

---

# A&C

Revista de Direito Administrativo & Constitucional

---



ISSN 1516-3210

# A&C REVISTA DE DIREITO ADMINISTRATIVO & CONSTITUCIONAL

**IPDA**  
Instituto Paranaense  
de Direito Administrativo

INSTITUTO DE DIREITO  
**ROMEU FELIPE  
BACELLAR**

© 2011 Editora Fórum Ltda.

Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução total ou parcial, de qualquer forma ou por qualquer meio eletrônico ou mecânico, inclusive por meio de processos xerográficos, de fotocópias ou de gravação, sem permissão por escrito do possuidor dos direitos de cópias (Lei nº 9.610, de 19.02.1998).



**Luís Cláudio Rodrigues Ferreira**  
Presidente e Editor

Av. Afonso Pena, 2770 - 15º/16º andares - Funcionários  
CEP 30130-007 - Belo Horizonte/MG - Brasil  
Tel.: 0800 704 3737  
Internet: [www.editoraforum.com.br](http://www.editoraforum.com.br)  
e-mail: [editoraforum@editoraforum.com.br](mailto:editoraforum@editoraforum.com.br)

Coordenação editorial: Olga M. A. Sousa  
Revisão: Lourdes Nascimento  
Luiz Fernando de Andrada Pacheco  
Patrícia Falcão  
Projeto gráfico e diagramação: Luiz Alberto Pimenta  
Bibliotecário: Ricardo Neto - CRB 2752 - 6ª Região

Os conceitos e opiniões expressas nos trabalhos assinados são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

Impressa no Brasil / Printed in Brazil  
Distribuída em todo o Território Nacional

A246	A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional. ano 3, n. 11, jan./mar. 2003. Belo Horizonte: Fórum, 2003.
	Trimestral
	ano 1, n. 1, 1999 até ano 2, n. 10, 2002 publicada pela Editora Juruá em Curitiba
	ISSN 1516-3210
	1. Direito administrativo. 2. Direito constitucional. I. Fórum.
	CDD: 342 CDU: 342.9

Revista do Programa de Pós-graduação do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar (Instituição de Pesquisa especialmente credenciada pelo Ministério da Educação - Portaria nº 2.012/06), em convênio com o Instituto Paranaense de Direito Administrativo (entidade associativa de âmbito regional filiada ao Instituto Brasileiro de Direito Administrativo).

A linha editorial da A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional segue as diretrizes do Programa de Pós-Graduação do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar em convênio com o Instituto Paranaense de Direito Administrativo. Procura divulgar as pesquisas desenvolvidas na área de Direito Constitucional e de Direito Administrativo, com foco na questão da efetividade dos seus institutos não só no Brasil como no direito comparado, com ênfase na questão da interação e efetividade dos seus institutos, notadamente América Latina e países europeus de cultura latina.

A publicação é decidida com base em pareceres, respeitando-se o anonimato tanto do autor quanto dos pareceristas (sistema double-blind peer review).

Desde o primeiro número da Revista, 75% dos artigos publicados (por volume anual) são de autores vinculados a pelo menos cinco instituições distintas do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar.

A partir do volume referente ao ano de 2008, pelo menos 15% dos artigos publicados são de autores filiados a instituições estrangeiras.

Esta revista está indexada em:

- Base RVBI (Catálogo do Senado)
- Library of Congress (Biblioteca do Senado dos EUA)
- Ulrich's Periodicals Directory

A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional realiza permuta com as seguintes publicações:

- Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo (USP), ISSN 0303-9838
- Rivista Diritto Pubblico Comparato ed Europeo, ISBN/EAN 978-88-348-9934-2

Diretor-Geral  
Romeu Felipe Bacellar Filho  
Diretor Editorial  
Paulo Roberto Ferreira Motta  
Editora Acadêmica Responsável  
Ana Cláudia Finger  
Secretário Editorial Executivo  
Daniel Wunder Hachem  
Conselho Diretivo  
Adriana da Costa Ricardo Schier  
Edgar Chiuratto Guimarães  
Célio Heitor Guimarães

Conselho Editorial  
Adilson Abreu Dallari (PUC/SP)  
Alice Gonzalez Borges (UFBA)  
Carlos Ari Sundfeld (PUC/SP)  
Carlos Ayres Britto (UFSE)  
Carlos Delpiazzi (Universidad de La República – Uruguai)  
Cármén Lúcia Antunes Rocha (PUC/MG)  
Celso Antônio Bandeira de Mello (PUC/SP)  
Clèmerson Merlin Clève (UFPR)  
Clovis Beznos (PUC/SP)  
Enrique Silva Cimma (Universidad de Chile – Chile)  
Eros Roberto Grau (USP)  
Guillermo Andrés Muñoz (in memoriam)  
Jaime Rodríguez-Arana Muñoz (Universidad de La Coruña – Espanha)  
Jorge Luís Salomoni (in memoriam)  
José Carlos Abraão (UEL)  
José Eduardo Martins Cardoso (PUC/SP)  
José Luís Said (Universidad de Buenos Aires – Argentina)  
José Mario Serrate Paz (Universidad de Santa Cruz – Bolívia)  
Juan Pablo Cajarville Peluffo (Universidad de La República – Uruguai)  
Juarez Freitas (UFRGS)  
Julio Rodolfo Comadira (in memoriam)  
Lúcia Valle Figueiredo (in memoriam)  
Luís Enrique Chase Plate (Universidad Nacional de Asunción – Paraguai)  
Manoel de Oliveira Franco Sobrinho (in memoriam)  
Marçal Justen Filho (UFPR)  
Marcelo Figueiredo (PUC/SP)  
Márcio Cammarosano (PUC/SP)  
Maria Cristina Cesar de Oliveira (UFPA)  
Nelson Figueiredo (UFG)  
Odilon Borges Junior (UFES)  
Pascual Caiella (Universidad de La Plata – Argentina)  
Paulo Eduardo Garrido Modesto (UFBA)  
Paulo Henrique Blasi (UFSC)  
Paulo Neves de Carvalho (in memoriam)  
Pedro Paulo de Almeida Dutra (UFMG)  
Regina Maria Macedo Nery Ferrari (UFPR)  
Rogério Gesta Leal (UNISC)  
Rolando Pantoja Bauzá (Universidad Nacional de Chile – Chile)  
Sérgio Ferraz (PUC/RJ)  
Valmir Pontes Filho (UFCE)  
Weida Zancaner (PUC/SP)  
Yara Stroppa (PUC/SP)

Conselho Consultivo  
Prof. Dr. Antonello Tarzia (Università Commerciale Luigi Bocconi – Itália)  
Profa. Dra. Cristiana Fortini (UFMG – MG)  
Prof. Dr. Eduardo Biacchi Gomes (UniBrasil – PR)  
Prof. Dr. Eduardo Talamini (UFPR – PR)  
Prof. Dr. Emerson Gabardo (PUC/PR)  
Prof. Dr. Fabrício Macedo Motta (UFG – GO)  
Prof. Dr. Fernando Vernalha Guimarães (UniCuritiba – PR)  
Prof. Dr. Gustavo Henrique Justino de Oliveira (USP – SP)  
Prof. Dr. Isaac Damsky (Universidad de Buenos Aires – Argentina)  
Prof. Dr. José Pernas García (Universidad de La Coruña – Espanha)  
Prof. Dr. Mário Aroso de Almeida (Universidade Católica de Lisboa – Portugal)  
Prof. Dr. Michele Carducci (Università del Salento – Itália)  
Prof. Dr. Paulo Ricardo Schier (UniBrasil – PR)  
Prof. Dr. Paulo Roberto Ferreira Motta (UTP – PR)  
Profa. Dra. Raquel Dias da Silveira (Faculdades Dom Bosco – PR)  
Profa. Dra. Tatyana Scheila Friedrich (UFPR – PR)  
Prof. Dr. Ubirajara Costódio Filho (UniCuritiba – PR)  
Prof. Dra. Vanice Lírio do Valle (Universidade Estácio de Sá – RJ)

# El arbitraje como medio de solución de conflictos en materia de servicios públicos: El nacimiento de un sistema jurídico complejo<sup>1</sup>

Justo J. Reyna

Profesor de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional del Litoral. Co-Director de la Carrera de Posgrado en Derecho Administrativo de la Universidad Nacional del Litoral. Decano de la Escuela de Abogados de la Provincia de Santa Fe. Docente invitado en diversas Carreras de Especialización en Derecho. Director de la Revista de la Asociación Argentina de Derecho Administrativo. Miembro del Consejo Ejecutivo de la Asociación Argentina de Derecho Administrativo. Miembro fundador y Director Ejecutivo de la Red Docente Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo.

Resumen: El presente artículo tiene como objetivo realizar un análisis acerca del arbitraje como un medio de solución de conflictos que envuelvan la actividad de servicio público del Estado, teniendo en cuenta la complejidad del sistema jurídico contemporáneo, especialmente por consecuencia de los impactos de la globalización.

Palabras-clave: Arbitraje; Servicio Público; Globalización; Pluralidad sistémica; Sistema jurídico complejo.

Sumario: 1 Delimitación del tema. El arbitraje externo y el interno – 2 Marco teórico y conceptual del enfoque elegido – 2.1 Globalización y sistema jurídico – 2.2 Servicio público concesionado. Sujetos y relaciones – 3 El arbitraje internacional, sistema complejo y la juridicidad de sincronizar el sistema jurídico complejo – 3.1 El caso de la Provincia – 3.1.1 Sistema complejo y la modificación de los elementos subjetivos del contrato de concesión en la Provincia – 3.1.2 La situación actual en la Provincia – 3.1.3 La competencia para sincronizar el sistema jurídico complejo en la situación de la Provincia – 4 Conclusión

## 1 Delimitación del tema. El arbitraje externo y el interno

1.1 Delimito el tema respecto de algunos efectos que produce en nuestro sistema jurídico el inicio de un arbitraje en el ámbito internacional por parte de un inversor extranjero. Un proceso, como realidad jurisdiccional, provoca efectos generales dando nacimiento a un Sistema Jurídico Complejo en el ámbito doméstico; y asimismo efectos particulares en relaciones jurídicas locales de nuestro derecho público.

Reflexiones mínimas respecto del arbitraje interno en la Provincia de Santa Fe, como medio general de solucionar conflictos entre los

---

<sup>1</sup> Exposición correspondiente a las "Jornadas de Derecho Administrativo — Cuestiones de Intervención Estatal, Servicios Públicos, Poder de Policía y Fomento" organizadas por la Universidad Austral los días 12, 13 y 14 de mayo de 2010, en la República Argentina.

sujetos vinculados al contrato de concesión — en sentido estricto — en materia de servicios públicos, resultan pertinentes por motivos epistemológicos para brindar el contexto del tema general y también para comprender reflexiones finales del presente respecto de algunos efectos particulares que provoca el arbitraje internacional en el ámbito doméstico.<sup>2</sup>

Es además ello necesario según mi visión respecto del mejor modo de construirse un puente de comunicación con todo destinatario de la presente exposición.<sup>3</sup>

La Provincia en la que me he formado, en tal sentido, ha sido coherente y férrea en la defensa de los diseños de control de legalidad del ejercicio de la función administrativa; en especial en el control por medio de lo contencioso administrativo: reserva a la Corte Suprema de Justicia los recursos contencioso administrativos que establezca la ley.<sup>4</sup> En ese contexto la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Provincia n° 10160 ha establecido la competencia de las Cámaras Contencioso Administrativas de la Provincia y la ley 11330 regula el recurso contencioso administrativo en la Provincia de Santa Fe.<sup>5</sup> Entre otros aspectos,

<sup>2</sup> Es factible, como se verá, que la promoción de un arbitraje internacional traiga aparejado que los diseños locales de lo contencioso administrativo no sean suficientes para atender determinados conflictos. Concretamente el relativo a los reclamos de las Provincias frente a los inversores con motivo de daños provenientes de incumplimientos.

<sup>3</sup> Siempre he creído que uno está condicionado por su vida personal, docente, de investigación y de ejercicio profesional o funcional. Las publicaciones, conferencias, paneles, mesas redondas se concretan en una situación expositiva personal que impone al emisor la obligación de construir el puente de comunicación con el receptor; puente éste que debe construirse con el mayor “sustrato real”. Entiendo al “sustrato real”, como el resultante de la realidad surgido de la experiencia y vida personal del expositor, modulado y construido con las exigencias que cada publicación, conferencia, etc. impone por sus particularidades. De este modo el intercambio de experiencias entre emisor y receptor se convierte, según mi visión en la mejor posibilidad para el desarrollo del derecho en el que todos estamos inmersos. Es una forma de estructurar la realidad, con marchas y contramarchas de los emisores y receptores sucesivos como método para llegar al conocimiento.

<sup>4</sup> El art. 93 inc. 2° establece que: Artículo 93: “Compete a la Corte Suprema de Justicia, exclusivamente, el conocimiento y resolución de:.... 2° Los recursos contencioso – administrativos sometidos a su decisión en los casos y modos en los que establezca la ley.

