

LAS INVERSIONES EXTRANJERAS, LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS Y LA CLÁUSULA AMBIENTAL* **

FOREIGN INVESTMENTS, ADMINISTRATIVE CONTRACTS AND THE ENVIRONMENTAL CLAUSE

*Lorena Eva Dasenchich****

Resumen: En el presente trabajo se aborda la relación entre las inversiones extranjeras y los contratos administrativos, en especial los de concesión y licencias de servicios públicos, en el período 1990/2015, describiendo el régimen legal nacional aplicable a las referidas inversiones, y en especial, identificando en la jurisdicción nacional las cláusulas ambientales existentes (o la ausencia de ellas), realizando una breve propuesta en relación al futuro de la materia.

Palabras-clave: Inversiones extranjeras - contratos administrativos - servicios públicos - cláusula ambiental.

Abstract: This paper deals with the relationship between foreign investments and administrative contracts, especially those of concession and licenses of public services, in the period 1990/2015, describing the national legal regime applicable to the aforementioned investments, and in particular, identifying in the national jurisdiction the existing environmental clauses (or the absence of them), making a brief proposal regarding the future of the subject

Keywords: Foreign investments - Administrative contracts - Public services - Environmental clause.

Sumario: I. Introducción.- II. Los contratos administrativos no son tratados.- III. La (im)previsión de la cláusula ambiental en el régimen

*Trabajo recibido el 14 de marzo de 2018 y aprobado para su publicación el 29 del mismo mes y año.

**El presente trabajo es parte de los resultados del Proyecto de investigación Tipo A N° 30720150100581CB, año 2016-2017, "Medio Ambiente e Inversiones extranjeras en la República Argentina (Período 1990-2015)" de la Secretaría de Ciencia y Técnica de la Universidad Nacional de Córdoba, dirigido por la Prof. Dra. María Alejandra Sticca.

*** Abogada, Notaria, Maestranda en etapa de elaboración de tesis Maestría en Administración Pública IIFAP, UNC. Auxiliar Docente de Profesor Ayudante "A" Dedicación Simple en Derecho Administrativo, Facultad de Derecho, UNC. Jefe de Departamento Jurídico, Ministerio de Obras Públicas y Financiamiento, Poder Ejecutivo de la Provincia de Córdoba. Miembro del Instituto de Derecho Administrativo "Dr. Félix Sarria", Facultad de Derecho - UNC. (E-mail: lore_dasenchich@hotmail.com).

legal aplicable a las inversiones extranjeras.- IV. El futuro de la relación entre inversiones extranjeras, legislación local y cláusulas ambientales.- V. Palabras finales.- VI. Bibliografía.

I. Introducción

“El mecanismo más común de ingreso de inversión directa extranjera es mediante la celebración de un contrato con un Estado” (1).

Nuestro país celebró durante la década de los '90 tratados bilaterales de inversión (TBI) (2) con más de 50 países y ha sido demandada en aproximadamente 35 arbitrajes internacionales de inversión, en su gran mayoría ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) (3), vinculados a materias de agua potable y saneamiento, transporte y distribución de gas natural y electricidad o telecomunicaciones. En consecuencia, puede afirmarse que la referencia “contratos”, en el período de estudio, implica la suscripción y ejecución de *contratos administrativos* (4) *de concesión*

(1) Conferencia de Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo UNCTAD: *International Investment Agreements: Key Issues*, Vol. II, United Nations, New York, 2004, p. 1. Referenciado por CASTILLO ARGANARÁS, Luis F. “Contratos de Estado. Inversión extranjera y derecho internacional público”, *Ámbito Jurídico*, Río Grande-Brasil, 2010 http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7321 Fecha de consulta: enero de 2018.

(2) Se entiende, en el marco del proyecto de investigación, por TBI a los tratados celebrados entre Estados cuyo objetivo principal es la protección y promoción de inversiones extranjeras, los que, si bien establecen algunas obligaciones para los inversionistas, son, en general, meramente contractuales y no de otra naturaleza como podría ser la protección del medio ambiente frente a posibles impactos producidos por la inversión.

(3) Nuestro país ha sido demandado en menor proporción bajo el Reglamento de Arbitraje CNUDMI (UNCITRAL) y en la Cámara de Comercio Internacional (ICC).

(4) En términos generales la Corte Suprema de Justicia de la Nación afirma que un contrato administrativo puede conceptualizarse como un “acuerdo de voluntades (NCCC habla de consentimiento) en el que: 1) una de las partes intervinientes deber ser una persona estatal, centralizada o descentralizada, incluyendo los entes públicos no estatales (colegios profesionales, tribunales de disciplina) y privados (concesionarias de servicios públicos, institutos de enseñanza privados, por ejemplo) que ejerzan función administrativa por delegación. Ojo la jurisprudencia ha tenido fallos contradictorios en relación a la exigencia de la presencia de persona jurídica estatal; 2) cuyo objeto está constituido por un fin público o propio de la Administración y/o contiene cláusulas exorbitantes del derecho privado; y 3) debe ser celebrado cumplimentando las formas del derecho público”. La formación de un contrato administrativo, requiere la fusión de al menos dos voluntades (la de un ente público, y la de otro ente público o un particular) y para llegar a ese “consentimiento” en los términos del NCCC, deben atravesarse distintas etapas. El proceso de formación de la voluntad en un contrato es un “proceso complejo”, formado de distintas fases o etapas, previas (incluyen los procedimientos de selección del contratista, mediante contrataciones directas, licitaciones, etc.) y posteriores a la firma del contrato administrativo, que lo complementan y condicionan. ÁVALOS, Eduardo - BUTELER, Alfonso - MASSIMINO, Leonardo. *Derecho Administrativo 1*, Alveroni, Córdoba, 2014, pp. 177 y ss.

y licencias(5) de servicios públicos(6), entre el Estado argentino y un concesionario o licenciatario, cuyos accionistas directos o indirectos son nacionales de otro Estado(7). Se vislumbra entonces, una posible colisión de intereses, el interés privado del inversor extranjero en proteger sus activos (hacer rentable su inversión), expresado en las cláusulas

(5) Si bien existen diferencias conceptuales entre las figuras de la concesión y la licencia, algunos autores entienden que en nuestro país los términos fueron usados indistintamente, según las costumbres de los países originarios de las inversiones extranjeras interesadas en las privatizaciones de la década del '90 en cada uno de los sectores. Así, por ejemplo, se utilizó el término concesión para el servicio público de agua potable (decreto 999/1992 fondos franceses y españoles), y licencia en el caso de la telefonía (decreto 1185/1990, fondos italianos). También se utilizaron otras figuras como la habilitación, permisos y autorización. Lo importante radica en la existencia de una transferencia de roles hacia la iniciativa privada (que gestiona una prestación esencialmente pública), asumiendo el Estado el papel regulador de las condiciones económicas, técnicas y sociales en las que debían ser prestados. ALTAMIRA GIGENA, Julio Isidoro. *Lecciones de Derecho Administrativo*, Advocatus, Córdoba, 2005, pp. 271/274. En cuanto que tanto las concesiones como las licencias tienen una naturaleza jurídica contractual de derecho administrativo.

