

# AGUAS SUBTERRÁNEAS E INVERSOR EXTRANJERO

## Algunas cuestiones sin resolver

*Autor<sup>1</sup>: Vicente Ferrer Alessi*  
[vicenteferreralessi@gmail.com](mailto:vicenteferreralessi@gmail.com)

*Tutora: Dra. Stella Maris Biocca*



Trabajo Seminario, carrera de Derecho  
Departamento de Derecho  
Universidad Nacional del Sur

Bahía Blanca, Argentina – 2009

---

<sup>1</sup> El presente escrito pertenece al trabajo Seminario de la carrera de Derecho, Universidad Nacional del Sur (Departamento de Derecho), ciudad de Bahía Blanca, provincia de Buenos Aires, Argentina, 2009. Fue realizado con la tutoría de la Dra. Stella Maris Biocca, titular de la cátedra de Derecho Internacional Privado en esta institución. El autor es a su vez Diplomado en Relaciones Internacionales (Fundación Democracia – CLN). Contacto: [vicenteferreralessi@gmail.com](mailto:vicenteferreralessi@gmail.com)

*AGRADEZCO A*

Abogado Christian Yesari, Profesor de la Cátedra de DI Privado, UNS

Abogada Fabiana P. Vannini

Abogada Anabel I. Oyhamburo

---

ILUSTRACIÓN DE CARÁTULA

*El aguador de Sevilla*

Diego Rodríguez de Silva y Velázquez, año 1620

*“Será porque nos queremos sentir bien...”*

*Charly García*

## **INTRODUCCIÓN**

No podemos negar que nos encontramos en tiempos de reflexión relativos a nuestro medio de vida.

Entonces quiero traer un hecho que aconteció hace ya varios años, donde todavía no era popular hablar de estos temas.

Más allá de las cuestiones empíricas de análisis de la actividad del Hombre en relación al medio ambiente, y de que exista acuerdo en la necesidad de “cambio”, la idea es plantear *en qué* debe consistir este último.

Se trata de lo que sucedió en los debates surgidos por la cuestión ambiental a fines de la década del '60 y en los '70, entre la Fundación Bariloche (creada en 1963) y el famoso Club de Roma (1968). Veamos:

“El *Modelo Mundial Latinoamericano*. Este Modelo fue la respuesta desde los países del Sur a la tesis del *Club de Roma* que, con una visión malthusiana<sup>2</sup>, pretendía frenar el desarrollo de esos países so pretexto del agotamiento de los recursos naturales. El modelo alternativo desarrollado por la Fundación demostró que, al poner como objetivo central del desarrollo de los pueblos la eliminación del hambre y no el estilo consumista de los países centrales, los recursos naturales, incluidas las tierras, alcanzaban para sostener una población tres veces superior a la existente a comienzos de los años '70. Además demostraba que la mejor manera de controlar la tasa de natalidad era el desarrollo humano de los pueblos.”<sup>3</sup>

Por lo tanto la crisis de los recursos no es un problema posmoderno y de la globalización. La finitud del “mundo” que uno habita tampoco. Existe el análisis de estos temas, como todo, a través de la cultura, la religión, la ciencia que lo analiza. Y se ha manifestado en las relaciones humanas desde siempre en la historia. Sin embargo, hoy, el estudio del medio ambiente apocalípticamente descripto y científicamente elaborado vela la posibilidad de observar que siempre el *miedo* a la escasez ha existido entre nosotros y que nuestro *medio* nunca fue omnipotente.

### **Metodología:**

---

<sup>2</sup> Thomas R. Malthus había escrito su “Ensayo sobre el principio de la población” en 1798, un clásico de la economía, en el que argumentaba que la población tiende a crecer más rápidamente que los medios para alimentarla, y apoyándose en estadísticas luego ampliamente criticadas, llegaba a la conclusión de que periódicamente guerras, hambrunas, masacres y enfermedades se encargan, mediante la muerte de millones, de reestablecer un equilibrio entre esos dos factores. Para los eugenicistas la conclusión era obvia: grandes masas de “menos adaptados” (hoy le decimos darwinismo social), “inferiores”, constituyen un peso muerto para la “sociedad”, y es la propia sociedad la llamada a que se reproduzcan y consuman los recursos del conjunto” ; Ver: Orduna, Jorge: “*Ecofascismo*”: p. 88, 89. Ed. Planeta (MR):2008, Bs. As.