<sup>5</sup> La ley orgánica de Poder Judicial, de la ley 10160 atribuye la competencia material a las Cámaras Contencioso Administrativas con asiento en las Circunscripciones judiciales n° 1 (Santa Fe) y n° 2 (Rosario) estableciendo que: Se les atribuye competencia en la materia contencioso administrativa a la que alude el art. 93 inc. 2 de la Constitución Provincial en los siguientes casos: 1. A la Cámara con sede en la Circunscripción n° 1, en los recursos contencioso administrativos que se deduzcan contra los actos de: a) la Provincia, en todo litigio cuyo conocimiento y decisión no esté expresamente atribuidos por esa ley a la cámara con sede en la circunscripción nro. 2 y b) los municipios y comunas comprendidos en el ámbito de las circunscripciones nros 1,4 y 5. 2) a la Cámara con sede en la circunscripción N° 2 en los recursos contencioso administrativos que se deduzcan contra los actos de: a) La Provincia, cuando el recurrente se domicilie en las Circunscripciones 2 y 3 y el litigio verse sobre empleo público, previsión social y sanciones administrativas aplicadas en ejercicio de potestad de policía; b) los municipios y comunas comprendidos en el ámbito de las Circunscripciones nros 2 y 3. La Corte Suprema de Justicia dispondrá lo conducente a fin de posibilitar la recepción de escritos de esta materia en ...”

La ley 11330 en su art. 1° establece que: “Ley aplicable. El recurso contencioso administrativo previsto en el art. 93 inc. 2) de la Constitución de la Provincia se ejerce de conformidad con las disposiciones de esta ley. Supletoriamente se reige por las normas del Código Procesal Civil y Comercial, en cuanto fueren aplicables a la materia.” El artículo 2° regula la competencia de la Corte Suprema de Justicia y también de las Cámaras. El

puede decirse que dentro de los caracteres de la jurisdicción contencioso administrativo, se han destacado el de ser judicial, subsidiaria, especial, provocada, privilegiada, revisora de las decisiones administrativas y de legitimidad.<sup>6</sup>

El grupo normativo local, de este modo, es riguroso como para admitir a arbitraje en materia contencioso administrativo. Nuestra Corte ha estimado a la competencia contencioso administrativa como de orden público<sup>7</sup> y emana de la Constitución no pudiendo ser desnaturalizada.<sup>8</sup>

En precedente administrativo local, no se admitió al arbitraje para solucionar controversias. Se emitió en relación a otro tipo de contrato administrativo. En él se cuestionó una cláusula arbitral que se encontraba incorporada en los pliegos; es decir aprobada directa o indirectamente, por actos administrativos y normas jurídicas. Se sostuvo que se confrontaba el orden público y el sistema constitucional santafesino; siendo este un sistema en función del cual el legislador distribuye en los jueces la competencia contencioso administrativa. Es un sistema que exige entre otros aspectos el agotamiento de la instancia y el respeto de las competencias de los oficios internos en materia consultiva activa y de control, no susceptibles de ser desplazados de modo absoluto por el arbitraje.<sup>9</sup> En el citado precedente, al que me remito, se analizaron de modo acertado, según estimo, el grado de permeabilidad que ha tenido el arbitraje a nivel nacional, la normativa vinculada, criterios jurisprudenciales, doctrinarios y de precedentes administrativos.

La Provincia, al momento de imponer el régimen regulatorio de los servicios sanitarios el legislador previó en apariencia, el arbitraje, para que funcione como un sistema alternativo de "solución de controversias" (art. 115, capítulo XII, del título IV, de la ley 11220).

Ahora bien, a poco que se efectúe un análisis sistemático y profundo del asunto, queda en claro que la figura ha sido concebida para

---

art. 3º establece que: "Actos impugnables. El recurso se admite contra los actos de la Administración pública regidos por el ordenamiento jurídico administrativo que pretenden lesivos, de un modo directo y actual, de un derecho subjetivo o de un interés legítimo emergente de ese ordenamiento, ya sean dichos actos definitivos o de trámite si estos deciden directa o indirectamente el fondo de asunto poniéndole término o impidiendo su continuación". El art. 7º establece que: "Reclamación administrativa. No se puede ejercer el recurso sin previamente agotar la vía administrativa mediante los recursos reglamentados en sede administrativa; y sólo se podrán juzgar y resolver las pretensiones propuestas y resueltas expresa o presuntamente en la reclamación administrativa previa".

<sup>6</sup> Lisa, Federico y Weder Rubén en "El Proceso Contencioso Administrativo en la Provincia de Santa Fe – Ley 11330 Doctrina Jurisprudencial – Editorial Juris, p. 18/19.

<sup>7</sup> CSJSF Reg. A. y S. T. 55 p. 235.

<sup>8</sup> CSJSF Reg. A. y S. T 12-13 p.23 y T. 56 p. 208.

<sup>9</sup> Dictamen Fiscalía de Estado n° 81:07.

un limitado campo de acción y de hecho en asuntos que sólo tangencialmente rozan la figura del servicio público.

Es que, cuando de ejercicio de función administrativa se trata (poder de policía en materia de servicio público), se ha entendido que el legislador provincial ha seguido un esquema clásico de agotamiento de la vía administrativa para el acceso a la justicia (art. 113), al colocar en cabeza del Ente Regulador de Servicios Sanitarios la atribución de emitir el acto administrativo, sometiendo sus decisiones a la revisión del Poder Ejecutivo (conf. art. 72, inc. 18 de la Constitución Provincial, conf. C.C.A. n° 1 in re "Aguas Provinciales de Santa Fe").

A su vez, el control del ejercicio de la función cuasi jurisdiccional de cuestiones no contenciosas administrativas (resolución conflictos usuarios — prestadores) se canaliza a través del denominado "recurso directo". La resolución que emita el Ente Regulador deja expedita la vía judicial (art. 114). Respecto de la interpretación de este tipo de cuestiones, en sustancia, estimo que debe partirse de las premisas seguidas por doctrina nacional prestigiosa, al analizar el caso "Ferreira" — animales sueltos en rutas concesionadas — considerando que "al ser la concesión de servicios públicos un contrato administrativo propiamente dicho, sometido por entero al derecho público, sus efectos que constituyen la relación con los usuarios, son asimismo de estricto derecho público".<sup>10</sup>

Y así, finalmente resulta que el arbitraje está previsto para los conflictos no derivados del ejercicio de poder de policía, que se susciten entre el Ente Regulador de Servicios Sanitarios y los Prestadores, que pueden ser resueltos por vía de árbitros o amigables componedores a elección de las partes.

En el mensaje por el cual el Poder Ejecutivo remitió el proyecto, que a la postre constituyó la ley 11220, escuetamente fundamentó la norma en la facilitación de resolución donde no esté involucrado el orden público y que puedan referirse a cuestiones netamente técnicas que escapen al conocimiento de los magistrados judiciales.

Si bien son imaginables los supuestos técnicos referidos que exceden el conocimiento de los jueces (complejidades propias de la ingeniería, la química y la economía) resulta que la creación del Ente Regulador como un órgano especializado, es ni más ni menos que para

<sup>10</sup> Farrando, Ismael (h) en "La relación jurídica del usuario con el concesionario de servicios públicos", en Sarmiento García, Farrando y Otros Régimen jurídico actual"; Ed. Depalma, 1994, p. 44.

la regulación y el control de un servicio que por su trascendencia se conecta directamente con el orden público.

No se alcanza por tanto a dimensionar cuáles son los conflictos que podrían someterse al arbitraje sin mengua a las potestades públicas, que por naturaleza no son delegables ni renunciables.

1.2 Las experiencias personales se presentan, según estimo, como la plataforma más adecuada para intentar construir el aludido puente de comunicación con el receptor del presente respecto de los efectos de un arbitraje internacional en el derecho doméstico. Trasladar experiencias e ideas como una forma de estructurar la realidad, con marchas y contramarchas de los emisores y receptores sucesivos como método para llegar a conocimiento.

Me ha tocado en tal sentido, como funcionario de carrera, colaborar y participar en la elaboración de actos jurídicos relativos al nacimiento del contrato de concesión del servicio de agua potable y desagües cloacales de la Provincia de Santa Fe;<sup>11</sup> en su renegociación autorizada por ley;<sup>12</sup> en el fracaso de una renegociación que desnaturalizaba el contrato originario<sup>13</sup> y en la extinción anormal del contrato de concesión por culpa de los inversores extranjeros oferentes y del concesionario.<sup>14</sup>

<sup>11</sup> Dictamen Fiscalía de Estado n° 1232:95. Es el dictamen que aconseja la adjudicación a un consorcio integrado, entre otros, por inversores extranjeros, luego de la impugnación del otro consorcio que cuestionara la oferta por inviable sobre la base de que los ingresos que proyectaba recibir con la tarifa ofrecida. No eran suficientes para cumplir su obligación relativa al Plan General de Mejoras y Desarrollo del Servicio que debía ejecutar durante el plazo de la concesión. El dictamen tuvo en cuenta las notas presentadas por el consorcio en donde reconocía al contrato estaba regido por el principio de riesgo empresario. En las notas el consorcio asumía el compromiso de hacerse cargo de las diferencias entre los ingresos proyectados y los reales que recibiera de la concesión necesarios para las obras el plan a cumplirse.

<sup>12</sup> Dictamen 1346:96 Es el dictamen que aconsejó remitir a la Legislatura para su aprobación la renegociación del contrato con Aguas Provinciales de Santa Fe en razón de exceder la competencia del P.E. para renegociar contratos, conforme a las particularidades del caso.

<sup>13</sup> Dictamen Fiscalía de Estado 558:00. En el dictamen la Fiscalía aconseja no aprobar un acta acuerdo (Acta III) en función de la cual se formulaban consideraciones por las que se cambiaba la naturaleza de contrato a riesgo incorporando, sin el procedimiento adecuado, a "principio de equilibrio" con un alcance que la ley, los pliegos y el contrato no habilitaban.

<sup>14</sup> Dictámenes de Fiscalía de Estado n° 11/06, del 17 de enero de 2006, y n° 42/06, del 30 de enero de 2006.

El dictamen 11/06 es central para la consideración del presente trabajo. Frente a una pedido de los inversores extranjeros de transferencia de sus acciones a un inversor nacional que se sustentaba en una serie de imputaciones al comportamiento de la Provincia; acompañado de una presentación separada del inversor local con peticiones de renegociación de contrato semejantes a las formuladas y denegadas al inversor extranjero por causas imputables a éste; la Fiscalía analiza el caso destacando al conflicto como superior de los conflictos locales por estar regulado por un sistema jurídico al que califica como "complejo" aludiendo a que la promoción del arbitraje por parte de los inversores extranjeros ha conectado a las normas locales del contrato, con las normas federales nros. 21400 y 24353 que, conforme a los arts. 75 inc. 18, 22 y 27 han incorporado con valor suprallegal los Tratados Bilaterales para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones Extranjeras y con el conflicto internacional inherente al arbitraje (caso CIADI ARB 03/17). El dictamen, al aconsejar, impone limitaciones para habilitar el retiro del negocio por parte de los inversores extranjeros, aclarando la posición de la Provincia frente a las declaraciones de los inversores extranjeros formuladas en el contrato de transferencia de las acciones que no se ajustaban a la realidad del contrato y al sistema jurídico, por ser ello requerido por una Comisión Especial a la que aludiré más adelante y por la Procuración del Tesoro de la Nación, sostiene además

También he actuado coordinando de manera general, en la Comisión Especial creada por decreto n° 2238/04 (Comisión de Estudios del Arbitraje Internacional — CERINSA — con motivo del Caso CIADI ARB/03/17) promovido por los inversores extranjeros contra la República Argentina en el contrato de concesión de la Provincia de Santa Fe. En ese contexto se emitieron actas relativas al orden externo,<sup>15</sup> como al orden interno.<sup>16</sup>

En ejercicio de competencias en materia de defensa legal sobre contrataciones del Estado participé de la litigiosidad que se ha generado por la ex concesionaria con motivo del contrato de concesión y su extinción anormal por culpa de ella y de los inversores extranjeros. Se están presentando escritos judiciales donde se conecta, al igual que en los dictámenes y actas de la Comisión especial, a los distintos sujetos y ordenamientos jurídicos involucrados en el caso. Se invoca, entre otros aspectos, que debe desconsiderarse la personalidad jurídica de la sociedad nacional dado que, en el caso, cae bajo los artículos 33 y 54 de la ley de sociedades comerciales 19550<sup>17</sup> y, asimismo, que así como los

---

que la perfección y validez, se necesitaban distintas intervenciones, entre ellas y en lo que el dictamen refiere el de la Honorable Legislatura de la Provincia. Aconseja asimismo poner en conocimiento a la Procuración del Tesoro de la Nación a los fines que estime corresponder con motivo del arbitraje CIADI ARB/03717.