(6) La *noción de servicio público* sigue siendo poco clara en nuestro país y en el extranjero. Su concepción cambia al compás de la vida social. No obstante, existe acuerdo sobre la necesidad de “reservar una actividad” bajo un “régimen jurídico especial” de derecho administrativo y ofrecerla al usuario con “carácter obligatorio”. La reglamentación y control del servicio deben estar a cargo del Estado, lo demás debe dejarse a los agentes económicos de un mercado libre. Las notas esenciales del concepto de servicio público son actualmente: 1) la necesaria calificación legal de una actividad como servicio público; 2) que esa actividad sea esencial para la comunidad; 3) la calificación referida presupone generalmente la incorporación de la actividad al quehacer estatal, excluyéndola del sector en el cual rige la libre iniciativa privada, pudiendo transferir o no la *publicatio*; 4) debe ofrecerse al usuario con carácter obligatorio, conservando siempre el Estado poderes de dirección y control. SESIN, Domingo J. *El derecho administrativo en reflexión*, Rap, Buenos Aires, 2011, p. 304. En relación al *contrato de servicios públicos*, tiene una naturaleza muy especial que lo diferencia de los contratos en general y de los públicos en particular: 1) *Es contrato*, porque tiene como base un acuerdo de voluntades; 2) *Es público*, porque está sometido a normas de derecho público; 3) *Es concesión*, porque comprende la atribución de facultades y privilegios de naturaleza pública que en principio ningún particular puede ejercer en beneficio exclusivamente propio con exclusión del bien común que funda su destino de uso público; 4) *Es servicio público*, porque su objeto de explotación consiste en el resultado efectivo del ejercicio por parte del Estado, de su potestad de sustraer, total o parcialmente, del terreno del libre mercado la satisfacción de determinada necesidad de naturaleza económica para someterla a un régimen de derecho público, de control y de regulación, para garantizar el acceso obligatorio a la generalidad de la población por considerar que éste es imprescindible para cumplimentar debidamente la garantía de derecho humano fundamental, de rango constitucional y supra constitucional, a gozar de un nivel de vida adecuado, todo ello en cumplimiento de su finalidad de esencial conducción consensuada de la comunidad hacia el bienestar general guiado por principios fundamentales de justicia social; 5) *Es emergencia*, porque así se ha invocado expresamente tanto en la ley 25561 como en sus prórrogas para establecer las reglas de recomposición de los contratos a través del empleo explícito de decretos delegados (artículo 76 CN). PÉREZ HUALDE, Alejandro. “Reflexiones sobre renegociación de contratos de servicios públicos”, en CUADROS, Oscar A. *et al. Cuestiones de Contratos Administrativos*, Rap, Buenos Aires, 2007, pp. 476/477.

(7) GALEANO, Juan José. “Contratos administrativos y jurisdicción internacional. Algunas observaciones críticas a la práctica de los arbitrajes CIADI”, en CUADROS, Oscar A. *et al. Cuestiones de Contratos Administrativos*, Rap, Buenos Aires, 2007, pp. 417/437.

del TBI y protegido por el derecho internacional público, y el interés común (8), que sirve de fundamento al régimen legal de los contratos administrativos, de naturaleza eminentemente local, mutable (si el interés público lo exige) y con cláusulas exorbitantes ajenas al derecho privado (9).

El presente trabajo tiene por objetivo entonces, describir el régimen legal nacional aplicable a las inversiones extranjeras, y en especial, identificar en la jurisdicción nacional las *cláusulas ambientales* (10) existentes (o la ausencia de ellas), realizando una breve propuesta en relación al futuro de la materia abordada.

II. Los contratos administrativos no son tratados

Según la doctrina administrativa tradicional, en virtud del interés público comprometido, la contratación administrativa es por principio ajena al arbitraje (11). Reafirma esta postura lo decidido por el CIADI en el caso “Aguas de Aconquija” (12) en cuanto “*la acción motivada en un tratado no puede asimilarse a la acción motivada en un contrato*”, y la Corte Permanente de Justicia Internacional en el caso Empréstitos Serbios: “*cualquier contrato que no es un contrato entre Estados en su condición de sujetos de derecho internacional está basado en el derecho nacional de un país*” (13).

(8) La definición y contenido del interés público y el bien común constituye un elemento teleológico de la materia. La doctrina nacional más reciente, como la que expresa Carlos BALBÍN (*Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, La Ley, Buenos Aires, 2008, pp. 20 y ss.), se refiere a intereses colectivos y que la razón de ser de la actividad estatal es la satisfacción de los derechos individuales, sociales y colectivos, donde el Estado (democrático, que da participación a las minorías y garantiza condiciones igualitarias y respeto a la autonomía de la voluntad) sólo debe intervenir con el objeto de garantizar el ejercicio cierto de esos derechos. Por su parte la Corte Interamericana de Derechos Humanos en sus Opiniones Consultivas OC-5/1985 y OC-6/1986, refiere que “*Es posible entender el bien común, dentro del contexto de la Convención, como un concepto referente a las condiciones de la vida social que permiten a los integrantes de la sociedad alcanzar el mayor grado de desarrollo personal y la mayor vigencia de los valores democráticos. En tal sentido, puede considerarse como un imperativo del bien común la organización de la vida social en forma que se fortalezca el funcionamiento de las instituciones democráticas y se preserve y promueva la plena realización de los derechos de la persona humana*”. GRANEROS, Fernando E. “El interés público y el bien común frente a las nuevas demandas de las personas: nueva conceptualización de ciudadanía y gobierno”, en VIALE, Claudio M. *et al. La persona humana y la Administración Pública. Gobierno, Gobernabilidad y Gobernanza*, Rap, Buenos Aires, 2012, pp. 77/86.

(9) ALTAMIRA GIGENA, Julio Isidoro. Ob. cit., nota al pie 5, pp. 271/272.

(10) Se entiende, en el marco del proyecto de investigación, por cláusula ambiental a “toda aquella disposición que refiere directa o indirectamente a la protección/preservación del medio ambiente en general o de un sector en particular”.

(11) MARIENHOFF, Miguel S. *Tratado de derecho administrativo*, Tomo 3A, 2ª edición actualizada, Abeledo Perrot, Buenos Aires, pp. 595-610.

(12) Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) dependiente del Banco Mundial, Caso “Compañía Aguas de Aconquija SA and Vivendi Universal v. Argentine Republic”. Case N° ARB/97/3. Decisión sobre el pedido de nulidad. 2002. Par. 113. TBI entre Francia y Argentina.

(13) Case of Serbian Loans (“France vs. Kingdom of Serbs, Croats and Slovenes”), 1929 P.C.I.J. (Ser. A) N° 2021, p. 41.

El punto es vital ya que según cómo se lo enfoque depende la arbitrabilidad de la diferencia y el derecho aplicable a la disputa (14).

En 1993 mediante el decreto 1853 se aprobó el texto ordenado de la ley 21382 (de inversiones extranjeras) con el objeto de favorecer los procesos de inversión en actividades productivas, explicitándose la igualdad de trato entre inversores nacionales y extranjeros (15).

