INCIDIR REVISORAMENTE SOBRE LOS PRONUNCIAMIENTOS INTERNACIONALES**

Siempre tenemos intentos de oponernos a cumplir o considerar legítimas las sentencias internacionales, lo cual retroalimenta el sistema que está en la base de nuestro problema.

Es el eterno dilema de nuestra interpretación de los hechos, valores y normas en juego, desde nuestra perspectiva nacional, versus todo ello **interpretado por tribunales internacionales, con un enfoque internacional diferente de nuestro enfoque nacional.**

Siempre pensé que debe prevalecer la sumisión al orden global o internacional. Me remito al artículo de Internet que acabo de citar más arriba y a mi artículo “*Access to Justice, Legal Certainty and Economic Rationality*,” en el libro colectivo *Values in Global Administrative Law*, dirigido por **Gordon Anthony, Jean-Bernard Auby, John Morrison** y **Tom Zwart** y publicado por Hart en Oxford, Gran Bretaña y Portland, Oregon, Estados Unidos, en 2011. El artículo se encuentra reproducido en el tomo 11 del *Tratado de derecho administrativo y obras selectas*, p. 7 y ss., accesible sin costo en el mismo sitio web [gordillo.com](http://gordillo.com).

Lo he explicado también, desde otro ángulo, en una exposición denominada “La eficacia del sometimiento a la jurisdicción extranjera,” cuyo video se encuentra por igual en [gordillo.com](http://gordillo.com), sección Charlas, 8 de abril de 2015.

## **6. NO SEAMOS UN ESTADO INCUMPLIDOR DEL ORDEN INTERNACIONAL: NOS PERJUDICA**

Hace mucho que en el mundo no nos hace respetables transgredir nuestras obligaciones internacionales, cuando debemos aspirar a ser en ese ámbito un Estado de

Derecho, una democracia en vías de consolidación a los ojos de los demás países desarrollados.

Podemos debatir internamente, pero no incumplir internacionalmente. El costo es demasiado alto y a la postre el esfuerzo es ineficaz o, más aún, contraproducente en términos de intercambio de exportaciones, inversiones, confiabilidad, crédito externo, desarrollo, pobreza.

Busquemos, como país, alejarnos de los estados incumplidores o “Rogue States,” los que no siempre cumplen con las reglas de juego a que han adherido. La milenaria doctrina de los actos propios es aplicable, tanto como el igualmente universal principio de la buena fe.

Es lo que pareciera mejor atender al bien común nacional y al buen orden global en el que queremos estar insertos, como las democracias desarrolladas en el seno de la OCDE donde queremos pero aún no podemos ingresar, pues no hemos hecho las reformas legislativas internas que nos son requeridas para estar legalmente en un pie de igualdad y poder ser un socio más de la Organización.

## **7. EVITEMOS LOS JUICIOS EXTERNOS, HACIENDO QUE NUESTRA JUSTICIA FUNCIONE A TIEMPO Y EFICAZMENTE, PARA IMPEDIR LA EJECUCIÓN DE ACTOS ILEGALES**

Hay mucho que la justicia argentina puede hacer, antes que nos demanden internacionalmente y nos condenen: Es prever y prevenir en primer lugar que tales daños ocurran.

Ya que los jueces no pueden, en el mundo actual, impedir que los juicios internacionales contra la Argentina avancen o que las sentencias internacionales se cumplan, sí pueden impedir que tengan lugar.

Pueden evitar que el daño se cometa, con medidas precautorias, inmediatas y urgentes, sanciones pecuniarias o de otra índole, conminatorias para los funcionarios y las administraciones que se niegan a cumplir los mandatos judiciales, imponiendo oportunamente el respeto a la ley, impidiendo la materialización del daño indemnizable

en sede mundial. Para ello, empero, necesitan tomar conciencia que a su fracaso nos espera la pobreza y la justicia internacional, que no perdona como a veces lo hace la justicia interna. Y que los hechos y valores en juego están, desde siempre, bajo el prisma internacional. No es lo que pensemos nosotros, es lo que piense el mundo desarrollado.

Entonces sí seremos un pleno Estado de Derecho, una democracia consolidada que se gana respeto en el mundo en lugar de condenas por incumplimientos y violaciones al derecho.

Esas medidas deben ser las que frenen la ilegalidad en su primera manifestación, que no permitan que la violación al derecho se materialice en la ejecución y solo quede la instancia internacional para reparar el perjuicio.

## **8. NOS FALTA ACTUAR EFICAZMENTE EN LA TRINCHERA, PERO PARA ELLO DEBE HABER RESPALDO**

Considero a la justicia el más importante de los tres poderes del Estado y así lo he publicado desde 1962. (Se puede ver el tomo 5, *Primeras obras* -Libro I-, de mi *Tratado de derecho administrativo y obras selectas*, [www.gordillo.com](http://www.gordillo.com).)