El dictamen 42/06, aconsejó la rescisión del contrato frente a la clara y contundente voluntad del concesionario y sus inversores extranjeros de retirarse del contrato con posturas que no se ajustaban a la realidad negocial y al sistema jurídico aplicables (punto 3.1. del dictamen 11:06 y sus concordantes) e instruyó al Ente Regulador y a una Comisión especial a la que aludiré a desplegar actividad administrativa para determinar los daños y perjuicios por los incumplimientos de la concesionaria, su operador y el comportamiento de los inversores extranjeros que llevaron las diferencias económicas a la jurisdicción internacional retirándose del contrato. En efecto, entre otros aspectos aludió a esa estrategia de los inversores extranjeros de llevar las diferencias económicas a la jurisdicción internacional del CIADI, y a la estrategia de retiro del contrato culminada con la decisión de disolución anticipada de la sociedad, pese a la firme oposición de los inversores locales a la disolución anticipada de la sociedad. En el acto se aclaró que la clara y contundente voluntad del concesionario y sus inversores extranjeros de retirarse del contrato eran con posturas que no se ajustaban a la realidad negocial y al sistema jurídico aplicables (punto 3.1. del dictamen 11:06 y sus concordantes).

<sup>15</sup> En lo relativo al orden externo, por ejemplo el acta 34 da cuenta que las Actas 15, 19, 21 y 24 contienen las líneas de trabajo que han sido recogidas por la Procuración del Tesoro de la Nación en los escritos centrales del proceso, incluso en el alegato posterior a la audiencia de fondo ("post hearing brief"); alegato éste adjuntado como anexo y con alusión a los párrafos de la Procuración que recibieron la tesis de la Provincia contenidas en las actas. Él da cuenta a la Procuración de que la Comisión ha fijado en el Acta n° 23 su posición sobre el criterio a tener en cuenta para estimar los daños y perjuicios derivados de la rescisión, encomendando al Área Económica Financiera que actualice un informe elaborado sobre los perjuicios conforme a los criterios de la Comisión. El acta n° 36, del 6 de noviembre de 2007, se expide sobre los perjuicios sufridos por la Provincia en los términos instruidos por el decreto de rescisión n° 243/06. El acta explica los pilares conceptuales, el enfoque, las causas de los errores en los que incurrieron los inversores para sobrestimar los ingresos que podía generar el negocio y el monto estimado de los perjuicios sufridos por la Provincia.

<sup>16</sup> En razón de su competencia específica vinculada a la asistencia a la Nación con motivo del Arbitraje, la Comisión actuó en el orden interno por medio de actas relacionadas al proceso de extinción del contrato de concesión por parte, fundamentalmente, de los inversores extranjeros. Ejemplos son las citadas actas 15, 19 y 21 por medio de las cuales se trató al supuesto de hecho siempre desde la óptica de un sistema jurídico complejo que excedía al sistema jurídico santafesino del contrato de concesión.

<sup>17</sup> El art. 33 establece: Sociedades controladas: Artículo 33. Se considerarán sociedades controladas aquellas en que otra sociedad, en forma directa o por intermedio de otra sociedad a su vez controlada: 1) Posea participación, por cualquier título, que otorgue los votos necesarios para formar la voluntad social en las reuniones sociales

tribunales internacionales no consideran el velo corporativo de la concesionaria en base a normas nacionales, las cortes locales deben hacerlo pues también son ley para la República y por razones de establecer y brindar una garantía de seguridad recíproca.<sup>18</sup>

## 2 Marco teórico y conceptual del enfoque elegido

El arbitraje del orden internacional como medio de solución de controversias con algunos de los sujetos involucrados y comprometidos para la prestación de los servicios públicos se nos presenta como una realidad que la Provincia y la Nación han asumido dentro de sus respectivas competencias.

El arbitraje externo se presenta como una consecuencia necesaria y coherente de la realidad global — jurídica imperante; configurando, ello por ende, un imperativo lógico formal que no debe ser soslayado por los actores jurídicos interesados en el tema.

### 2.1 Globalización y sistema jurídico

El año pasado ya he dicho en este ámbito académico que asistimos a un cambio histórico de la sociedad por la revolución tecnológica de la información y al creciente desarrollo de una cultura de la virtualidad real con el desarrollo de las redes interactivas. He dicho que asistimos, de este modo, a una modificación trascendente en los modos de interconexión social, que trae como consecuencia la modificación de los modos de interconexión económica y de negocios jurídicos de contenido público arribados por las distintas administraciones públicas. Asimismo que la reforma constitucional del año 1994 al modificar el sistema de fuentes del derecho incorporando las convenciones internacionales sobre derechos humanos en su art. 75 inc. 22 — reconocidos como operativos en

---

o asambleas ordinarias; 2) ejerza influencia dominante como consecuencia de acciones, cuotas partes de interés poseídas, o por los especiales vínculos existentes entre las sociedades. Sociedades vinculadas....." Por su parte el art. 54 establece: "Dolo o culpa del socio o del controlante. Artículo 54.- El daño ocurrido a la sociedad por dolo o por culpa de socios o de quienes no siéndolo la controlen constituye a sus autores en la obligación solidaria de indemnizar sin que puedan alegar compensación con el lucro que su actuación haya proporcionado a los negocios. El socio o controlante que aplicará los fondos o efectos de la sociedad a uso o negocio de cuenta propia o de tercero esta obligado a traer a la sociedad las ganancias resultantes siendo las pérdidas de cuenta exclusiva. Inoponibilidad de la personalidad jurídica. La actuación de la sociedad que encubra la consecución de fines extrasocietarios constituya un mero recurso para violar la ley, el orden público, la buena fe o para frustrar derechos de terceros, se imputará directamente a los socios o a los controlantes que la hicieron posible, quienes responderán solidaria e ilimitadamente por los perjuicios causados.

<sup>18</sup> Las causas judiciales refieren a demandas de pobreza presentadas por la ex concesionaria contra la Provincia de Santa Fe para que se le otorgue beneficios para litigar sin gastos, entre otros, contra el decreto de rescisión 243/06, que aludiera a la culpa de la concesionaria y de sus inversores extranjeros. Por cierto la Provincia se opone a que se pueda alegar insolvencia.

la jurisprudencia de nuestro máximo Tribunal —, los tratados bilaterales de promoción de inversiones extranjeras y los tribunales arbitrales internacionales (CIADI) y el derecho a un ambiente sano reconocido por el art. 41 de la Constitución Nacional; son otros de los aspectos detallados por doctrina reciente como pautas que no admiten calificar al derecho administrativo como un derecho “interno”.<sup>19</sup>

Los derechos administrativos domésticos dejan de presentarse como autónomos en la producción y aplicación del conjunto de normas regulatorias de sus propias funciones administrativas; es decir como un todo cerrado y autosuficiente en la creación y aplicación del derecho. La potestad normativa y la aplicación normativa a los casos concretos se ejerce en un contexto mayor y distinto del orden local. Se han abierto distintos canales normativos del orden federal — los tratados internacionales —, con una jerarquía normativa y fuerza suficiente como para exigir en determinados supuestos, transformar y modular los conceptos, construcciones, instituciones y/o ficciones del orden doméstico que se vinculen a las materias y a las disposiciones de los tratados que la Nación suscriba y se incorporen al derecho doméstico en ejercicio de atribuciones constitucionales. Se han abierto, como referí, ambitos jurisdiccionales de resolución de conflictos que exorbitan a tribunales locales.

Nos encontramos, de esta manera, en un contexto jurídico sustentado tanto por: los Tratados y Declaraciones de Derechos Humanos que tienen jerarquía constitucional, sin derogar las disposiciones de la primera parte de la Constitución nacional ya validados por el constituyente al sancionar la reforma e incorporar el art. 75 inc. 22; los tratados de integración a que se alude en el inciso 24 del art. 75, tanto con Estados de Latinoamérica, como con otros Estados con las exigencias y mayorías que el mismo establece; y a los simples tratados con jerarquía superior a las leyes de la primera parte del citado inciso 22. Contexto al que debe agregarse los convenios internacionales a los que eventualmente arriben las provincias en ejercicio de las potestades constitucionales previstas en el art. 125 de la CN., como una especial fuente de producción normativa autorizada constitucionalmente.

---

<sup>19</sup> El presente trabajo, en los ejes centrales, contiene la base dogmática y jurídica para analizar el trabajo que elaborara y fuera publicado por la Universidad Austral con motivo de las Jornadas del año 2009 — fs. 491/507 —. De este modo, tal como se infiere de la nota 7 de aquella publicación, debe considerarse como continuación de mi compromiso ante la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral de difundir en Jornadas y eventos los avances a que aludo en el Plan de Trabajos que permitiera mi admisión en la Carrera de Doctorado en Derecho con un proyecto cuyo título refiere a la “Administración sincronizada” (resolución del Honorable Consejo Directivo 191-10-C.D).

La reforma constitucional de 1994, de este modo, habilita un diseño de la organización del poder estatal superador del tradicional fuertemente estructurado y vertical en el reparto y ejercicio de competencias,<sup>20</sup> con capacidad para actuar en estos nuevos tiempos de globalización caracterizados por la modificación de la relación entre tiempo/espacio, a la que habíamos arribado como sociedad de modo razonablemente gradual.<sup>21</sup>

La globalización debe ser considerada en este aspecto como un proceso irreversible susceptible de ser analizado de distintas lógicas interconectadas entre sí sinópticamente. Es decir como una realidad aglutinante que muestra otras realidades relacionadas entre sí de modo interdisciplinar y multidimensional.

En efecto, por un lado, se ha sostenido que “La globalización significa procesos en virtud de los cuales los estados nacionales soberanos se entremezclan e imbrican mediante actores transnacionales y sus respectivas probabilidades de poder, orientaciones, identidades y entramados varios. Un diferenciador esencial entre la primera y la segunda modernidad es la irrevisibilidad de la globalidad resultante. Lo cual quiere decir lo siguiente: existe una afinidad entre las distintas lógicas de las globalizaciones ecológica, cultural, económica, política y social, que no son reducibles — ni explicables — las unas a las otras, sino que, antes bien, deben resolverse y entenderse a la vez en sí mismas y en mutua interdependencia”<sup>22</sup>

<sup>20</sup> Bauman Zygmunt, en “La Globalización — Consecuencias Humanas, Fondo de Cultura Económica San Pablo Brasil 1999; como sociólogo contemporáneo retoma la metáfora de recurrir al diseño del panóptico — proveniente de Michael Foucault que utilizó el proyecto frustrado de Jeremías Benthan — para analizar el modelo de organización del poder estatal en el modelo clásico y vertical. El panóptico constituye un diseño arquitectónico según el cual desde un solo punto puede observarse la totalidad de su parte interior. En autor ha dicho que “... la condición y el efecto de la institución panóptica era la inmovilización de sus súbitos: La vigilancia existía para prevenir las fugas, o al menos para impedir movimientos autónomos contingentes y erráticos” (pag. 71). Sucede que en los tiempos que corren las fronteras y los poderes se diluyen o flexibilizan mutando en el espacio de manera de difícil de verificar en sus contornos y alcances. El crecimiento de las tecnologías de la información han conducido a la creación de otro mecanismo, junto al panóptico, al que el citado autor asigna el nombre de Sinóptico al que considera global por su naturaleza. Nada más cerca de la realidad en tanto la noción de sinopsis en su primera acepción del Diccionario de la Real Academia Española, se enfoca como una gráfica que muestra o representa cosas relacionadas entre sí, facilitando su visión conjunta.

<sup>21</sup> Ob cit, p. 71, “El Panóptico obligaba a la gente a ocupar un lugar donde se pudiera vigilar. El Sinóptico no necesita aplicar la coerción: seduce a las personas para que se conviertan en observadores. Y los pocos a quienes los observadores observan son rigurosamente seleccionados”. “En el Panóptico, o algunos locales selectos, vigilaban a otros locales (y antes de su aparición, los locales de más baja categoría observaban a los selectos). En el Sinóptico, los locales observan a los globales. La autoridad de éstos últimos está asegurada por su misma lejanía; Los globales están literalmente “fuera de ese mundo”, pero revolotean sobre los mundos de los locales de modo más visible, constante y llamativo...” (p. 72/73).

<sup>22</sup> Beck, Ulrich, en “¿Qué es la Globalización? – Falacias del Globalismo, respuestas a la Globalización”; Ed. Paidós, Argentina 2004, p. 29.