Al año siguiente, la Argentina ratificó el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados (Convenio CIADI), para someter a arbitraje determinadas controversias ante tribunales “ad hoc” (16).

Los TBI hoy vigentes, que suscribió la Argentina con otras naciones en la década del '90, fueron la vía de entrada del capital extranjero en los procedimientos administrativos de selección (licitaciones públicas internacionales en la mayoría de los casos) que se llevaron a cabo a los fines de adjudicar los distintos servicios.

Ahora bien, la crisis desatada en diciembre del 2001 y las medidas que se tomaron *a posteriori* (abandono de la convertibilidad, pesificación y congelamiento de las tarifas exigiendo al mismo tiempo a los prestadores que continuaran cumpliendo las obligaciones a su cargo, contratos renegociados, concesiones rescindidas o directamente prestadoras “nacionalizadas” (17)), fundamentaron los reclamos de los accionistas extranjeros de las empresas concesionarias o licenciatarias de servicios públicos en contra de nuestro país ante el CIADI.

La doctrina nacional ha cuestionado la actuación del tribunal arbitral, entre otras varias razones, ya que terminó condenando a nuestro país por la afectación de derechos que tienen su origen en el régimen jurídico de la concesión o licencia (como por ejemplo las cuestiones tarifarias), es decir, derechos cuya titularidad correspondía a

(14) BARREGUIRE, Jorge y otra. “Acuerdos internacionales de inversión, sustentabilidad de inversiones de infraestructura y medidas regulatorias y contractuales”. Comisión económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), Naciones Unidas, junio 2010, p. 27.

(15) *Artículo 1º - Los inversores extranjeros que inviertan capitales en el país en cualquiera de las formas establecidas en el artículo 3º destinados a la promoción de actividades de índole económica, o a la ampliación o perfeccionamiento de las existentes, tendrán los mismos derechos y obligaciones que la Constitución y las leyes acuerdan a los inversores nacionales, sujetos a las disposiciones de la presente ley y de las que se contemplen en regímenes especiales o de promoción.*

(16) *Artículo 42.1) - El Tribunal decidirá la diferencia de acuerdo con las normas de derecho acordadas por las partes. A falta de acuerdo, el Tribunal aplicará la legislación del Estado que sea parte en la diferencia, incluyendo sus normas de derecho internacional privado, y aquellas normas de derecho internacional que pudieren ser aplicables.*

(17) Ley 25561 (BO 05/01/2002) que derogó los indicadores de precios basados en índices extranjeros, pesificó las tarifas y sujetó los contratos de obras y servicios públicos a un proceso de renegociación contractual, entre otras medidas. Esta situación generó el retiro de inversores internacionales y el ingreso de inversores nacionales de oportunidad (con menor capacidad de inversión y operación y la clara intención de obtener tasas de retorno más altas a más corto plazo).

la sociedad prestadora del servicio público (y por ende sujeta al derecho nacional), y no a los accionistas extranjeros (18). A modo de ejemplo, podemos mencionar el caso “Azurix” (19) (relativo a la frustración de una concesión de agua potable y desagües cloacales en la Provincia de Buenos Aires), donde en el pliego de la concesión se previó la jurisdicción exclusiva de la Suprema Corte Provincial y la renuncia expresa a cualquier otra (20) -lo que fuera aceptado por Azurix Corp. y la concesionaria-, sin perjuicio de lo cual el tribunal arbitral condenó a la Argentina a pagar más de 165 millones de dólares y rechazó la excepción de jurisdicción interpuesta por nuestro país.

Castillo Argañarás (21) referencia que el fundamento de la tendencia a la internacionalización de este tipo de contratos, reside en la protección de las inversiones mediante el arbitraje, a los fines de establecer un balance entre las partes, prevenir que el Estado evada sus obligaciones contractuales modificando su derecho interno (22) y evitar la falta de imparcialidad de los tribunales nacionales. Ahora bien, no podemos olvidar el texto de la Convención de Viena vigente desde 1980, que dedica un artículo especial (23) para que los países de sistemas federales como el nuestro no puedan invocar

(18) GALEANO, Juan José. Ob. cit. En nota al pie 40 se mencionan los casos “CMS”, “Azurix” y “LG&E”.

(19) “Azurix Corp. c. República Argentina (ARB/01/12).

(20) Durante el proceso de licitación, frente a un pedido de aclaración de una oferente en relación al alcance de la cláusula de jurisdicción local en relación a los arbitrajes previstos en los TBI firmados por la Argentina, la comisión de privatización respondió *“la jurisdicción aplicable a cualquier controversia que pueda suscitarse entre las partes es la contencioso-administrativa de la ciudad de La Plata. Sin perjuicio de ello, se aclara que el Pliego ha previsto expresamente la renuncia a cualquier otro fuero o jurisdicción”*.

(21) ARGANARAZ, Luis F. Ob. cit.

(22) Las emergencias han afectado a los contratos administrativos *“en lo relativo a la ecuación económica financiera de los mismos, el posponerse los pagos por parte de la Administración, la escasez de los materiales, la falta de circulante, las cuasi monedas locales (...), la falta de registración bancaria de las mismas, la inexistencia de mercado muchas veces, etc., fueron signos evidentes que en el período de la última emergencia de 2001-2001 dichas causas afectaron los contratos administrativos. Ello llevó a la necesidad de la renegociación de los mismos”*. FARRANDO, Ismael. “La emergencia pública y los contratos administrativos”, en CUADROS, Oscar A. *et al. Cuestiones de Contratos Administrativos*, Rap, Buenos Aires, 2007, pp. 417/437, p. 845. En este sentido, el numeral 2.1 de la resolución ME 20 (BO 18/03/2002), que establecía los objetivos y alcances del proceso de renegociación de los contratos, dispuso como principal objetivo del proceso, procurar en la medida de las posibilidades y “con el criterio de sacrificio compartido”, adecuar de común acuerdo los contratos de concesión y/o licencia durante el período de emergencia.

(23) Convención de Viena (firmada el 23/5/1969, 27/06/1980, entrada en vigencia) *Artículo 27. - El derecho interno y la observancia de los tratados. Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46. Artículo 46. - Disposiciones de derecho interno concernientes a la competencia para celebrar tratados. 1) El hecho de que el consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado haya sido manifiesto en violación de una disposición de su derecho interno concerniente a la competencia para celebrar tratados no podrá ser alegado por dicho Estado como vicio de su consentimiento, a menos que esa violación sea manifiesta y afecte a una norma de importancia fundamental*

el derecho local en perjuicio de la obligación internacional (24), y las proyecciones a futuro que puedan surgir de la doctrina fijada por nuestro máximo tribunal en el fallo “Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto” (25) en relación a la primacía final de la Constitución Nacional sobre los Tratados Internacionales, incluso sobre aquellos a los que el Constituyente de 1994 le ha reconocido carácter complementario y otorgado jerarquía constitucional (cfr. considerandos 16, 18 y 19 del voto de la mayoría).