Pero en mi profesión de abogado he vivido, durante casi sesenta años, los problemas de la justicia y los abogados litigantes, tanto particulares como de la administración.

No he abandonado la profesión, ni la fe en el derecho y el principio de la justicia natural. Para evitar equívocos, no me referiré a los casos resonantes que llegan a los medios, sino a los casos anónimos del quehacer profesional. Son más difíciles aún.

Para clarificar mi perspectiva debo señalar que además de abogado de la matrícula, he sido en ocasiones Procurador General de la Nación sustituto, carga pública legal que he tratado de desempeñar con honorabilidad e independencia. Aprendí derecho en la procuración del Tesoro de la Nación. He sido juez de seis tribunales internacionales.

He sido y soy árbitro de la Corte Internacional de Arbitraje con sede en París y he desempeñado también otras funciones arbitrales, en el país y en el exterior. Tengo pues respeto, cariño y compromiso por toda cuestión vinculada al Poder Judicial y al sistema arbitral o judicial, nacional e internacional.

Pero también he litigado y litigo como abogado de la matrícula. Mis reflexiones críticas no son pues reflejo de alguien ajeno a uno u otro otro lado del mostrador.

La justicia argentina necesita desde hace décadas saber actuar eficazmente en la trinchera, no en el hospital de campaña o en el mejor quirófano, treinta años después. Para eso es imprescindible considerar inconstitucionales todas las normas que limitan esa potestad judicial de trinchera que nace de la misma Constitución. O derogarlas, si se logra consenso legislativo. Para esta compleja cirugía se anuncian métodos de emergencia.

Ya lo decía el derecho romano: Mejor es preservar el derecho, que proporcionar remedio al derecho vulnerado. Pobre traducción de “*Melius est, intacta jura servare, quam vulneratæ causæ remedium quærere.*”

La realidad histórica de nuestro pasado de hace casi un siglo, es que no podemos tutelar el derecho a tiempo, en largas y complejas instancias cuyas sentencias ni siquiera se cumplen eficazmente, sin que la justicia se inmute.

## **9. CUMPLAMOS TAMBIÉN LAS SENTENCIAS INTERNAS FIRMES Y REGULARICEMOS SU PAGO**

Otra crítica tradicional, que no se refiere al derecho administrativo sino al derecho laboral, es a la llamada “industria” del juicio. Restrinjamos nuestras reservas y limitémosla a los juicios laborales, si de ellos se trata.

Tengamos cuidado de advertir que no se trata de los juicios contra el Estado, que son los que tutelarían la inversión, si funcionaran.



En el caso del derecho administrativo y los juicios contra el Estado, es la administración la que hace esa industria, por el simple procedimiento de no pagar. Es que a un Estado con déficit fiscal se le hizo siempre difícil o imposible pagar **a todos, de inmediato**.

En mis tiempos de la Procuración del Tesoro de la Nación, desde 1961 a 1968, era una opinión usual que el rol del Secretario de Hacienda de entonces era cuidar los pesos que se gastaban en el gobierno.

Cuando se reúnen los funcionarios de la administración con los representantes técnicos de un consorcio empresario, según una anécdota que de antaño cuenta **Mairal** (hoy en día hay que aclarar **Héctor** y no **Pedro Mairal**), automáticamente se dividían en distintos grupos, por un lado. los que tenían a su cargo respectivamente la ejecución y el control de la parte técnica o material de la obra. Por el otro lado de la mesa de negociaciones se reunían los representantes del sector financiero de las empresas y del gobierno, que discutían el flujo de caja.

Si el Estado no imprime dinero libremente, debe siempre ver el orden en que gasta el dinero a medida que ingresan la recaudación y el crédito público.

Los pagos de sentencias, por ejemplo, se suelen hacer según su orden de antigüedad, en la medida que haya plata para hacerlo. Cuánto se asigna a esa partida y cuánto a las necesidades corrientes de inversión del Estado, por ejemplo, lo resolvía, en aquellos lejanos tiempos, la vieja Secretaría de Hacienda.

En cambio los sueldos, sí o sí, los tenía que pagar puntualmente o le incendiaban el edificio. (Era una figura de lenguaje, por supuesto.) No ocurría lo mismo con los pagos a terceros, que era necesario priorizar entre sí a medida de los ingresos públicos.

A resultas de esa realidad, por un juicio que se ganó en las tres instancias, iniciado en 1983, hace 34 años, el mes pasado acabo de dar poder amplio a un colega amigo para iniciar los trámites judiciales y administrativos necesarios para intentar cobrar las costas reguladas y firmes.