La globalización que incide y condiciona al sistema jurídico, por ende, no debe ser analizada desde las posiciones de la concepción originaria de la globalización hegemónica dirigida a formular, sobre base de una invocada eficiencia y coherencia de las leyes de mercado, un modelo de tutela a los capitales fuertes que aprovecharon el mercado desarrollo tecnológico para acrecentar ganancias moviendo sus capitales por el mundo sin límites de fronteras nacionales, con rapidez y eficacia; contexto éste en el que se desarrolló la explosión de los procesos arbitrarios internacionales para la protección de las inversiones extranjeras.<sup>23</sup>

La globalización que incide y condiciona al sistema jurídico debe ser analizada en el contexto de la denominada globalización contrahegemónica.<sup>24</sup> No se trata ya de las leyes de mercado sino de una operación epistemológica más compleja que combate una monocultura del saber y del rigor científico de las leyes del mercado que necesariamente deben enfrentarse con la identificación de otros saberes y criterios de rigor que operan con credibilidad en las prácticas sociales,<sup>25</sup> recogida por un “conjunto de muy diversos grupos sociales subalternos de todas partes del mundo en busca de una sociedad social, política y culturalmente más justa y liberada de las formas de exclusión, explotación, opresión, discriminación y destrucción ambiental que caracterizan al capitalismo y

<sup>23</sup> de Sousa Santos, Boaventura; en “Foro Social Mundial – Manual de Uso –; Ed. Icaria – Antrazyt – Participación Democrática –; Barcelona (España) 2005) p. 25 ha dicho que “La globalización neoliberal es presidida por el conocimiento técnico — científico, y debe su hegemonía a la manera creíble como éste desacredita todos los saberes rivales, sugiriendo que estos últimos no son comparables, si de eficiencia y coherencia se trata, con el carácter científico de las leyes de mercado”.

Shihata, Ibraím F.I. en “Hacia una Mayor Despolitización de las Diferencias relativas a inversiones: El papel del CIADI del OMI” informe N° 34898 SPANISH, Publicado en su p. Web. por el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, y luego de aludir a los efectos de la doctrinas Calvo y Drago nacidas para proteger los intereses locales frente a los Estados de los inversores extranjeros, sin privilegios especiales, sometiendo diferendos al orden interno del Estado receptor de la inversión, concluye que: “Así pues, el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones y el Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones constituyen instrumentos modernos que, por una parte, permiten a los países en desarrollo alentar corrientes más cuantiosas de inversiones extranjeras para los fines de su desarrollo, por otra, protegen de la intervención de los Estados, por lo común más poderosos, de los inversionistas. Si se usan adecuadamente, estos instrumentos modernos pueden ser mucho más adecuados que la insistencia — políticamente atractiva pero a menudo contraproducente — en actitudes tradicionales que encuentran su justificación más en las experiencias desafortunadas del pasado que en las realidades del presente y necesidades del futuro”.

Bauman, Sygmunt en la obra citada trae a cita unas declaraciones del Presidente del Banco Federal Alemán Hans Tietmeyer que reflejaban el pensamiento en lo que a la globalización hegemónica refiere: “Lo que está en juego hoy — dijo el banquero — es las condiciones que despierten la confianza de los inversores”, aludiendo también en la obra de Bauman que “A continuación y siempre al pasar y sin mucha fundamentación, como sucede cuando lo que uno dice resulta evidente para todos. Tietmeyer expuso algunas de esas condiciones. Para despertar la confianza de los inversores y alentarlos a invertir, dijo, se requiere de un control más estricto del gasto público, una reducción de la carga impositiva, una reforma del sistema de protección social y de dismantelar la rigidez del mercado laboral” (ob cit. pág 136).

<sup>24</sup> de Sousa Santos, Boaventura; ob cit. p. 25.

<sup>25</sup> Ib Idem. p. 32.

que la globalización neoliberal ha contribuido a agravar".<sup>26</sup> Es una tesis para reutilizar el potencial técnico, para proponer soluciones alternativas globales en materia de sanidad, justicia, educación, política, desarrollo creando condiciones sociales, económicas y culturales que permiten hacer valer los caminos hacia la dignidad.<sup>27</sup>

La sanción de la ley del Congreso de la Nación registrada bajo el nº 26.602 debe interpretarse en el sentido precedente de la incidencia y condicionamiento de la globalización contrahegemónica en nuestro sistema jurídico. Se ha ratificado el Tratado Constitutivo de la Unión de Naciones Suramericanas suscripto en la ciudad de Brasilia el 23 de mayo de 2008, en cuyo art. 2º se establece como objetivo de la UNASUR el de construir, de manera participativa y consensuada, un espacio de integración y unión en lo cultural, social, económico y político entre sus pueblos, otorgando prioridad al diálogo político, las políticas sociales, la educación, la energía, la infraestructura, el financiamiento y el medio ambiente, entre otros, con miras a eliminar la desigualdad socioeconómica, lograr la inclusión social y la participación ciudadana, fortalecer la democracia y reducir las asimetrías en el marco del fortalecimiento de la soberanía e independencia de los Estados. En ese contexto se han establecido como objetivos específicos del Tratado una serie de materias que reflejan la vigencia de dicha globalización contrahegemónica en nuestro sistema jurídico. Se han establecido, en el art. 3º, como objetivos específicos del Tratado, entre otros, a los siguientes: el desarrollo social y humano con equidad e inclusión para erradicar la pobreza y superar las desigualdades en la región (inciso b); la erradicación del analfabetismo, el acceso universal a una educación de calidad (inciso c); integración energética para el aprovechamiento integral, sostenible y solidario de los recursos de la región (inciso d); el desarrollo de una infraestructura para la interconexión de la región y entre nuestros pueblos de acuerdo a criterios de desarrollo social y económico sustentables (inc. e) la integración financiera mediante la adopción de mecanismos compatibles con las políticas económicas y fiscales de los Estados Miembros (inciso f); la protección de la biodiversidad, los recursos hídricos y los ecosistemas, así como la cooperación en la prevención de las catástrofes y en la lucha contra las causas y los efectos del cambio climático (inciso g); el desarrollo

---

<sup>26</sup> Ib Idem. p. 15.

<sup>27</sup> Ib Idem. p. 13.

de mecanismos concretos y efectivos para la superación de las asimetrías, logrando así una integración equitativa (inciso h); la consolidación de una identidad suramericana a través del reconocimiento progresivo de derechos a los nacionales de un Estado Miembro residentes en cualquiera de los otros Estados Miembros, con el fin de alcanzar una ciudadanía suramericana (i); el acceso universal a la seguridad social y a los servicios de salud; (j); la cooperación en materia de migración, con un enfoque integral, bajo el respeto irrestricto de los derechos humanos y laborales para la regularización migratoria y la armonización de políticas (inciso k); la cooperación económica y comercial para lograr el avance y la consolidación de un proceso innovador, dinámico, transparente, equitativo y equilibrado, que contemple un acceso efectivo, promoviendo el crecimiento y el desarrollo económico que supere las asimetrías mediante la complementación de las economías de los países de América del Sur, así como la promoción del bienestar de todos los sectores de la población y la reducción de la pobreza (inciso l); la integración industrial y productiva, con especial atención en las pequeñas y medianas empresas, las cooperativas, las redes y otras formas de organización productiva (inciso m); la definición e implementación de políticas y proyectos comunes o complementarios de investigación, innovación, transferencia y producción tecnológica, con miras a incrementar la capacidad, la sustentabilidad y el desarrollo científico y tecnológico propios (inciso n); la promoción de la diversidad cultural y de las expresiones de la memoria y de los conocimientos y saberes de los pueblos de la región, para el fortalecimiento de sus identidades (inciso o); la participación ciudadana a través de mecanismos de interacción y diálogo entre UNASUR y los diversos actores sociales en la formulación de políticas de integración suramericana (inciso p); la coordinación entre los organismos especializados de los Estados Miembros, teniendo en cuenta las normas internacionales, para fortalecer la lucha contra el terrorismo, la corrupción, el problema mundial de las drogas, la trata de personas, el tráfico de armas pequeñas y ligeras, el crimen organizado transnacional y otras amenazas, así como para el desarme, la no proliferación de armas nucleares y de destrucción masiva, y el desminado (inciso q); la promoción de la cooperación entre las autoridades judiciales de los Estados Miembros de UNASUR (inciso r); el intercambio de información y de experiencias en materia de defensa (inciso s); la cooperación para el fortalecimiento de la seguridad

ciudadana (inciso t); y, por último, la cooperación sectorial como un mecanismo de profundización de la integración suramericana, mediante el intercambio de información, experiencias y capacitación (inc. u).

No se puede ya negar la realidad. Determinadas materias y casos concretos no son susceptibles de ser atendidas por los sistemas jurídicos locales, cerrados, verticales y autosuficientes. En doctrina se plantea la necesidad de flexibilizar a los sistemas jurídicos frente a las situaciones jurídicas concretas, siendo ello el reflejo de la increíble complejidad del mundo jurídico.<sup>28</sup>

La tutela constitucional, entre otras, de materias como el derecho a un ambiente sano del art. 41, los derechos de los pueblos originarios del inciso 17 del art. 75, la de los usuarios de servicios públicos del art. 42; sumadas a la tutela de las materias por conducto de los tratados internacionales — conforme se expuso — trae como consecuencia que los casos de administrativos se presentarán de modo creciente como inherentes a distintas disciplinas — multidisciplinar — y a distintas jurisdicciones alcanzadas por el caso; máxime frente a los efectos que ha acarreado el acertado reconocimiento jurisprudencial de los derechos de incidencia colectiva por parte de nuestra Corte Suprema de Justicia.<sup>29</sup>

Las materias expuestas, de este modo, pueden operar frente a un caso particular como una especie de “portal dimensional” por conducto del cual se conectan distintas jurisdicciones con competencia en esas materias y en el caso. Se estarán conectando distintas administraciones jurídicas para atender casos multidisciplinarios y multidimensionales. No debe analizarse cada uno de los casos de acuerdo a las pautas rígidas de un sistema jurídico, como un todo cerrado y autosuficiente.

El carácter multidisciplinar y multidimensional de determinados contenidos del derecho administrativo, lo he sostenido en exposición reciente relacionadas al urbanismo. He referido a la insuficiencia de los

<sup>28</sup> Grün, Ernesto, en “Una Visión Sistémica y Cibernética del Derecho en el Mundo Globalizado del Siglo XXI”, Lexis Nexis; Buenos Aires, año 2006, en donde se ha dicho que: “Ello sucede particularmente en nuestra época, en la cual, como señala Danilo Zolo, el sistema legal del “gobierno de la ley”, con sus características formales de limitada flexibilidad y reducida capacidad para la adaptación y la autocorrección, parece mal ajustado al ejercicio de un control efectivo y oportuno de la creciente variedad y variabilidad de los casos que surgen de una sociedad compleja. Y esto continúa así a pesar del torrente de producción legislativa que se ha originado tanto en fuentes centrales como locales, lo mismo que en el nivel internacional donde un número en aumento de organizaciones supranacionales superponen de manera caótica sus propias normas al ordenamiento interno de los Estados. La consecuencia de ello es que la soberanía normativa de los textos constitucionales atribuyen tradicionalmente — y hoy un poco retóricamente — a los legisladores parlamentarios es, en realidad, usurpada por los intérpretes” (p. 65/66).

<sup>29</sup> Los considerandos 6, 17 y 18 de la Causa Mendoza de nuestra CSJN y los considerandos 7,11 y 12 de la causa Halabi analizan las variantes de los derechos de incidencia colectiva.

modelos tradicionales de la teoría jurídica y de la ciencia del derecho para captar y atender situaciones jurídicas complejas desde el punto de las aludidas disciplinas involucradas como de las dimensiones o jurisdicciones conectadas en supuestos particulares; es decir no considerando el caso como un todo fragmentario sino como una realidad compleja que se vincula a otras disciplinas o dimensiones a ser abordadas también como un proceso necesario del conocimiento, construido sobre los postulados de un pensamiento abierto, plural, dinámico y complementario, que opere sin ataduras a dimensiones disciplinares o jurídicas.<sup>30</sup> He dicho, en ese contexto, que puede inferirse el carácter multidisciplinar del derecho urbanístico, en tanto, un espectro de actos de contenido urbanístico necesita recurrir a conocimientos que provengan de distintas disciplinas (arquitectura, ingenierías, física, biología, técnicas específicas de producción, economía, derecho, etc.); y que el carácter multidimensional que puede asumir un supuesto urbanístico, es no solo frente a la necesidad de aplicar normas producidas en el orden provincial y nacional en ejercicio de competencias concurrentes, sino también frente a la circunstancia que la norma del art. 1.1.0 del proyecto de reglamento de zonificación recoge expresamente situaciones jurídicas subjetivas de nuestro sistema jurídico (derechos de incidencia colectiva del art. 43 de la C.N e intereses difusos de nuestra ley 10.000). Lo hace, de este modo, al referir y tutelar la preservación de los ambientes de valor histórico,

<sup>30</sup> Reyna Justo, en "Técnicas Administrativas y Derecho Urbanístico"; exposición correspondiente a las "III Jornadas de Derecho Administrativo Iberoamericano — Ordenación del Territorio, Urbanismo, Medio Ambiente y Protección del Patrimonio Cultural a ambos lados del Atlántico — Problemas y retos pendientes. Pazo de Mariñán. España 7-11 de junio de 2010; donde traje a cita al profesor. Rodríguez Arana Muñoz, Jaime en su trabajo sobre "El Derecho Administrativo en el Siglo XXI: Nuevas Perspectivas" donde ha dicho que: "... el trabajo, ya iniciado hace algunos años entre nosotros, de adecuar nuestras instituciones a la realidad constitucional. Tarea que se debe acometer sin prejuicios ni nostálgicos intentos de conservar radicalmente conceptos y categorías que hoy que encajan mal con los parámetros constitucionales. No se trata, de ninguna manera, de una sustitución "in toto" de un cuerpo de instituciones, conceptos y categorías, por otro; no, se trata de estar pendientes de la realidad social y constitucional para detectar los nuevos aires que han de alumbrar los nuevos conceptos, categorías e instituciones con que el Derecho Administrativo, desde este punto de vista, se nos presenta, ahora en una nueva versión más en consonancia con lo que son los elementos centrales del Estado social y democrático de Derecho dinámico, o también denominado de segunda generación. Ello no quiere decir, como se comentará más adelante, que estemos asistiendo al entierro de las instituciones clásicas del Derecho Administrativo. Más bien, hemos de afirmar, no sin radicalidad, que el nuevo Derecho Administrativo está demostrando que la tarea que tiene encomendada de garantizar y asegurar los derechos de los ciudadanos requiere de una suerte de presencia pública, quizás mayor en intensidad que en extensión, que hace buena aquella feliz definición del Derecho Administrativo como el Derecho del poder para la libertad (González Navarro). En fin, junto a la metodología que nos proporciona el acercamiento a las ciencias sociales desde los postulados del pensamiento abierto, plural, dinámico y complementario, es menester trabajar en el marco constitucional para extraer toda la fuerza, que no es poca, que la Norma fundamental encierra en orden a configurar un Derecho Administrativo más democrático en el que el servicio objetivo al interés general ayude a redefinir todas aquellos privilegios y prerrogativas que no se compadecen ya con una Administración que trabaja sólo desde la unilateralidad".

arquitectónico, urbanos y paisajísticos; el manejo de la vulnerabilidad ambiental; y todos aquellos aspectos relacionados a parámetros de sustentabilidad social, económica y ambiental del territorio.