III. La (im)previsión de la cláusula ambiental en el régimen legal aplicable a las inversiones extranjeras

En general, los títulos habilitantes (contratos de concesión o licencias) y marcos regulatorios (26) omitieron incluir de manera expresa y específica previsiones en relación a las cuestiones ambientales (sea en relación a responsabilidades por daños ambientales, gestión de riesgos, previsión de inversiones y/o inclusión de nuevas tecnologías a los fines de hacer efectivo el principio precautorio, y el impacto de las mismas en las tarifas), únicamente se limitaron a realizar consideraciones generales y abstractas sobre el tema, dando lugar a oscuridades, vacíos o lagunas normativas.

En igual sentido, llama la atención la ausencia de cláusulas ambientales en la mayoría de los TBI que suscribió nuestro país. Esto tiene consecuencias directas en los casos que llegaron al CIADI en las que se plantearon cuestiones ambientales relacionadas a la ejecución de los contratos de concesión o licencia.

Como por ejemplo, el reciente rechazo por el CIADI, con fecha 5 de mayo pasado (27), de la solicitud de anulación del fallo que condenó a nuestro país a pagar cifras millonarias a Suez, Agbar y Vivendi, originadas en la rescisión por culpa del contrato de concesión de Aguas Argentinas SA (hoy AySA). La frustración de la concesión ocurrió durante el año 2006, en el marco de un importante conflicto político y ambiental

de su derecho interno. 2) Una violación es manifiesta si resulta objetivamente evidente para cualquier Estado que proceda en la materia conforme a la práctica usual y de buena fe.

(24) BIGLIERI, Alberto. “Del derecho global de las contrataciones públicas y su recepción local”, Ponencia en el XI Congreso Iberoamericano Regulación Económica, Infraestructura y Servicios Públicos. Infraestructura pública y desarrollo económico y social, organizado por la Asociación Iberoamericana de Estudios de Regulación Asier y la Universidad Católica Argentina, 23 al 25 de noviembre de 2016.

(25) CSJ 368/1998 (34-M)/CS1 Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/informe Sentencia dictada en el caso ‘Fontevecchia y D’Amico vs. Argentina’ por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

(26) Relativos a los servicios públicos de provisión de agua potable y desagües cloacales (ley 23696 y decreto 999/1992), de transporte y distribución de electricidad (ley 24065 y decreto 1398/1992), de transporte y distribución de gas natural (ley 24076) y de las telecomunicaciones (decreto 1185/1990).

(27) Centro internacional de arreglo de diferencias relativas a inversiones/CIADI en el proceso de anulación entre Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. y Vivendi Universal S.A. -Demandantes- y la República Argentina -Demandada- Caso CIADI ARB/03/19. Decisión sobre la solicitud de anulación de Argentina.

originado en la provisión por la concesionaria de agua con elevadísimos niveles de nitrato (28), superando los establecidos como límite en la normativa vigente y afectando en consecuencia la salud pública de más de 800 mil personas de los partidos bonaerenses de La Matanza, Lomas de Zamora, Quilmes y Almirante Brown (29). La discusión versaba sobre la afectación de los derechos humanos a la vida y al acceso al agua potable, entre otros, y el interés público comprometido, cuestión que no fue objeto de valoración en la jurisdicción internacional.

Ahora bien, ¿Cuáles fueron las razones de esta “omisión”? Podemos aventurar: 1) lo incipiente del paradigma ambiental, recordando que fue la reforma de nuestra Constitución Nacional del año 1994 la que incorporó los principios internacionales sobre la materia a nuestro sistema constitucional, artículos 41 y 75 inciso 12, y recién en el año 2002 se aprobó la ley de presupuestos mínimos ambientales, ley general de ambiente 25675; 2) la necesidad de promover la inversión extranjera, entendiendo quizás que las previsiones ambientales encarecerían u obstaculizarían la llegada de fondos; 3) la inexistencia de una ciudadanía participativa consciente de sus derechos y de los medios para hacerlos valer; 4) el escaso desarrollo de jurisprudencia en torno a los conflictos ambientales y del rol proactivo del juez en ellos (30).

(28) “Municipalidad de Berazategui c. Aguas Argentinas SA s/ordinario”. La Municipalidad de Berazategui inicia acciones judiciales en contra de la concesionaria Aguas Argentinas SA donde solicita que se condene a la mencionada empresa a ejecutar las obras necesarias para el inmediato cese de la contaminación de las aguas del Río de la Plata, repare los daños ambientales e indemnice los daños civiles causados por la contaminación. Posteriormente amplía pretensión contra el Gobierno Nacional, atento que Contrato de Concesión aprobado por el decreto 787/1993 preveía como principales obras la construcción de la Cuarta Cloaca Máxima en Avellaneda y de una planta depuradora de líquidos cloacales en Berazategui durante el primer quinquenio de la concesión, las que a partir de la renegociación del contrato de concesión ordenada por los decretos 149/1997 y 1167/1997 fueron postergadas injustificadamente por decisión de la concesionaria y del Estado Nacional hasta el Quinto Quinquenio, privilegiando obras de menor exigencia e incorporando otras que, en realidad, constituían incumplimientos de determinados compromisos acordados en el originario Contrato de Concesión, todo ello en el marco del nuevo Plan de Saneamiento Integral. En este contexto, la Municipalidad requiere, como medida cautelar innovativa, que se ordene a la empresa demandada la presentación y posterior ejecución de un plan para la construcción de la planta de tratamiento de los efluentes cloacales que, actualmente, continúan vertiéndose en las aguas del Río de la Plata. La Sala II de la Cámara Federal de Apelaciones de La Plata revoca la decisión del juez de primera instancia y hace lugar a la medida cautelar solicitada con fecha septiembre de 2003. En septiembre de 2004 se celebra un Acuerdo entre el Municipio accionante y la Subsecretaría de Recursos Hídricos y la concesionaria para la realización de ciertas obras, ratificado por decreto 1885/2004. La Cámara mencionada se niega a la homologación del referido acuerdo, expidiéndose nuestra Corte Suprema de Justicia con fecha septiembre de 2009, ordenándole al Estado Nacional a culminar las obras previstas en el convenio de 2004, CSJN, 28/07/2009, “Municipalidad de Berazategui c. Aguas Argentinas SA - Recurso de hecho”.

(29) Decreto nacional 303/2006, BO 21/03/2006.

(30) En el período de estudio la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha marcado importantes estándares en materia de servicio potable de agua, transporte de energía eléctrica, antenas de telefonía celular, etc. A modo de ejemplo, fallo “Municipalidad de Berazategui c. Aguas Argentinas SA” 2009; “Líneas de Transmisión del Litoral S.A. (LITSA) c. Corrientes, Provincia de s/acción

En relación al segundo nivel de gobierno, el Contrato de Concesión de la Red de Accesos a la Ciudad de Córdoba (RAC) en la Provincia de Córdoba, por ejemplo, menciona la palabra “ambiente” una única vez en el artículo 10.6, al hablar del Reglamento de explotación de la RAC, señalando que el mismo *“deberá respetar las medidas de protección del medio ambiente determinadas en el Anexo de especificaciones técnicas generales y el marco regulatorio”*.