<sup>3</sup> En: [http://www.fundacionbariloche.org.ar/fundacion\\_historia.html](http://www.fundacionbariloche.org.ar/fundacion_historia.html)

En este trabajo

- Dispongo tres esferas de análisis: Los RNE en las Relaciones internacionales, las características y efectos de los Sistemas de Promoción y Promoción de las inversiones extranjeras y la condición jurídica del agua. Busco entonces una relación relevante entre esos ámbitos.
- Realizaré un análisis fáctico de los Recursos Naturales Estratégicos, con el fin de justificar la relevancia que el tema posee. Y en especial el Agua Subterránea.
- Luego analizaré al inversor extranjero como actor necesario del proceso que busca ejercer dominación o control sobre los RNE
- Por otro lado, analizaré la naturaleza y condición jurídica del Agua Subterránea (AS) estableciendo la discrecionalidad que permite el orden jurídico al momento de buscar conclusiones (desde la doctrina y jurisprudencia)
- Analizo luego el Sistema de Promoción y Protección de las Inversiones (inversores) Extranjeras (SPPIE) como ámbito donde: 1) se estimula la adquisición de inmuebles marco de RNE; 2) se establece un fuero especial
- Pensar si ese marco de trato especial (y desigual con el nacional) puede afectar el desarrollo de políticas públicas relativas a: a) resolver la condición del AS; b) hacer frente al nuevo marco geopolítico sobre RNE.
- No busco justificar jurídicamente ningún punto en especial; sino mostrar las *posibles* conclusiones jurídicas (decisiones arbitrales); y las consecuencias que estas pueden implicar al marco fáctico político en el que se encuentra nuestro país en relación al AS.

## **I. LOS RECURSOS NATURALES ESTRATÉGICOS (RNE)**

### **1. Definición:**

Podemos aproximar una definición de Recursos Naturales Estratégicos: “Entendemos por tales a aquellos recursos trascendentes que adquieren características<sup>4</sup> vitales para la continuidad de la vida humana y la soberanía de los Estados. Su defensa constituye el cumplimiento de la función principal llevada a cabo por cada Estado: contribuir al bienestar y desarrollo de su propia población”.<sup>5</sup> La característica de *natural* de algunos de ellos significa que se dan sin la intervención del hombre.<sup>6</sup>

La amenaza bélica causada por la escasez de los recursos es hoy una hipótesis actual de conflicto.<sup>7</sup>

Por otro lado, los conflictos por los recursos se remontan en la historia (algo he dicho en la Introducción).<sup>8</sup>

Partiendo de que en nuestros tiempos son los RNE la forma semántica que se utiliza para explicar la política neocolonial (sumado a crisis medioambiental interdependiente y paralela) es que enunciaré una pequeña evolución que realiza De Paula. Veamos.

### **2. Los RNE en nuestra historia:**

Siguiendo el análisis de De Paula, se puede sostener que desde el comienzo de la mundialización se han desarrollado acciones tendientes al *control* de los recursos naturales. Veamos un pequeño análisis cronológico.

- En la época de la colonia, en América del Sur, la cuestión de los recursos naturales era trascendental para financiar las guerras de la corona en su empresa del “Nuevo Mundo” y también las guerras intestinas en Europa. No hay un cambio

---

<sup>4</sup> Poseen como característica: 1) son limitados y pueden agotarse 2) están desigualmente distribuidos desde el punto de vista geográfico 3) pueden proveer beneficios directos a las regiones donde se encuentran (o a otras a través de diversas tecnologías); 4) están interrelacionados; 5) la acción del hombre sobre ellos repercute en el tiempo y en el espacio; 6) se vinculan con cuestiones de seguridad: Barrios, Miguel Ángel, *Diccionario Latinoamericano de seguridad y geopolítica*, 1ra ed. Bs. As.: Biblos, 2009. p. 220. En realidad todos los recursos son agotables, aunque algunos solo vistos *a largo plazo*. *También debemos considerar cuando se desgasta el medio para su explotación*. -Caso que sucede en Arabia Saudita con la extracción de petróleo ver: (<http://www.jornada.unam.mx/2005/07/09/044a1eco.php>).

<sup>5</sup> Barrios, Miguel Ángel, *Diccionario Latinoamericano de seguridad y geopolítica*, 1ra ed. Bs. As.: Biblos, 2009. p. 316

<sup>6</sup> De Paula recursos citando a Barberis.