Ya en ese contexto de multidimensionalidad circunscripta al orden interno nacional, dejé planeada la hipótesis de una multidimensionalidad que traspasara las fronteras nacionales hasta lo internacional. Sostuve que los derechos de incidencia colectiva del art. 43 de la CN y los intereses difusos tutelados en el orden local, en la práctica, operan o pueden operar como disparadores transversales desde los sistemas jurídicos locales, a los provinciales, a los nacionales y hasta los sistemas del orden internacional. Un supuesto urbanístico, de esta forma, puede no agotarse en el orden de las técnicas del derecho de la ciudad sino que exigen de una actividad de adherencia y de sincronización con las otras dimensiones jurídicas alcanzadas por el acto o supuesto urbanístico.

## 2.2 Servicio público concesionado. Sujetos y relaciones

Razones metodológicas y de economía en relación al presente trabajo me llevan a referir de modo central a los aspectos conceptuales del servicio público que me resultan conducentes para el desarrollo del tema.

2.2.1 La noción de servicio público que a continuación transcribo es la elaborada por un extrañado jurista y amigo cuya ausencia no es fácil de suplir para comprender y atender estos tiempos explosivos y vertiginosos en el desarrollo del derecho. Ha dicho que: "Servicio Público, entonces y en mi opinión es toda actividad económica, regular, continua y uniforme, que persigue el propósito público de satisfacer eficazmente las necesidades materiales colectivas a cuyo aseguramiento está obligado el Estado, tanto a través de la prestación per se o por particulares delegados, para alcanzar el bienestar general, y cuyo sujeto acreedor es el contribuyente del erario público, titular del derecho fundamental del acceso al servicio y como usuario a la prestación efectiva del mismo, con preponderancia de sus intereses económicos con relación al sistema de potestades estatales y los derechos del prestador privado del servicio, en un régimen especial de derecho público". "Por lo tanto, el concepto de servicio público con la reforma de 1994 no es autónomo o enteramente disponible para el legislador lato sensu. Sino que está supeditado al sistema de derechos del contribuyente usuario prescriptos por el artículo XXXVI

de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y el art. 42 de la CN.<sup>31</sup>

El concepto ha sido, parcialmente compartido por doctrina nacional reconocida. Ha destacado que no comparte la última afirmación relativa a que los derechos del contribuyente usuario imponen limitaciones al legislador *lato sensu*. Sostiene, al respecto que el art. 36 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, al establecer que el “Deber de pagar impuestos: toda persona tiene el deber de pagar impuestos establecidos por la ley para el sostenimiento de los servicios públicos”, lo ha formulado en un sentido demasiado amplio. Afirma que se ha comprendido a las tasas dentro del concepto de impuesto, y se ha tomado al servicio público con el alcance de la doctrina francesa, que no lo distingue, como sí lo hace nuestra doctrina nacional, de las funciones del Estado.<sup>32</sup>

Los autores coinciden, en sustancia, con la línea relacionada al fuerte impacto sistémico que ha provocado la reforma del año 1994, recepcionando los derechos de los usuarios y de los aspirantes sobre la base de un orden de globalización contrahegemónica al incorporar las “pautas del nuevo orden internacional en lo económico, y que ello es llevado a cabo desde un Estado que asume su responsabilidad de gestión de medidas de acción positiva, tal como lo ordena expresamente el texto constitucional (art. 75 inc. 23 CN.)”.<sup>33</sup>

Traigo a cita algunas consideraciones formuladas en oportunidad de participar en la elaboración de un parecer jurídico. De ellas se infiere mi coincidencia mayor con la línea del profesor Salomoni. En el análisis de un conflicto con motivo de concesión del servicio provincial de agua potable y desagües cloacales, se adentró en los alcances de la ecuación económica del contrato en su relación con los usuarios.<sup>34</sup>

Se dijo que “De este modo se perfiló el negocio jurídico complejo. Es complejo pues se plantea entre la Persona jurídica pública y el particular concesionario, pero con proyecciones en sus efectos con los particulares usuarios del servicio que ven modificada su esfera jurídica con

<sup>31</sup> Salomóni, Jorge Luis, en “El concepto actual de servicio público en la República Argentina”, en “Documentación Administrativa DA, 267-268 Septiembre 2003-Abril 2004, El Derecho Administrativo en Argentina: Situación y Tendencias Actuales (I)”; Instituto Nacional de Administración Pública.

<sup>32</sup> Perez Hualde, Alejandro en “El Servicio Público y los Tratados Internacionales. Homenaje al Dr. Pablo A. Ramella”, en SJA 23/5/07 J.A. 2007 –II-1154.

<sup>33</sup> *Ib Idem*.

<sup>34</sup> Dictamen Fiscalía de Estado 805:03.

motivo de aquel negocio jurídico derivado del ejercicio de potestad normativa (constitucional, legal y reglamentaria) y de facultades negociales de las partes aludidas. Perfeccionado el contrato por el encuentro de las voluntades, por la adjudicación y suscripción del contrato según corresponda, el contrato aparece en el mundo jurídico con una ecuación económica original surgida de la equivalencia de las prestaciones, cargas y beneficios y sus implicancias económica. Objeto del contrato para unos, ecuación económica financiera del contrato para otros, utilidad razonablemente calculada etc.; en definitiva aspectos que “hacen o bien a la tutela jurídica del interés económico del cocontratante o al de la Administración o el de los interesados destinatarios de servicios con sus derechos constitucionalmente garantidos (art. 42 de la CN)”.

“La reforma de la Constitución del año 1994, al instituir el citado art. 42 ha incorporado derechos de sustrato administrativos fundamentales de contenido económico y directamente conformadores de un aspecto no susceptible de ser desplazado en su consideración de las implicancias de las ecuaciones económico financieras del contrato de concesión. De este modo los usuarios no sólo tienen derechos vinculados a la calidad y eficiencia de los servicios públicos sino también un interés económico con facultades de exigir a las autoridades y al concesionario el respeto de dicho interés.”

“El particular no es ajeno a ese aspecto económico surgente de la ley, el pliego, la voluntad del particular surgida de su oferta y del acto de adjudicación respectivo (decreto 2141/95)”.

En el ámbito de la Provincia de Santa Fe, el alcance de la tutela económica de los derechos de los usuarios fue extendida, a nivel de opiniones, más lejos del criterio expuesto al sostenerse que los daños que sufriera la Provincia provenientes de la rescisión por culpa de los inversores extranjeros oferentes y de la concesionaria — consistente en la clara y contundente voluntad de retirarse del contrato ante el fracaso del negocio por no asumir sus riesgos — no podían ser trasladados a los usuarios de una manera directa por conducto de un aumento tarifario. Desde lo técnico se estimó y calculó económicamente el riesgo no asumido por los inversores oferentes — a pesar de sus firmes compromisos en la etapa de cotización — y por la concesionaria para cumplir con el contrato de concesión, concluyéndose, como dije, en la improcedencia de trasladar esos riesgos a los destinatarios del servicio por medio del

aumento tarifario y en la pertinencia de intimar por los daños y perjuicios sufridos por la Provincia.<sup>35</sup>

2.2.2 El aspecto subjetivo del contrato de concesión clásico — diseñando subjetivamente como una relación entre el concedente y concesionario a quien se le ha delegado una actividad de prestación — no debe ser visto ya desde la óptica cerrada de la autonomía que propugna todo derecho administrativo local o doméstico.

El análisis del elemento subjetivo del contrato exige ahora de la consideración de la eventual presencia de inversores extranjeros en las etapas precontractuales y contractuales del contrato de concesión. El grado de participación, los compromisos asumidos y las eventuales proyecciones de esos aspectos sobre contrato de concesión en orden a la determinación de las responsabilidades resultantes deben ser analizados desde una óptica diferente. Asimismo, las decisiones que se tomen deben siempre ser pasadas por el tamiz del impacto que ellas pueden provocar en la esfera jurídica del citado inversor extranjero tutelada no ya por normas de orden doméstico sino por estándares internacionales susceptibles de invocarse ante la jurisdicción internacional.

El contenido de las relaciones jurídicas entre el concedente y el usuario; como de éste con el concesionario han sido ampliados y

<sup>35</sup> Por Acta n° 23 de la Comisión creada por decreto 2238/04 CEARINSA, del 15 de diciembre de 2006 se fijaron las bases conceptuales invocando el precedente 805:03, sosteniendo que: “De este modo los usuarios tienen un interés económico a ser tutelado, pues a ellos no les corresponde soportar el mayor precio o costo derivado del incumplimiento de las promesas de los inversores oferentes formuladas al momento de cotizar. Por lo expuesto reiteramos que el perjuicio económico no puede ser afrontado por la concedente ni por los usuarios trasladando a la tarifa las diferencias no asumidas por los inversores. Debe ser soportado por los inversores responsables del fracaso del negocio en razón de ser un compromiso asumido expresamente con pleno conocimiento; es decir que había sido previsto como contingencia cuya exigencia es compatible con las soluciones que brinda el sistema jurídico respecto de otras situaciones.

En el Acta n° 24, del 12 de enero de 2007, al Comisión fija posición respecto de las incorrecciones de los inversores contenidas en escritos del Arbitraje relativas al alcance del régimen legal y regulatorio establecido para atraer inversiones al proceso privatizador. En el punto 2 se expuso y expuso las razones de orden jurídico y técnico relativas a la conformación de la ecuación económica financiera del contrato de concesión surgida de la oferta económica del grupo inversor.

El Acta n° 36 determina los perjuicios destacándose que es el pilar conceptual que los compromisos asumidos al cotizar “... de asumir las eventuales diferencias entre los ingresos por facturación que proyectaron en su oferta, para todo el negocio y los que efectivamente ingresaron al negocio. Las diferencias no asumidas configura, según la tésis, un riesgo a su cargo y, por lo tanto no pueden ser susceptibles de ser trasladados al concedente ni a los usuarios del servicio público”. Luego de analizar cuales fueron las causales que llevaron a cometer el error de sobrestimar los ingresos al momento de cotizar, se calculó el valor que se debería reclamar al ex-concesionario.

Por Acta n° 39, del 30 de noviembre de 2007 se aconsejó intimar a la ex-concesionaria a que indemnice los daños y perjuicios derivados de la rescisión del contrato de concesión.

En el Acta final de la Comisión n° 44, de fecha 30 de octubre de 2008, se agrega como Anexo 2 una nota que da cuenta de razones de orden jurídico vinculadas al tipo de responsabilidad en juego en relación a los inversores y de la pertinencia y conveniencia de reclamar por los daños; aludiendo a la actividad coordinada desplegada con la Procuración del Tesoro de la Nación para las decisiones estratégicas para el conflicto interno e internacional.

tutelados de modo especial con motivo de la reforma constitucional de 1994 confiriendo situaciones jurídicas subjetivas a los usuarios antes no reconocidas en el modelo anterior a la reforma, construido sobre modelos panópticos, cerrados, verticales de la organización estatal y de la producción de normas.