El Anexo de especificaciones técnicas generales prevé la “Gestión Ambiental” sólo en el artículo 13.9(31), abordando tres puntos que ocupan sólo una página:

“13.9.3. En lo que se refiere a los efectos que produzca el tránsito automotor sobre el ambiente (p. ej. calidad del aire, niveles de ruido, etc.), o del ambiente sobre la red, el concesionario deberá colaborar con el Órgano de control a los fines que éste pueda elaborar y llevar a cabo un Programa de Monitoreo. Si como consecuencia del resultado de la aplicación del Programa surgiera la necesidad de realizar acciones NO previstas las mismas podrán ser convenidas entre el concesionario y el concedente, reservándose el concedente el derecho de realizar dichas acciones por la vía que estime conveniente” (32).

Mientras que el Marco Regulatorio plantea una cláusula general de protección del medio ambiente *“Artículo 4° - Condiciones. El Concesionario deberá tomar las medidas necesarias para que los servicios sean prestados en condiciones que garanticen su continuidad, calidad y seguridad para una eficiente prestación a los usuarios y protección*

declarativa” 1999; Mendoza 2006 sobre contaminación en el Riachuelo provincia de Buenos Aires; Salas, Dino, 2008 sobre protección del bosque nativo en la Provincia de Salta; “Halabi”, 2009, entre otros.

(31) A los efectos de lograr los resultados de preservar el medio ambiente, el concesionario deberá respetar lo planteado en el “Manual de evaluación y gestión ambiental de obras viales” editado por la Dirección Nacional de Vialidad en julio de 1993, o por otras fuentes de similar autoridad y reconocida incumbencia en la materia de acuerdo a la propuesta que en tal sentido proponga el órgano de control o el concesionario. En este último caso el órgano de control deberá expedirse sobre la propuesta con el objeto que el concedente pueda llevar adelante el monitoreo de la red de accesos sobre todos aquellos aspectos vinculados al ambiente, y con el fin de supervisar las acciones para determinar el impacto que se pudiera producir, el concesionario deberá informar en tiempo y forma al órgano de control con respecto a las acciones que prevé ejecutar y requieran, por parte del órgano de control la supervisión y/o autorización. en el caso que resultare necesario, junto con las acciones se deberán proponer las medidas de mitigación que correspondan a los fines de su aprobación por el órgano de control.

13.9.2. Bajo la denominación “Ecología y Estética” correspondiente al capítulo 6 del sub anexo A-I (versión actualizada), se tratarán todos aquellos aspectos que hacen a la relación entre la red de accesos y el medioambiente en el que ésta se desarrolla. A partir del llenado de la Planilla-Tipo según el Cuadro número 3, mencionado en el punto 6.4, del citado sub anexo, se deberá elaborar e implementar el programa de mitigación que se considere pertinente. Esto se deberá hacer extensivo a las obras existentes. Se deberá respetar lo estipulado en la ley provincial número 7343 y su decreto reglamentario número 3290.

13.9.3. En lo que se refiere a los efectos que produzca el tránsito automotor sobre el ambiente (p. ej. calidad del aire, niveles de ruido, etc.), o del ambiente sobre la red, el concesionario deberá colaborar con el órgano de control a los fines que éste pueda elaborar y llevar a cabo un programa de monitoreo. si como consecuencia del resultado de la aplicación del programa surgiera la necesidad de realizar acciones no previstas las mismas podrán ser convenidas entre el concesionario y el concedente, reservándose el concedente el derecho de realizar dichas acciones por la vía que estime conveniente.

(32) Los resaltados nos pertenecen.

del medio ambiente”, y dentro de los derechos de los usuarios consagra en el artículo 9, inciso f) “*Medio Ambiente: tomar conocimiento de las planillas de “registro ambiental” que llevará el Órgano de Control conforme lo establecido en el artículo 16° inciso e), y proponer las medidas a tomar para la defensa y mejoramiento del medio ambiente*”.

Ahora bien, ni en la página de Caminos de las Sierras SA (concesionaria), el Ente Regulador de los Servicios Públicos de la Provincia ERSEP o la Secretaría de Ambiente y Cambio Climático dependiente del Ministerio de Agua Ambiente y Servicios Públicos, se publica la realización ni los resultados de este Programa de Monitoreo.

Hoy no podemos negar la influencia directa en estos marcos regulatorios del mandato constitucional de protección del medio ambiente, y la necesidad de su adecuación para permear los principios que le son propios.

De la jurisprudencia de la CSJN surge que esta tutela del medio ambiente “*permite admitir la existencia de un componente ambiental del Estado de derecho*” (“Asociación Argentina de Abogados Ambientalistas de la Patagonia c. Santa Cruz Provincia de y otros / Amparo ambiental”, Fallos: 339:515, 26/04/2016) y que el principio de precaución “*produce una obligación de previsión extendida y anticipatoria a cargo del funcionario público*”; y que, para decidir, la Administración debe “*obtener previamente la suficiente información a fines de adoptar una decisión basada en un adecuado balance de riesgos y beneficios*”, pues no hay “*oposición con la tutela del ambiente y desarrollo sino complementariedad*” (“Salas, Dino”, Fallos: 332:663, 23/03/2009), entre otros.

Es más algunos profesores de derecho administrativo -como Fabián Canda- ya hacen referencia a una *función administrativa ambiental*, con norte en la tutela ambiental, entendiendo que el ejercicio de la *competencia para el órgano o ente administrativo será obligatorio*, ante la amenaza o peligro de daño grave o irreversible al ambiente, pues la ausencia de información o de certeza científica no es causal para posponer u omitir “*la adopción de medidas eficaces*”; afirmando en consecuencia que *no* hay discrecionalidad en la Administración para decidir si se actúa o no (33).

Esta postura coincide con el incipiente desarrollo del “derecho administrativo global” (34) y reflota los debates relacionados a los alcances de la jurisdicción nacio-

(33) http://dpicuantico.com/area_diario/doctrina-en-dos-paginas-diario-ambiental-nro-151-20-04-2017/ Fecha de consulta: enero de 2018.

(34) El derecho administrativo global es el conjunto de instrumentos, principios, prácticas y concepciones sociales, que promueven, o influyen en, la rendición de cuentas y en la supervisión (“accountability”) de las organizaciones administrativas que se sitúan en el plano global, a través, primero, del cumplimiento de estándares adecuados, tales como la transparencia, la participación, la motivación de las decisiones, y el principio de legalidad; y, segundo, mediante el efectivo control y revisión de las decisiones que tales organizaciones adoptan. Entre las organizaciones administrativas de carácter global son de destacar las organizaciones reguladoras de naturaleza intergubernamental, muy formalizadas; las redes y acuerdos de coordinación de reguladores de carácter también intergubernamental, aunque más informales; las organizaciones regulatorias nacionales que operan y trabajan en relación con un

nal en el caso de arbitrajes en el marco del convenio de Washington de diferencias de naturaleza jurídica que surjan de una inversión entre un Estado contratante y el nacional de otro Estado, cuando las decisiones definitivas del respectivo tribunal sean manifiestamente arbitrarias por violación nítida, grave y concluyente al derecho nacional e internacional aplicable (35), en este caso relacionadas a la materia ambiental.