Ha habido demora mía también, pues todos los demás letrados ya han hecho los trámites para intentar percibir sus respectivos créditos. Ocurre que con el transcurso de las

décadas de juicio y de vida, a veces se termina perdiendo interés anímico para defender no ya el derecho ajeno sino ahora sus propios intereses. Es mi caso.

En el juicio principal el trámite de ejecución de sentencia llevaba en algún momento veintidós cuerpos. La verdadera industria es históricamente de la administración, que ha tratado siempre de postergar el pago de las obligaciones del Estado.

Es una forma de financiarse, no con el crédito formal sino con el financiamiento involuntario y forzoso del particular que invirtió tiempo y dinero en esa supuesta “industria.” Pero, desde siempre, si no hay plata, no hay derecho. Otra vez el círculo vicioso que impide satisfacer los criterios de Adam Smith para la riqueza de las naciones.

A veces entre la administración y la justicia se pospone el cumplimiento de la sentencia hasta en más de seis años, luego de estar firme y ser definitiva con autoridad de cosa juzgada: No me lo contaron, me pasó a mí. Para el particular, no parece una industria tan rentable que digamos.

Acabo de resolver no iniciar la ejecución de un crédito de honorarios, pues el esfuerzo y el gasto de querer cobrarlo, desvalorizado, años después, excedería con holgura, en el caso, el monto a percibir.

Es más conveniente ni intentar cobrarlo, pues en mi Andalucía verbal, jamás será pagado voluntariamente. No me vienen a golpear la puerta para entregarme el dinero o los títulos de la deuda pública. Eso lo saben la administración, la justicia y los justiciables.

## **10. EN SUMA, CUMPLAMOS EL DERECHO INTERNO Y ACATEMOS LAS SENTENCIAS INTERNACIONALES.**

Por eso debemos aceptar y acatar la reparación internacional, que tiene medios más eficaces de cumplimiento. Por otra parte, si corregimos la causa, las consecuencias internacionales disminuirán o desaparecerán.

Si no las corregimos, los fondos extranjeros de inversión de riesgo seguirán viniendo a comprar barato nuestros créditos internos, pero como inversión extranjera. Perseguirán su cobro en el exterior. Esa industria del juicio externo la creamos con el sistema interno.

No tratemos de evadir las sentencias internacionales que nos condenan por violar el derecho, que ellos interpretan y aplican distinto a nosotros.

Aprendamos de la realidad: Algunos o muchos de nosotros no piensan como ellos. (¿Cómo piensan ellos? Ver, por ejemplo, Kessler, Judd E., "Investment Arbitration, Legitimacy and National Law in Latin America: An Arbitrator's Perspective," en la revista *The American Review of International Arbitration*, Columbia Law School, Center for International and Investment Arbitration, año 2016, volumen 27, número 3, con quien por lo demás coincido, en general.)

Seamos en cambio capaces de evitar, desde la sociedad y la justicia, que la ilegalidad se materialice en nuestro suelo.

Esa es otra de las cosas que hay que hacer en la reforma de la justicia que estudia el Poder Ejecutivo.

Aspiremos a que no haya juicios internacionales contra nosotros porque seamos capaces de impedir a tiempo la vulneración del derecho.

Mientras no podamos otorgar a nacionales y extranjeros ese rango de protección inmediata y urgente, el marco jurídico de la inversión seguirá siendo disfuncional para los argentinos y llevará a los capitales extranjeros a recurrir, cuando violemos sus derechos, a tribunales externos, más las infinitas formas de hacer efectiva la responsabilidad internacional del Estado, como explico en el capítulo VIII de mi *Introducción al derecho*, publicada en 2003 por la editorial La Ley. También hay versiones inglesa, francesa y portuguesa, tanta es mi convicción de que ello es así. Pero esa convicción mía no goza de respaldo generalizado. Todo está en Internet.

¿Queremos inversiones? Entonces primero aceptemos sin ambages las sentencias definitivas de los tribunales internacionales, pues no tenemos un sistema interno que impida la violación de los derechos ajenos y materialice el cumplimiento de la

administración a la ley y a la justicia. Cumplamos también con celeridad las sentencias internas firmes condenatorias del Estado.

Todo lo que hemos expuesto hoy requiere un cambio cultural, difícil si los hay. Pero al menos hay que darle un empujón y principio de sustento normativo, para empezar a tratar de cambiar la realidad que se presenta como un clásico problema insoluble o imposible.

Prestemos atención a lo que ocurre en las democracias desarrolladas. Si queremos alcanzarlas, imitémoslas como a las que ya pertenecen a la OCDE.

El G-20 que presidiremos el año que viene es un foro adecuado para mostrar nuestros esfuerzos y nuestros logros, pero sobre todo, la dirección en que nos movemos.

Como dijo Lao-Tsé hace milenios, un camino de mil millas se empieza con el primer paso. Ya hemos dado varios.