El derecho administrativo clásico anterior a la reforma de 1994, con su autonomía, no es suficiente para atender las situaciones reguladas de modo más complejo. Debemos modular ese derecho local para el que se invocaba el art. 121 de la C.N; o lo que era mejor, consistente en que el mismo surgía de la sistemática originaria de la Constitución Nacional en donde a cada Provincia preexistente a la Nación le correspondía regular autónomamente el cuerpo de normas y principios de derecho público destinado a la organización, actuación, relaciones y control de su administración pública en el ejercicio de la función administrativa.

### 3 El arbitraje internacional, sistema complejo y la juridicidad de sincronizar el sistema jurídico complejo

La sola participación de un inversor extranjero en las etapas precontractuales y contractuales de los contratos administrativos de concesión exige que todo proceso de aplicación normativa implicado en el dictado de actos administrativos sea el resultado de las actividades materiales y jurídicas de verificación de las normas aplicables y susceptibles de ser respetadas, más allá de que ellas se produjeron fuera de la jurisdicción local. Confluyen en el caso normas producidas por distintos conductos. No se tratará ya, como veremos más adelante, de un procedimiento de aplicación lineal de un derecho local sino de un derecho local, vinculado al nacional y, eventualmente al orden jurídico internacional, dirigido a una verificación de los sistemas jurídicos aplicables.

Sin embargo, la conformación concreta y particular de un juicio arbitral a partir de demandas de inversores extranjeros, debe convertirse en causa fuente del desarrollo de actividad material y jurídica concreta por parte de las administraciones locales y nacionales involucradas que deben sincronizarse en su actuar material y en el actuar jurídico.

No se trata ya sólo de un tema de mera verificación normativa — como en el supuesto de la sola participación de un inversor extranjero en una relación jurídica sometida al derecho local —, sino de una actividad material y jurídica de sincronización de los sistemas jurídicos

involucrados (locales, nacionales e internacionales), a ser desplegada con motivo del arbitraje.

El caso arbitral opera en la práctica, por lo tanto, como portal de comunicación e interconexión entre los distintos sistemas jurídicos domésticos y de su deslinde con el orden internacional del caso. De este modo el ejercicio por parte del inversor de su opción de no someter sus diferencias económicas ante el orden doméstico sino ante la jurisdicción internacional, exige de una sincronización desde lo doméstico hacia lo externo para definir los límites y consecuencias del sistema jurídico complejo regulatorio.<sup>36</sup>

La Administración local debe actuar en sincronía con la Administración nacional y ello no por un imperativo fundado en el principio de buena administración sino como un imperativo jurídico de base constitucional, legal y del caso. El imperativo proviene de la nueva sistemática constitucional que ha dado valor supralegal a Tratados Bilaterales de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, provocando ello la configuración del sistema jurídico complejo, transversal y sinóptico, que supera el vertical, estanco y panóptico del modelo clásico estatal.

El juicio arbitral constituido aglutina así distintas realidades, provocando el nacimiento de una totalidad como sistema complejo. El concepto responde a la realidad global en todas sus facetas que exige de análisis multidisciplinares y multidimensionales para llegar al conocimiento de los casos concretos.

(i) El arbitraje internacional, por ende, tiene como efecto general y directo, el de constituirse en la causa fuente del nacimiento y aparición de un sistema jurídico complejo en el ámbito doméstico, el que por ser tal exorbita y modula a los subsistemas locales y nacionales conectados ahora por el portal del arbitraje.

<sup>36</sup> Reyna Justo, en "Fundamentos y Consecuencias del Actual Control Judicial de la Inactividad Administrativa — La Administración sincronizada —"; en "Cuestiones de Control de la Administración Pública — Administrativo, Legislativo y Judicial. Jornadas organizadas por la Universidad Austral Facultad de Derecho, 13, 14 y 15 de mayo de 2009" Ediciones Rap; p. 491 y sgtes. En dicha oportunidad aludí a las bases para el despliegue de actividad administrativa sincronizada entre Administraciones Públicas a partir del fallo Mendoza de nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación por la Cuenca Matanza — Riachuelo. En dicha oportunidad ya dejé planteado que la existencia de conflicto arbitral externo era fundamento habilitante para el despliegue de actividad administrativa conjunta La sincronización es, según considero, la expresión adecuada para expresar el proceso jurídico para armar el sistema jurídico complejo a partir del caso; en tanto la expresión sincronía refiere etimológicamente a una coincidencia de hechos o fenómenos en el tiempo. La efectiva promoción de una demanda arbitral o la conformación del arbitraje, se convierte en un hecho que conecta en un tiempo determinado a los distintos sistemas jurídicos. El deslinde de las zonas de confluencia y la demarcación de los límites de cada sistema jurídico — provincial, nacional e internacional — será una acción ha ser desarrollada en el ámbito con competencia para ella. Adelanto que deberá ser de abajo hacia arriba. Desde lo doméstico a la internacional. Ello de forma sincronizada entre las Administraciones públicas domésticas — Nación y Provincia.

La modulación de los subsistemas domésticos, debe buscarse primeramente y de modo principal, en la relación entre la Administración y la ley entendida como fundamento y límite de la potestad de actuación. La distribución de las competencias tanto para el ejercicio de potestad normativa y la competencia administrativa para actuar y relacionarse no deben ser interpretadas conforme al sistema de reparto de competencias del modelo constitucional anterior a la reforma de 1994 del modelo vertical y cerrado del panóptico.

Debe tenerse presente desde lo conceptual que el concepto de sistema complejo, no es un concepto inherente solamente a las ciencias jurídicas. Es un imperativo de la realidad del mundo global. La epistemología se ocupa del mismo con certeza científica al caracterizar al sistema complejo como "una representación de un recorte de la realidad, conceptualizado como totalidad organizada (de ahí la denominación de "sistema") en la cual los elementos no son "separables" y, por lo tanto, no pueden ser estudiados aisladamente".<sup>37</sup>

El prestigioso investigador argentino indicado en la cita del párrafo precedente, ha desarrollado en su obra distintos aspectos de evidente utilidad práctica. Principios que pueden relacionarse, a lo que personalmente denomino la actividad de sincronización del ámbito local, nacional e internacional, para construir el sistema complejo derivado de un arbitraje. Su consideración es conveniente para cimentar todo proceso de sincronización.<sup>38</sup>

(ii) El arbitraje, de modo particular y como consecuencia derivada del nacimiento del sistema complejo, tiene como efecto la ampliación de las potestades de las Administraciones alcanzadas por él, en materia de organización, de acción y de relaciones interadministrativas, en orden a su comparación con las correspondientes para el ejercicio normal

<sup>37</sup> García, Rolando, "SISTEMAS COMPLEJOS. Conceptos, método y fundamentación epistemológica de la investigación interdisciplinaria"; Ed. Gedisa e "Interdisciplinariedad y Sistemas Complejos"; Buenos Aires, Mayo de 2007, p. 21.

<sup>38</sup> Ib Idem. p. 183/184, ha dicho que: "Principios Generales. 3.1. Principios de organización a. Estratificación. Los factores que directa o indirectamente determinan el funcionamiento de un sistema complejo puede ser distribuidos en niveles estructurales diferenciados, con sus dinámicas propias. Los niveles no son interdefinibles, pero las interacciones entre niveles son tales que cada nivel condiciona las dinámicas de los niveles adyacentes. b) Articulación interna- El estudio de un sistema complejo comienza generalmente con una situación particular o con un conjunto de fenómenos que tiene lugar en un cierto nivel de organización que he designado como nivel base. Los factores que actúan en dicho nivel corresponden a cierto tipo de procesos y a ciertas escalas de fenómenos agrupables en subsistemas constituidos por elementos entre los cuales hay un mayor grado de interconexión con respecto a los otros elementos del mismo nivel. Estos subsistemas funcionan como subtotalidades, las cuales se articulan por relaciones, que, en su conjunto, constituyen la estructura de ese nivel particular del sistema".

de atribuciones del modelo panóptico público. La actividad jurídica y práctica de sincronización se presenta, como dije, como un imperativo de orden jurídico.

Los supuestos multidimensionales — que involucran distintas jurisdicciones y por ende distintos órdenes jurídicos — conectados a partir de supuestos concretos — impactan de modo trascendente la clásica relación de tensión entre la ley o bloque jurídico y la acción administrativa, en tanto aquélla se presente como fundamento y límite de la potestad de actuación. Las técnicas y las pautas correspondientes al modelo de Estado vertical, cerrado y panóptico, que reparten las competencias constitucionales en materia de potestades normativas o administrativas, bajo premisas dirigidas a lo rígido como sistema de control de la acción administrativa, deben modularse cuando las Administraciones se encuentran frente a interconexiones ya producidas en el mundo jurídico más allá de sus voluntades. Así sucedió en el caso “Mendoza” de la Corte Nacional, al que aludí en el presente respecto de la Cuenca Matanza-Riachuelo y así sucede en la situación de la Provincia proveniente de la configuración de un sistema jurídico complejo a partir del arbitraje iniciado por los inversores oferentes.

El carácter multidimensional de un supuesto puede ser interno o internacional. Así puede inferirse del apartado 2.1. del presente en donde si bien se focalizó más que nada a las interconexiones internas se dejó planteado la aplicación del subsistema internacional con motivo de actividad administrativa de contenido urbanístico.

Frente a la insuficiencia de los modelos tradicionales de la teoría jurídica y de la ciencia del derecho para captar y atender situaciones jurídicas complejas, su abordaje debe ser de acuerdo a un proceso de conocimiento, construido sobre los postulados de un pensamiento abierto, plural, dinámico y complementario, que opere sin ataduras a dimensiones disciplinares o jurídicas.<sup>39</sup>

En ese contexto urbanístico sostuve distintas conclusiones trasladables a este supuesto: a) El bloque jurídico habilita a la Administración a generar, por actos administrativos generales no normativos, organizaciones administrativas sincronizadas para atender supuestos multidimensionales y multidisciplinarios,<sup>40</sup> siendo que así ya lo hizo la Provincia

<sup>39</sup> Reyna Justo, en “Técnicas Administrativas y Derecho Urbanístico”; ob. cit.

<sup>40</sup> En el punto 4.1 se concluyó que: “El derecho, por ende, entendido como bloque jurídico, habilita a los ejecutivos municipales a generar por actos administrativos generales no normativos las organizaciones administrativas

de Santa Fe creando la Comisión Especial del Arbitraje del decreto 2238/04 que actuó con competencias consultivas y activas; b) el bloque habilita a los Poderes Ejecutivos a determinar los procedimientos administrativos como conjunto de reglas aplicables a la Administración sincronizada, luego de una adecuada armonización previa de las distintas dimensiones o sistemas jurídicos;<sup>41</sup> c) es requisito de legalidad en el ejercicio de la actividad sincronizada la determinación previa del procedimiento administrativo que regule la actividad;<sup>42</sup> y por último d) que el principio de juridicidad que regula la administración sincronizada por un supuesto particular, como nuestro arbitraje, debe modularse flexibilizando la tensión entre la Administración y la ley; siendo que la actuación podrá presentarse preponderantemente regulada por normas producidas por la propia administración en ejercicio de particulares y especiales potestades normativas, resultantes del sistema jurídico complejo que el caso determina.<sup>43</sup>

(iii) El arbitraje, de modo particular y también como consecuencia del nacimiento del sistema complejo, atribuye al orden doméstico para analizar y decidir de modo directo e inmediato — con prescindencia de

---

sincronizadas necesarias para atender supuestos multidisciplinarios y multidimensionales; convocando, si el caso lo justifica, a los centros de enseñanza como lo hizo la Corte Suprema de Justicia de la Nación que asignó a la Universidad de Buenos Aires a través de los expertos de las Facultades de Medicina y Farmacia y Bioquímica, para que actuaran técnicamente en supuestos calificados por nosotros — en el presente trabajo — como multidisciplinarios.”

<sup>41</sup> En la conclusión 4.2. se dijo que: “El derecho, asimismo, habilita a los ejecutivos municipales a determinar de modo general y no normativo (sin vocación de permanencia) los procedimientos administrativos que permitan la conexión disciplinar y dimensionales. Debe tenerse presente que la noción de procedimiento administrativo puede desplegarse desde dos visiones diferentes. Una sistémica, es decir como el conjunto de reglas de derecho y principios que regulan el proceso formativo de la voluntad del Ente público en ejercicio de función administrativa (ley o acto administrativo general normativo o no normativo regulatorio de procedimientos particulares). Otra visión desde la realidad del mundo físico; es decir como conjunto de declaraciones de voluntad, de juicio de conocimiento o de deseo unidas como conducto formal del ejercicio de una concreta e individual ejercicio de función administrativa desde el punto de vista jurídico. Las etapas preparatoria, constitutiva e integrativa de la eficacia de los procedimientos que se establezcan deben regularse y desarrollarse conforme a una adecuada armonización previa de las distintas dimensiones o sistemas jurídicos que se vinculan a partir del caso”.