IV. El futuro de la relación entre inversiones extranjeras, legislación local y cláusulas ambientales

En este contexto de títulos habilitantes, marcos regulatorios y TBI que no prevén la cláusula ambiental, cabría preguntarnos en relación a futuras inversiones extranjeras en nuestro país, ¿qué sucede con la ecuación económica financiera de la prestadora de servicios públicos que *no* incorporó en su estructura de costos la gestión del riesgo ambiental (36)?

Aventuro que la respuesta la encontramos en la tarifa.

Recuerda Pérez Hualde (37) que la tarifa que no respete el equilibrio económico financiero del contrato tornará la relación en ruinosa, al impedir al concesionario hacerse de una razonable rentabilidad. Terminará, así, por frustrar la prestación del servicio público, por atentar contra su continuidad y regularidad, situación que llevó a la Argentina a ser demandada ante el CIADI, según lo ya explicitado. Continúa el mismo autor afirmando, que si la tarifa se convierte en excesivamente onerosa para los usuarios, desconocerá la finalidad social pretendida por el legislador cuando sometió la cobertura de esa necesidad colectiva a un régimen de Derecho público de corte exorbitante, extrayéndola de las reglas del mercado. Ésta es la razón por la que la CSJN sentó desde antiguo que toda tarifa de servicio público debe ser *“la necesaria para cubrir el costo del servicio, los gastos de explotación, conservación, renovación y amortización del capital, más una utilidad razonable y justa”* (38), de modo de resguardar -conforme

sistema intergubernamental de carácter internacional; y ciertas organizaciones privadas que ejercen funciones con particular relevancia pública de naturaleza transnacional. KINGSBURY, Benedict - STEWART, Richard B. *Hacia el Derecho Administrativo Global: Fundamentos, principios y ámbito de aplicación*, Global Law Press, Editorial Derecho Global, Sevilla-España, 2015.

(35) JEANNERET DE PÉREZ CORTÉS, María. “Los contratos administrativos, los tratados internacionales y la jurisdicción nacional”, CUADROS, Oscar A. *et al. Cuestiones de Contratos Administrativos*, Rap, Buenos Aires, 2007, pp. 941/955. *“El intento de constituir -mediante el Convenio- un sistema autónomo -para asegurar su eficacia y la protección y promoción de las inversiones- no puede justificar o convalidar, en su caso, la consagración de una grave arbitrariedad, de una nítida violación a la garantía de defensa, a las reglas del debido proceso, y a las normas y principios del derecho nacional e internacional”*.

(36) Desde la inversión en obras o tecnologías para la prevención del daño, el costo de la gestión administrativa y judicial de los conflictos ambientales, hasta la reparación del daño causado y recomposición del ambiente alterado.

(37) PÉREZ HUALDE, Alejandro. “Control judicial de las tarifas de servicios públicos”, La Ley, 2002.

(38) “Compañía de tranvías anglo argentina v. Nación”. Fallos: 262:555 del año 1965.

más tardíamente lo estableciera el artículo 42 de la CN- *“la calidad y eficiencia de los servicios públicos”*. De allí que, lejos de importar un elemento estático, la tarifa debe contemplar el evidente dinamismo del contrato de concesión de servicios públicos, a fin de que el equilibrio inicial obtenido por las partes sea respetado y preservado frente a toda distorsión que acaezca (39).

El carácter de utilidad razonable y justa, es un argumento que se utilizó a *contrario sensu* para limitar las subas tarifarias en relación al “usuario” (considerando 33 fallo “Cepis” (40) y considerando 22 *in fine* del voto del ministro Rosatti) (41), este último especialmente relacionado a la gradualidad del aumento tarifario *“la aplicación del principio de ‘gradualidad’ no debe verse como un obstáculo para compensar el retraso histórico en el valor de las tarifas sino como la condición de posibilidad para su concreción jurídica irreprochable”*. Cabría preguntarse si el mismo argumento se podría utilizar para obligar a la concesionaria a soportar el costo de la gestión del riesgo ambiental, previo ponderar cuál de las partes de la relación contractual se encuentra en mejores condiciones de soportarlo y en qué medida.

Esta postura encontraría sustento en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, el que en su artículo 14 establece: *“En este Código se reconocen: a) derechos individuales; b) derechos de incidencia colectiva. La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos individuales cuando pueda afectar al ambiente y a los derechos de incidencia colectiva”*

(39) Textual, pp. 925/926 <http://www.derecho.uba.ar/docentes/pdf/estudios-de-derecho/008-edp-5-spota.pdf>. Fecha de consulta: enero de 2018.

(40) CSJN. Caso “Centro de Estudios para la Promoción de la Igualdad y la Solidaridad y otros c. Ministerio de Energía y Minería s/amparo colectivo” (18 de agosto de 2016). *“En este sentido, el régimen implementado en la ley 24076 tuvo por objetivos, entre otros, alentar inversiones para asegurar el suministro a largo plazo (artículo 2°, inciso b); propender a una mejor operación, confiabilidad, igualdad, libre acceso, no discriminación y uso generalizado de los servicios e instalaciones de transporte y distribución de gas natural (artículo 2°, inciso c) y asegurar que las tarifas que se apliquen a esos servicios sean justas y razonables de acuerdo a lo normado en la ley (artículo 2°, inciso d). Acorde a ello se previó que, en la determinación de la tarifa se aseguraría el mínimo costo para los consumidores, compatible con la seguridad del abastecimiento (artículo 38, inciso d) (el resaltado nos pertenece). V. Fallos de la Corte Suprema de la Nación, Vol. 339-2, p. 1098 y ss., en particular p. 1116 (Obtenible en <https://sj.csn.gov.ar/sj/tomosFallos.do?method=mostrarTomo&tomoid=427>).*

(41) *Ibidem*, p. 1159. En el párrafo anterior del mismo considerando el Dr. Rosatti expresó: *“El razonamiento anterior no solamente es relevante desde un punto de vista económico sino también desde una perspectiva jurídica, que es la que a los tribunales concierne, pues una relación irrazonable entre monto y capacidad de pago en el cálculo de la tarifa puede convertir a una cuestión técnica, reservada al poder administrador, en una cuestión judicial por afectación de derechos constitucionales vinculados a la subsistencia o a una mínima calidad de vida de los usuarios. Ello así, al punto que existe un límite en el que toda ponderación entre el financiamiento del servicio y la capacidad de pago pierde sentido; se trata de la hipótesis en que la imposibilidad real de pago coloca al usuario frente al corte del servicio, circunstancia que debe merecer la tutela especial de la justicia pues, en este caso, no es posible rescatar técnicamente siquiera un umbral mínimo de un derecho esencial para la subsistencia. Conforme a lo expresado, la aplicación del principio de ‘gradualidad’ no debe verse como un obstáculo para compensar el retraso histórico en el valor de las tarifas sino como la condición de posibilidad para su concreción jurídica irreprochable”*

en general”. En el proyecto se hablaba de las dos especies de derechos de incidencia colectiva reconocidos en el fallo “Halabi” (42) (intereses individuales homogéneos e intereses colectivos), por eso se entiende que el artículo 14 se refiere al género que abarca implícitamente a las dos especies. Y el artículo 240 en concordancia con el artículo 14, habla de que el ejercicio de los derechos individuales sobre los bienes debe ser compatible con los derechos de incidencia colectiva. Es decir, los derechos de incidencia colectiva se constituyen como un límite al ejercicio de los derechos individuales sobre los bienes. Textualmente el artículo dispone que *“El ejercicio de los derechos individuales sobre los bienes debe conformarse a las normas del derecho administrativo nacional y local dictadas en el interés público y no debe afectar el funcionamiento ni la sustentabilidad de los ecosistemas de la flora, fauna, la biodiversidad, el agua, los valores culturales, el paisaje, entre otros”*.

Esta construcción jurídica se ve complementada con el artículo 241 que plantea en referencia a los derechos de incidencia colectiva ambientales que *“(c)ualquiera sea la jurisdicción en que se ejerzan los derechos, debe respetarse la normativa sobre presupuestos mínimos que resulte aplicable”*. ¿Qué quiere decir? Que si bien todas las normas y principios ambientales ya resultaban operativos antes de la reforma del Código Civil y Comercial de la Nación, el artículo 241, al hacer expresa mención de ello, zanja toda discusión que pudiera suscitarse respecto de su aplicación en el ámbito civil y comercial. La incorporación expresa en el Nuevo Código de la mecánica constitucional del presupuesto mínimo de protección ambiental, se constituye como una herramienta jurídica flexible y eficaz para dar respuesta a la complejidad que plantean los conflictos ambientales. En tal sentido, por ejemplo, en materia de responsabilidad civil por daño ambiental, se aplicarán las normas de presupuestos mínimos ambientales al respecto, y aquéllas del ordenamiento civil que sean más tuitivas, es decir, las que superen el piso fijado por el ordenamiento de presupuestos mínimos, o sea, las que protejan más ampliamente el ambiente.

A este nuevo marco normativo, podemos sumar la ley nacional sobre Contratos de Participación Pública Privada (43), que reitera en distintos puntos la necesidad de prever el “equitativo y eficiente reparto de aportes y riesgos entre las partes del contrato” y que expresamente dispone en su artículo 4, inciso k) que se deberá *“Promover el desarrollo de aquellos proyectos que coadyuven a la preservación del medio ambiente y a la sustentabilidad económico, social y ambiental del área donde éstos se ejecutarán, todo ello de conformidad con la legislación y los acuerdos internacionales vigentes en la materia”* (44).

(42) CSJN, “Halabi, Ernesto c. P.E.N. - ley 25783 - dto. 1563/04 s/ amparo ley 16986”.

(43) Ley 27328 (BO 30/11/2016), Decreto reglamentario 118/17 (BO 20/02/2017), a la que adhirió nuestra provincia de Córdoba por ley 10409 (BO 25/01/2017).

(44) El resaltado nos pertenece.

Asimismo en su artículo 5 establece que “(e)n la estructuración de proyectos de participación público-privada, la contratante deberá promover la protección y cuidado ambiental en el ámbito de los mismos, adoptando las medidas de prevención, mitigación, sanción o compensación, según el caso, de los impactos negativos o adversos que eventualmente se ocasionen al ambiente, conforme la normativa vigente y aplicable a cada proyecto. En la documentación contractual deberán especificarse las obligaciones que, a los fines antes indicados, deberán recaer sobre cada una de las partes del contrato de participación público-privada y contener los mecanismos que aseguren el cumplimiento por parte de la contratista de todas las obligaciones que la legislación aplicable pudiere imponerle en esta materia. A estos fines, previo a la aprobación de la documentación contractual, deberá tomar intervención el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sustentable de la Nación”, disponiendo la reglamentación que “(e)n el Pliego y en el Contrato PPP deberán especificarse las obligaciones y responsabilidades de índole ambiental que recaerán sobre cada una de las partes del Contrato PPP”.

Ahora bien, el artículo 2 segundo párrafo incorpora la siguiente previsión: “En los casos en que los contratos de participación público-privada involucren la prestación de servicios públicos regidos por marcos regulatorios específicos, dichos marcos regulatorios resultarán de aplicación a la prestación de tales servicios”, lo que nos lleva a concluir la imperiosa necesidad de reformular los títulos habilitantes y marcos regulatorios actualmente vigentes.

Podemos también mencionar los principios que hacen a la responsabilidad social empresaria y del sector público (ISO 26.000 (45), y dos iniciativas de Naciones Unidas Principios Fundamentales del Pacto Global (46) y los Objetivos de Desarrollo del Milenio (47)). Entendiendo que la primera responsabilidad social del sector privado es ser rentable (sostenible financieramente), mientras que la del sector público es ser eficaz y eficiente, generando valor (percepción de ganancia en el administrado), desde una perspectiva de protección y promoción de los derechos humanos.

En particular, la responsabilidad social ambiental es entendida como la respuesta de una organización por el impacto ambiental que generan total o parcialmente sus decisiones y actividades, basada en los principios de 1) *responsabilidad ambiental*, es decir el reconocimiento de los límites ecológicos de la organización, que es responsable de su propio desempeño y del desempeño de otras organizaciones e individuos dentro de su esfera de influencia; 2) *enfoque precautorio* que ya conocemos, al que se suma el considerar la rentabilidad de la medida, considerando los costos, beneficios y riesgos a largo plazo; 3) *gestión de riesgos*, desarrollando e implementando actividades de toma de conciencia y procedimientos de respuesta ante emergencias para reducir y mitigar

(45) <https://www.iso.org/home.html>. Fecha de consulta: enero de 2018.

(46) <https://www.unglobalcompact.org/>. Fecha de consulta: enero de 2018.

(47) <http://www.un.org/sustainabledevelopment/es/>. Fecha de consulta: enero de 2018.

los impactos y para proporcionar información acerca de los mismo a la comunidad y finalmente; 4) afirmación del principio de que “*quien contamina paga*”, directamente relacionada a internalizar el coste de contaminar y cuantificar los beneficios económicos y ambientales de preferir la prevención a la mitigación de sus impactos (48).

Incluso autores como Lorenzetti (49), hablan de la responsabilidad social del juez (en este caso nacional), afirmando que “(...) *el juez no es precisamente un científico, en el sentido de que su preocupación principal es citar doctrina, jurisprudencia y en virtud de ello construir un concepto normativo preciso. Nunca ha sido así, ya que los jueces no ejercitaron la ratio especulativa, sino la jurisprudencia, es decir, la persuasión, el análisis enfocado en problemas y la búsqueda de pacificación*”. Y en ese esquema no se debería desconocer que “*hay una marcada evolución ya concretada que trasunta de un juez ejecutor de la ley, a un juez con responsabilidad social*” (50).

Sin perjuicio de ello, no podemos olvidar que todos los sujetos intervinientes en las relaciones jurídicas en disputa en los tribunales arbitrales internacionales deben ajustar su conducta al principio de juridicidad (51), ya que sólo de ese modo será posible construir instituciones locales, nacionales e internacionales más sanas y prósperas (52).

V. Consideraciones finales

El estudio se centró en la colisión entre el interés del inversor extranjero de mantener la rentabilidad de su inversión y el interés común que caracteriza los regímenes de derecho público administrativo local, sea en las “declaraciones de emergencia” o en los conflictos ambientales que surgieron en la ejecución de los contratos de concesión y licencias de servicios públicos.