<sup>42</sup> En la conclusión 4.3. se dijo que: “Es requisito de legalidad de la administración sincronizada aplicable al presente (conforme a la pauta jurisprudencial y jurídica y a lo expuesto en el trabajo indicado en la cita 2), la determinación previa del procedimiento administrativo por medio de un acto general por el que se inferirá de los distintos sistemas jurídicos cuales son las normas aplicables e intervenciones necesarias para la perfección, validez y eficacia del acto respectivo. La autoridad, reitero, debe extraer de los distintos sistemas jurídicos, previo al despliegue de la actividad, el procedimiento administrativo para llevarlo al mundo jurídico como una norma general. Esta autolimitación configura, en principio, un requisito de validez del acto individual”.

<sup>43</sup> En la última conclusión se dijo que: “4.4. El principio de juridicidad en el ejercicio de la función administrativa, de este modo, en supuestos urbanísticos multidimensionales o frente a los cuales la materia urbanística ha sido penetrada transversalmente por normas, actos o situaciones jurídicas subjetivas especiales conforme se aludió precedentemente debe modularse flexibilizando la tensión entre la Administración y la ley como fundamento y límite de la potestad de actuación administrativa. La actuación de la Administración podrá presentarse preponderantemente regulada por normas producidas por la propia Administración Pública en ejercicio de particulares y especiales potestades normativas, pero con la pertinente adherencia al sistema jurídico complejo que el caso exija”.

exigencias del orden local o nacional —, conforme a la relación jurídica sustancial entre oferentes inversores y concedente, corriendo el velo del “vehículo corporativo” al que se hubiere recurrido al constituirse la persona jurídica que exige el derecho interno para formalizar el contrato de concesión respectivo.

La relación formal entre una Provincia concedente y la sociedad concesionaria — contenida en el contrato de concesión —, ha sido superada en este aspecto subjetivo, como corolario lógico y proporcional de la decisión de los inversores de someter la cuestión a un arbitraje en el que la desaparición o permeabilidad absoluta del velo corporativo es inherente a los propios estándares de protección internacional.

(iv) Por último, es factible que el arbitraje presente como efecto particular el del nacimiento de la competencia originaria de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los términos del art. 117 de la C.N. cuando frente a las particularidades del caso, el arbitraje internacional y el conflicto interno presenten una conexión directa que convierta a la materia federal involucrada en “exclusiva”, “preponderante” o “esencial” como para habilitar la jurisdicción del Máximo Tribunal. Un necesario deslinde entre el orden doméstico y el orden internacional que en el sistema jurídico sólo puede hacerse desde el orden local hacia el externo. Razones de soberanía en el aspecto externo y las limitaciones de los tribunales arbitrales para admitir y analizar cuestiones regulatorias internas; así, por otra parte impiden que este deslinde sea desde lo externo hacia lo interno.

### 3.1 El caso de la Provincia

La referencia a la Provincia se formula, en el contexto aludido de intentar transmitir experiencias personales. Construir un puente de comunicación con el receptor de este trabajo como un instrumento metodológico para avanzar en el tema.

#### 3.1.1 Sistema complejo y la modificación de los elementos subjetivos del contrato de concesión en la Provincia

El marco teórico y conceptual descrito en el presente trabajo, es el que subyace a criterios sostenidos en el ámbito de la Provincia en oportunidad de emitir opinión sobre el dictamen aludido en la nota 12. Se correspondía a un pedido de los inversores extranjeros de transferencia

de sus acciones a un inversor nacional que se sustentaba en una serie de imputaciones al comportamiento de la Provincia; acompañado de una presentación separada del inversor local con peticiones de renegociación de contrato semejantes a las formuladas y denegadas al inversor extranjero por causas imputables a éste.

Se analizó el caso destacando al conflicto como superador de los conflictos locales por estar regulado por un sistema jurídico al que califica como "complejo", uno de cuyos efectos es de haberse innovado el sistema local al reconocerse en el aspecto subjetivo de las relaciones del contrato de concesión, más allá de la parte contractual a la figura del inversor extranjero.

Se dijo: "El contrato de concesión resulta alcanzado por las normas nacionales dictadas por el H. Congreso de la Nación en ejercicio de sus atribuciones propias (art. 75 inc. 18, 22 y 27) que han incorporado al sistema jurídico normas de valor supralegal (leyes 21400 y 24353) aprobatorias de Tratados Bilaterales para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones Extranjeras, que han innovado el sistema jurídico con proyecciones sobre las relaciones jurídicas al reconocer en el aspecto subjetivo de las relaciones, más allá de la parte contractual, la figura del inversor extranjero, al que por dicha normativa nacional se lo habilita a optar para la solución de controversias, a recurrir a la jurisdicción internacional, en el caso, ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias en materia de Inversiones (CIADI); es decir una normativa nacional, que habilita a que, bajo la invocación de estándares internacionales de protección, puedan discutirse ante dicha sede pretensiones económicas relacionadas a los contratos locales".<sup>44</sup>

El dictamen<sup>45</sup> que aconsejó la rescisión — decidida por decreto 243/06 — mantuvo la misma línea metodológica seguida para identificar los aspectos subjetivos de la concesión, como superadores del resultante del modelo clásico y vertical que los focaliza sólo en lo atinente al concedente y — en el caso — a la sociedad concesionaria. De este modo con motivo de una interpretación sincrónica del sistema jurídico complejo, se aconsejó la rescisión por culpa no sólo del concesionario sino también de sus inversores extranjeros, consistente en la clara y contundente voluntad de retirarse del contrato con posturas que no se ajustaban a la

<sup>44</sup> Dict. Fiscalía 11:46.

<sup>45</sup> Dictamen 42:06.

realidad negocial y al sistema jurídico aplicables (punto 3.1. del dictamen 11:06 y sus concordantes).

El decreto que decidió la rescisión instruyó a desplegar actividad administrativa para determinar los daños y perjuicios por los incumplimientos de la concesionaria, su operador y el comportamiento de los inversores extranjeros; y ello como consecuencia de un análisis del sistema desde la óptica de la complejidad que aparejó la modificación subjetiva de la concesión y su contrato.

### 3.1.2 La situación actual en la Provincia

3.1.2.1 En la actual situación de litigiosidad de la Provincia, ella ha mantenido y profundizado las líneas básicas contenidas en los criterios expuestos desde otras ópticas que exigen también de una interpretación del sistema como complejo, tomando las partes fragmentadas de manera sincronizada.

Se invoca, como ya dije entre otros aspectos, que debe desconsiderarse la personalidad jurídica de la sociedad nacional dado que, en el caso, cae bajo los artículos 33 y 54 de la ley de sociedades comerciales 19550 ya transcritos y, asimismo, que así como los tribunales internacionales desconsideraron el velo corporativo de la concesionaria en base a la interpretación de normas nacionales, las cortes locales deben hacerlo pues también son ley para la República y por razones de establecer y brindar una garantía de seguridad recíproca.<sup>46</sup>

En efecto, se trata de actividad de defensa legal, dirigida por el titular de jurisdicción, relativa a una acción judicial de pobreza para litigar a los inversores que primero fueron oferentes y luego adjudicatarios del contrato de concesión. Estos inversores prometieron específicamente hacerse cargo del servicio. Estas promesas se hicieron antes y por fuera de la sociedad comercial que los uniría. La sociedad anónima fue, simplemente, el “vehículo” corporativo single-purpose (de objeto social único) por el que se canalizó el negocio realizado por estos inversores nacionales y extranjeros. A tal punto la sociedad concesionaria fue considerada un simple y mero vehículo corporativo — un disfraz más o menos sofisticado para inyectar capitales extranjeros con destino a financiar

<sup>46</sup> Reitero que las causas judiciales refieren a demandas de pobreza presentadas por la ex concesionaria contra la Provincia de Santa Fe para que se le otorgue beneficios para litigar sin gastos, entre otros, contra el decreto de rescisión 243/06, que aludiera a la culpa de la concesionaria y de sus inversores extranjeros. Por cierto la Provincia se opone a que se pueda alegar insolvencia.

una concesión local —, que hoy, en la arena internacional, los propios inversores extranjeros desestimaron la personalidad jurídica de la concesionaria y la pusieron al costado del camino, demandando a la República Argentina directamente por supuestas violaciones a ciertos tratados internacionales. Dichos tratados internacionales constituyen también ley federal argentina. Concluye, en relación al tema que no se está frente a un litigio particular sino que estamos (a) ante una litigación múltiple, (b) desatada por los accionistas — inversores de la concesionaria, (c) que ya reclamaron por todos los daños a su contrato de concesión, alegando su protección por el derecho internacional de las inversiones, (d) solicitando en dicha empresa el reconocimiento de un *jus standii* propio y directo, (e) a fin de desplazar las consecuencias que se seguían de tener que reclamar bajo el velo corporativo de la concesionaria (f) pretendiendo obtener ventajas de la circunvalación o desestimación de la personalidad social, (g) para invocarla ahora en forma oportunista y abusiva a fin de recuperar una alegada garantía perdida ante la Provincia en el correspondiente juicio contencioso administrativo en jurisdicción local y para discutir la legitimidad del Decreto n° 243/06. Esto de por sí muestra la extraordinaria complejidad que tiene este asunto. e instruyó al Ente Regulador y a una Comisión especial a la que aludiré, a desplegar actividad administrativa para determinar los daños y perjuicios por los incumplimientos, su operador y el comportamiento de los inversores extranjeros que llevaron las diferencias económicas a la jurisdicción internacional. Entre otros aspectos aludió a esa estrategia de los inversores extranjeros de llevar las diferencias económicas a la jurisdicción internacional del CIADI, y a la estrategia de retiro del contrato culminada con la decisión de disolución anticipada de la sociedad, pese a la firme oposición de los inversores locales a dicha disolución anticipada de la sociedad. En el decreto referido se manifestó que la clara y contundente voluntad del concesionario y sus inversores extranjeros de retirarse del contrato era con posturas que no se ajustaban a la realidad negocial y al sistema jurídico aplicables (punto 3.1. del dictamen 11:06 y sus concordantes).

3.1.2.2 Los daños y perjuicios sufridos por la Provincia con motivo de la extinción del contrato de concesión configura otro aspecto de la situación actual en la que está colocada.

La resolución de un conflicto de daños y perjuicios sufridos por la Administración Pública no puede ser sometida, conforme al actual

régimen, a la jurisdicción especial de lo contencioso administrativo, que es provocada, revisora de actos, de legalidad y que no admite la reconvencción; tal como se infiere del régimen jurídico expuesto sucintamente en el presente; es decir que no podría, en principio reconvenirse con motivo del contencioso administrativo impugnativo del decreto de rescisión.

Una interpretación panóptica o cerrada del sistema jurídico local diseñado durante la situación antes de la reforma nos mandaría a la justicia ordinaria en materia contractual o extracontractual según se interprete el tipo de responsabilidad que se habría incurrido en el caso.<sup>47</sup>

### 3.1.3 La competencia para sincronizar el sistema jurídico complejo en la situación de la Provincia

La situación de la Provincia de Santa Fe con motivo del juicio arbitral, tiene dos ejes a ser pensados. Uno relacionado a la competencia administrativa para el desarrollo de actividad administrativa de sincronización entre los sistemas jurídicos en materia de organización y actividad administrativa que se relacione al servicio público motivo del arbitraje. El otro el relacionado a la competencia jurisdiccional para entender en algunos conflictos relacionados a la defensa legal de los intereses de la Provincia.

3.1.3.1 Competencia administrativa para sincronizar sistemas jurídicos en materia de organización administrativa y actividad administrativa relacionada al servicio.

La Provincia de Santa Fe, con motivo del Arbitraje Internacional, desarrolló actividad jurídica y práctica dirigida a atender el cometido nacido con motivo del Arbitraje Internacional.

Por decreto nº 2238/04 se creó una Comisión de Estudios del Arbitraje Internacional promovido originalmente, por los inversores extranjeros y la sociedad concesionaria — quien luego dejara el proceso arbitral —. En el acto de creación se asignaron competencias administrativas en materia activa consultiva y de control y de coordinación con la Nación Argentina para atender el cometido público nacional y provincial comprometido.

Por actos sucesivos se le ampliaron sus competencias. El decreto de rescisión del contrato de concesión por culpa de los inversores y de la

<sup>47</sup> No califico en este trabajo a la naturaleza contractual o extracontractual de la responsabilidad con el fin de no generar distracciones del eje temático; más allá, que desde lo personal ella ha sido fijada en el anexo 2 del Acta 44 en que se aludió a la naturaleza contractual del compromiso.

concesionaria registrado bajo el n° 243/06, instruyó a la comisión para determinar los daños y perjuicios sufridos por la Provincia; y el decreto n° 2748/06 asignó competencia para elaborar un anteproyecto de contrato de vinculación transitorio que contenga las pautas mínimas del proceso de transición derivado de la rescisión del contrato y también para elaborar y proponer un modelo definitivo para la prestación del servicio.

La organización administrativa ejerció competencias consultivas, de control de actas celebrando convenios conforme a las autorizaciones de las normas competenciales con Universidades Nacionales y con expertos en materia económica.

Se integró, en sustancia, con funcionarios de carrera de la Administración central y descentralizada involucradas a los que se les modificó el contenido de sus respectivas relaciones jurídicas de empleo, asignándose en casi todos los supuestos, la titularidad de otros cargos transitorios correspondientes a la aludida Comisión Especial con reconocimiento de adicionales inherentes a un Estatuto por actividad.