Los fallos del CIADI hicieron prevalecer la protección del inversor extranjero amparado en el TBI, por sobre la normativa nacional e internacional vigente. Frente a una nueva generación de inversiones extranjeras en nuestro país, es necesario repensar tanto los TBI, como los títulos habilitantes y marcos regulatorios nacionales en base

(48) Programa Focalizado: Iniciación a la Responsabilidad Social para el Sector Público. ICDA - Instituto de Ciencias de la Administración. Universidad Católica de Córdoba, 2013.

(49) LORENZETTI, Ricardo Luis. *Teoría de la Decisión Judicial. Fundamentos del derecho*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires-Santa Fe, 2006.

(50) http://dpicuantico.com/area_diario/doctrina-en-dos-paginas-diario-ambiental-nro-149-30-03-2017/ Fecha de consulta: enero de 2018.

(51) COMADIRA Julio R. - MONTI, Laura (col.). *Ley Nacional de Procedimientos Administrativos Anotada y comentada*, Tomo I, La Ley, Buenos Aires, 2002, pp. 51-52. “*La juridicidad nuclea, en ese sentido, todo el sistema normativo, desde los principios generales del derecho y la Constitución Nacional, hasta los simples precedentes administrativos en cuyo seguimiento esté comprometida la garantía de igualdad, pasando por los tratados internacionales, la ley formal, los reglamentos y, eventualmente, ciertos contratos administrativos*”.

(52) GALEANO, Juan José. Ob. cit., p. 437.

a los principios que surgen del paradigma ambiental que posee recepción constitucional, Código Civil y Comercial de la Nación, y la responsabilidad social empresaria y del sector público.

En relación a concesiones y licencias ya existentes, encuentro en la reciente jurisprudencia referida a los aumentos tarifarios de los servicios públicos, una puerta para adecuar los marcos regulatorios existentes incorporando los principios mencionados, a través del concepto de “utilidad justa y razonable” y el papel del juez nacional, entendiéndose que en la instancia supranacional, es el desarrollo del derecho administrativo global, el que propone el respeto al “principio de juridicidad” (53) por los tribunales arbitrales internacionales (54).

VI. Bibliografía

- ALTAMIRA GIGENA, Julio Isidoro. *Lecciones de Derecho Administrativo*, Advocatus, Córdoba, 2005.
- ÁVALOS, Eduardo - BUTELER, Alfonso - MASSIMINO, Leonardo. *Derecho Administrativo 1*”, Alveroni, Córdoba, 2014.
- BARREGUIRE, Jorge - FUENTES, Ximena. *Acuerdos internacionales de inversión, sustentabilidad de inversiones de infraestructura y medidas regulatorias y contractuales*, Comisión económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), Naciones Unidas, junio de 2010.
- BIGLIERI, Alberto. “Del derecho global de las contrataciones públicas y su recepción local”, Ponencia en el XI Congreso Iberoamericano Regulación Económica, Infraestructura y Servicios Públicos. Infraestructura pública y desarrollo económico y social. Organizado por la Asociación Iberoamericana de Estudios de Regulación Asier y la Universidad Católica Argentina UCA. 23 al 25 de noviembre de 2016.

(53) “En este contexto, las experiencias de Derecho Administrativo Global en distintos sectores como puede ser el de los derechos humanos, el del comercio internacional, el cultural, el agrícola, o el deportivo, entre otros, todos ellos de dimensión universal, van a mostrarnos un conjunto de resoluciones de naturaleza judicial y unas normas y prácticas administrativas que, desde luego, superan las fronteras nacionales. En efecto, desde el principio de legalidad, hasta la separación de los poderes pasando por la primacía de los derechos fundamentales de las personas sin perder de vista la relevancia del pluralismo, de la racionalidad, de la transparencia, del buen gobierno, de la rendición de cuentas, así como de la instauración de un efectivo sistema de “checks and balances”, encontramos principios y criterios del Estado de Derecho, que nos permiten hablar de un Derecho Administrativo Global de base principal (...). El Derecho Administrativo Global incluye todo un conjunto de técnicas que deben estar amparadas por el Estado de Derecho, particularmente a través de estándares que aseguren valores tan importantes como pueden ser la transparencia, la racionalidad, la legalidad, la participación y la evaluación. Es decir, las políticas públicas globales que produce la nueva Administración Global han de estar presididas por patrones jurídicos, entre los que ocupan un lugar central los derechos fundamentales de las personas” (RODRÍGUEZ-ARANA, Jaime. *El derecho administrativo global: Un derecho principal*, <http://idsposostenible.com/wp-content/uploads/2015/09/J.-Rodriguez-Arana.pdf>. Fecha de consulta: enero de 2018).

(54) GALEANO, Juan José. Ob. cit., p. 437.

- CASTILLO ARGAÑARÁS, Luis F. “Contratos de estado. Inversión extranjera y derecho internacional público”, *Ámbito Jurídico*, Río Grande-Brasil, 2010. http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7321.
- COMADIRA, Julio R. - MONTI, Laura (col.). *Ley Nacional de Procedimientos Administrativos Anotada y comentada*, Tomo I, La Ley, 2002.
- CUADROS, Oscar A. *et al. Cuestiones de Contratos Administrativos*, 1ª ed., Rap, Buenos Aires, 2007.
- GALEANO, Juan José. “Contratos administrativos y jurisdicción internacional. Algunas observaciones críticas a la práctica de los arbitrajes CIADI”, *Jornadas sobre Cuestiones de los Contratos Administrativos*, Universidad Austral, Rap, Buenos Aires, 2006.
- GRANEROS, Fernando E. “El interés público y el bien común frente a las nuevas demandas de las personas: nueva conceptualización de ciudadanía y gobierno”, en VIALE, Claudio M. *et al. La persona humana y la Administración Pública. Gobierno, Gobernabilidad y Gobernanza*, Rap, Buenos Aires, 2012.
- MARIENHOFF, Miguel S. *Tratado de derecho administrativo*, Tomo 3A, 2ª edición actualizada, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998.
- PÉREZ HUALDE, Alejandro. “Control judicial de las tarifas de servicios públicos”, *La Ley*, 2002.
- RODRÍGUEZ-ARANA, Jaime, “El derecho administrativo global: un derecho principal” <http://idsostenible.com/wp-content/uploads/2015/09/J.-Rodriguez-Arana.pdf>.
- SESIN, Domingo J. “El derecho administrativo en reflexión”, 1ª edición, Rap, Buenos Aires, 2011.
- SPOTA, Alberto. “El contrato de concesión de servicios públicos (a propósito del inversor español en la República Argentina)”. <http://www.derecho.uba.ar/docentes/pdf/estudios-de-derecho/008-edp-5-spot.pdf>.
- UNCTAD. Conferencia de Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo, *International Investment Agreements: Key Issues*, Vol. II, United Nations (http://unctad.org/en/Docs/iteiit200410v2_en.pdf).
- <http://dpicuantico.com/>
- <https://www.iso.org/home.html>
- <https://www.unglobalcompact.org/>
- <http://www.un.org/sustainabledevelopment/es/>
- <http://www.saij.gob.ar/>