Los técnicos de carrera, en razón de su posición en la carrera correspondientes a sus cargos permanentes, participaron en el proceso arbitral internacional como testigos de los hechos, y formularon propuestas de orden interno para establecer, por ejemplo, el régimen transitorio actualmente vigente para la prestación del servicio luego de la extinción anormal del contrato de concesión por culpa de los inversores extranjeros y de la concesionaria (decreto n° 246/03).

Las técnicas utilizadas en materia de organización y de acción, utilizadas en el supuesto de la Provincia, no se corresponden con las cerradas y verticales del derecho local que regulan tanto la organización administrativa en su aspecto objetivo, como lo subjetivo de las relaciones de empleo y de acción administrativa para coordinar con la Nación Argentina el ejercicio de función administrativa sincronizada.

### 3.1.3.2 Competencia jurisdiccional para entender en algunos conflictos relacionados a la defensa legal de los intereses de la Provincia

La situación en que se encuentra la Provincia para atender los conflictos judiciales vinculados a las relaciones jurídicas con los sujetos involucrados en la concesión del servicio.

Utilizo la expresión "sujetos involucrados en la concesión del servicio" por presentarse como una noción más amplia que la de "sujetos

del contrato de concesión de servicio público”, entre la Provincia y una sociedad comercial. Los inversores oferentes son sujetos involucrados en la concesión del servicio, pues forman parte de la relación por sus compromisos precontractuales o bien en función de su carácter de accionistas de la sociedad.

(i) La Provincia está sometida a una litigiosidad donde actúa en forma reactiva, como demandada. Frente a recursos contencioso administrativos interpuestos por la ex-concesionaria dirigidos a la anulación de actos administrativos. Procesos contencioso administrativos que tramitan ante la jurisdicción, especial, provocada, revisora de la instancia administrativa, de la ley 11330 en los cuales se ejercerá la defensa, como se está haciendo en pobrezas previas a recursos contenciosos administrativos, desde la óptica jurídica de los actos administrativos que plantean y analizan la relación sustancial entre inversores oferentes y la Provincia donde la constitución de la sociedad y firma del contrato configuró un vehículo para cumplir los compromisos.

Es un conflicto entre particulares y la Administración Pública provincial con motivo de una relación jurídica administrativa en la que confluyen, por voluntad del constituyente y por la circunstancia de la existencia de un proceso arbitral ante la jurisdicción internacional distintos subsistemas jurídicos que articulan una porción de la realidad consistente en un sistema jurídico complejo en función del cual se ha innovado respecto del elemento subjetivo de la concesión reconociendo al inversor como sujeto jurídico con derechos pero también con obligaciones y cargas en relación al negocio.

La tesis expuesta en el presente es complementaria con las soluciones que brinda el derecho interno. En la ley de Sociedades 19.550, como se afirmó, se habilita a correr el velo de la sociedad utilizada como “vehículo” corporativo single-purpose (de objeto social único) por el que se canalizó el negocio realizado por estos inversores nacionales y extranjeros.

En la medida que el inversor extranjero esté habilitado a prescindir de consideraciones formales relacionadas a la personalidad jurídica de la sociedad concesionaria para plantearse frente a la Administración de una manera directa sobre la base de la relación sustancial; corresponde a la Administración local esa misma habilitación como correlato del derecho a la “igualdad de armas” que ha sido reconocido por doctrina santafesina, a la Administración Pública como titular del derecho a la

tutela judicial efectiva sobre la base de considerar que superada la tesis clásica acerca de que los entes y órganos estatales no están dotadas de derechos sino de competencias, el derecho fundamental al debido proceso no se atribuye de manera exclusiva a las personas naturales, sino que también se predica de las personas jurídicas, de naturaleza privada o pública.<sup>48</sup>

La competencia jurisdiccional para entender en estas causas de sistemas complejos y para dictar los actos por los cuales se sincronicen los subsistemas y normas aplicables será en el ámbito de la jurisdicción local, con competencia material en lo contencioso administrativo y como jurisdicción especial en dicha materia. Nada que decir. La cuestión discurre en el sistema local por carriles razonables.

(ii) La Provincia está en una situación que debe actuar de modo proactivo en defensa de sus intereses por invocados daños y perjuicios provenientes de la rescisión por culpa del contrato de concesión imputable a los inversores extranjeros oferentes y a la concesionaria.

El sistema jurídico santafesino no admite, por ahora la reconvencción con lo cual la cuestión no puede debatirse ante la jurisdicción especial contencioso administrativa; difícilmente inclusive en el contencioso administrativo interpuesto por la ex concesionaria contra el acto administrativo de rescisión por culpa.

Tampoco puede reconvenir ante el CIADI en tanto no es parte en el proceso y la Nación difícilmente podría hacerlo invocando derecho local ante la jurisdicción internacional que aplica el derecho internacional sobre la base de estándares de protección en materia de inversiones extranjeras (tratamiento no menos favorable que el del inversor nacional, no expropiatorio, no discriminatorio o trato justo y equitativo).<sup>49</sup> Las cuestiones contractuales de derecho local no habilitan la jurisdicción del arbitraje focalizado a las controversias en materia de inversiones sostenidas en los citados estándares de protección.<sup>50</sup>

La pauta interpretativa expuesta en el párrafo precedente, lleva a la feliz conclusión que cualquier proceso de sincronización entre los subsistema jurídicos no puede producirse desde el orden internacional

<sup>48</sup> Lisa, Federico en Conferencia pronunciada en las Jornadas Preparatorias a las XXXV Jornadas Nacionales y V Congreso Internacional de Derecho Administrativo. Formosa, 26 y 27 de marzo de 2009, sobre el tema "La Tutela Cautelar como Régimen Exorbitante". En prensa.

<sup>49</sup> En el anexo 2 del acta 44 ya aludido se dejaron las constancias de las razones que se informaron desde la Procuración del Tesoro que impedian que la Provincia formule pretensiones en el ámbito internacional.

<sup>50</sup> Benvenuti y bonfant c. Congo Caso ICSID n° ARB/77/2.

al doméstico. Solución acertada, si se piensa en el grado de inseguridad para construir los sistemas complejos la circunstancia de las integraciones "ad hoc" de los árbitros para la constitución de los tribunales de cada caso.

El sistema jurídico santafesino diseñado conforme al modelo clásico permitiría reclamar ante la vía ordinaria, bien contractual o extra-contractual o con fundamento en la ley de quiebra pidiendo la extensión de la misma a los socios de la sociedad responsables del perjuicio. De este modo, jueces con competencia no especializada analizarían fragmentariamente el conflicto de sustrato público, con los límites de cada proceso; cuando en realidad se trataría de una realidad jurídica distinta, compleja y ya sometida en lo relativo al interés económico sustancial de los inversores extranjeros a la jurisdicción internacional sobre la base de estándares internacionales que no admiten la consideración o sincronización con los derechos internos involucrados.

El sistema jurídico complejo de un caso como el presente, según considero, habilita a la Provincia a demandar a los inversores extranjeros y a la concesionaria ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación con fundamento en el art. 117 de la Constitución Nacional; en tanto: a) la Provincia participaría nominalmente en el pleito en el que tiene un interés directo resultando la sentencia obligatoria; b) se trata de una "materia federal exclusiva" por la presencia de un arbitraje internacional que resolverá una pretensión indemnizatoria de los inversores extranjeros, de alto impacto económico y con conexión directa con la pretensión indemnizatoria de la Provincia por daños y perjuicios del orden doméstico; c) el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva involucrado en el principio de igualdad de armas, no tutelado en el presente caso en la Provincia de Santa Fe, cuyo subsistema jurídico no permite someter la cuestión a los jueces de lo contencioso administrativo que tienden vedado analizar este conflicto contencioso administrativo — preponderantemente y exclusivamente federal por aplicación del sistema complejo —, obligando a la Provincia a concurrir a la jurisdicción ordinaria como si se tratara de un conflicto de naturaleza privada;<sup>51</sup> y d) corresponde a nuestro Máximo Tribunal sincronizar el derecho doméstico (local y federal) con el orden internacional, fijando las fronteras de nuestro sistema jurídico interno con los estándares internacionales

<sup>51</sup> De modo más acotado coincido con el criterio del Prof. Salomoni en la sustancia federal de la materia de servicios públicos en los términos que él la expone. SALOMONI.

incorporados por los tratados de orden federal de protección recíproca de inversiones; siendo que, en tal sentido, la decisión de nuestro Máximo Tribunal al definir la sincronización del sistema complejo y las fronteras del orden interno y el externo, analizaría la procedencia y efectos pertinentes de las pretensiones cruzadas de todos los sujetos y órganos jurisdiccionales involucrados en el conflicto (inversores extranjeros y nacionales, sociedad concesionaria, Provincia y Nación Argentina, CIADI y tribunales domésticos).

No se trata de una cuestión menor, creo que la tendencia jurisprudencial de nuestro Corte Nacional debe flexibilizar su competencia originaria del art. 117 de la C.N.; por lo menos según se infiere de la causa "Papel Misionero" del 5 de mayo de 2009, en la que se retomó la tradicional doctrina más cerrada para habilitar su competencia. No admite su competencia exigiendo "— cuando en la causa es parte la Provincia — es preciso que en la demanda no se planteen además de las cuestiones federales, otros asuntos que — por ser de naturaleza local — resultarían ajenos a su competencia, pues la eventual necesidad de hacer mérito de ellos, obsta a su radicación por la vía intentada frente a la necesidad de no interferir el ejercicio de atribuciones que las provincias no han delegado al conocimiento exclusivo de esta Corte (Fallos 314:810 y 620).<sup>52</sup>

Puede recurrirse a estos efectos a las mismas nociones de "materia federal preponderante" aludida en el precedente "Zavalía" que se utilizan pretorianamente en orden a la determinación de presencia de "materia federal"; por presentarse, en su correcto significado y alcance, como una expresión acertada y más permeable al caso, surgido en los tiempos que condicionan a los modelos estatales verticales anteriores a la reforma constitucional del año 1994. Se impulsa, de este modo, la consiguiente visión del derecho como una pluralidad de órdenes jurídicos superador de nociones estancas de la organización estatal.

---

<sup>52</sup> Fallo P.582 XXXIX ORIGINARIO, Papel Misionero SAIFC c/ Misiones, Provincia de, 5 de Mayo de 2009; considerando 4º) La Corte en otro precedente resolviendo cuestiones vinculadas a su competencia originaria y exclusiva en una causa de un vecino de una Provincia y Senador nacional contra el Estado Nacional y contra la Provincia relacionada a materia federal y local — acto de un interventor federal que sancionó la ley 6667 por la que declaró la necesidad de reforma parcial de la Constitución provincial y convocó a elecciones para elegir convencionales constituyente —; concluyó que la causa era de su competencia, en sustancia, por que la cuestión federal era la "predominante en la causa" interpretando sobre dicha premisa que la pretensión se fundaba "exclusivamente en prescripciones constitucionales de carácter nacional, en leyes del Congreso, o en tratados". CSJN "Zavalía, José Luis c/ Provincia de Santiago del Estero y Estado Nacional s/ Amparo". 21 de septiembre de 2004. Causa. Z. 236 XL ORIGINARIO. Considerando 15.

#### 4 Conclusión

En el sistema jurídico local provincial y el nacional doméstico contruidos básicamente como conjunto de normas generadas por la actuación estatal conforme a un reparto de competencias constitucionales y legales para regular de una manera autónoma los aspectos estáticos y dinámicos inherentes a las Administraciones públicas, deben flexibilizarse frente a la presencia de arbitrajes de inversores extranjeros y el consiguiente nacimiento de un sistema jurídico complejo.

La flexibilidad es tanto en lo relativo a las potestades administrativas relacionadas a la organización administrativa, acción y relaciones como también en las pautas de interpretación en materia de competencia jurisdiccional para entender en causas relacionadas a inversores extranjeros partes de arbitrajes internacionales.

La globalidad, la reforma de la constitución, el funcionamiento correcto de los distintos órdenes jurídicos, impulsan ya, sin retorno una visión y aplicación del derecho como una pluralidad de ordenes jurídicos superador de nociones estancas de la organización estatal no permeables frente a supuestos multidimensionales y multijurisdiccionales.

Arbitration as a Means of Resolving Disputes about Public Services: the Birth of a Complex Juridical System

Abstract: This article aims to make an analysis of arbitration as a means of resolving conflicts that involve the activity of the State public services, taking into account the complexity of the modern juridical system, especially due to the impacts of globalization.

Key words: Arbitration. Public Service. Globalization. Systemical plurality. Complex juridical system.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

REYNA, Justo J. El arbitraje como medio de solución de conflictos en materia de servicios publicos: El nacimiento de un sistema jurídico complejo. A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 11, n. 43, p. 13-46, jan./mar. 2011.

Recebido em: 28.09.10

Aprovado em: 15.03.11