<sup>7</sup> “Las guerras del siglo que viene serán provocadas por la falta de agua...” afirmó Ismail Serageldin, Vicepresidente del Banco Mundial, y fundador del Global Water Partnership. Asombran las coincidencias y asusta la el origen de las afirmaciones.

<sup>8</sup> Este tema nos lleva directo a la llamada “guerra por los recursos”. Michael Klare, en la “Guerra por los recursos” demuestra como esta cuestión se remonta a las primeras sociedades agrarias. Y la realidad no nos deja de decir que el medio y los recursos son siempre el sustrato material de los conflictos sociales. Y en la actualidad poseemos una nueva “geografía de conflictos” delimitada por la existencia, producción y transporte de estos recursos. Entre ellos el agua por supuesto. (Barrios, op. cit. p. 220) Cabe recordar aquí que El primer tratado de la historia tubo como cuestión al agua hace 2500 a.c. (UN - Internacional decade of water, 2005-2015)

relevante frente a las guerras napoleónicas y de independencia en América. Pero estos hechos eran la conformación de un nuevo escenario para una nueva concepción de los recursos naturales.

- Recursos a mediados del siglo XX: es ahora el imperialismo comercial de Inglaterra, el que determina el valor de los recursos, no tanto como espacio estratégico (poseer tierras), sino para lograr la disponibilidad de mercados. En esta etapa los Estados centrales no toman posición visible sino escondida a través de las empresas que radicaban en los países periféricos.

- Segunda mitad del siglo XX: luego de la II GM se produce un congelamiento relativo. Se destapa la olla entre los enfrentamientos periféricos, y por otro lado el poder de acción de estos estados se ve limitado por la necesidad de pertenencia a uno de los dos bloques. Poco relevantes son los movimientos de la CEPAL o de los movimientos no alineados. Podemos decir que aparece en los '70 un paradigma vigente hoy, "Crecimiento versus medio ambiente". Con esto, se permitió el traslado de las empresas contaminantes (por supuesto no todas) a los países menos desarrollados. Proliferaron los acuerdos y cumbres ambientalistas (1972), se impuso la idea de desarrollo sustentable en los '80, y sin pensarlo llegamos a la década del '90.

Es entonces que con el nacimiento del Tercer orden mundial (Aldo Ferrer) luego de finalizada la II GM, y con la instauración del modelo neoliberal nacido de la crisis del petróleo en los '70 y la concentración de capitales (fruto de las deudas externas) para iniciar las privatizaciones en la década del '90, los países periféricos<sup>9</sup> aceptan el "Consenso de Washington" en sus políticas y economías internas basadas en modelo neoliberal<sup>10</sup>. Como consecuencia, se crea una *ficción* relativa a que los Estados no cumplían un papel relevante en el marco relacional<sup>11</sup>.

Las grandes corporaciones, en este tiempo, pasaron a controlar el agua en gran parte del mundo, en pro de un servicio mejor. Sin embargo, en países como Argentina,

---

<sup>9</sup> Por ejemplo el realismo periférico de Carlos Escudé

<sup>10</sup> De Paula enuncia un informe en el que Joachim Sangenberg, en 2004, vicepresidente del SERI, Instituto Europeo de Investigación en Sustentabilidad, enumera las estrategias que adoptan las potencias frente a la necesidad o escasez de un bien. Mas adelante veremos como podemos encontrar una relación entre estos términos y la cuestión de Agua como derecho humano. Estas cuatro opciones son: 1) La opción de sustentabilidad política: reducir la demanda y así incrementar la sustentabilidad por mayor eficiencia (recomendada por Carlowitz) y mejor administración (impuesta por Colbert) como desafío político, lo que exige una acción política adecuada en pro de la sustentabilidad sustancial que defiende el bien público. 2) La opción imperial: incrementar la oferta, apoderándose de recursos distantes hasta el momento no utilizados, exportando así la no sustentabilidad local por medio de la conquista, la colonización y las economías de saqueo. 3) La opción liberal: incrementar la oferta exigiendo e imponiendo mercados abiertos y libre comercio o exportar unidades de producción con uso intensivo de recursos a países con recursos abundantes. 4) La opción de ingeniería: superar la escasez de la oferta por sustitución, como el caso de la sustitución de madera por carbón en la Gran Bretaña de fines del Siglo XVII.

En la actualidad son dos las opciones implementadas: la imperial, y la liberal. En Medio Oriente es la imperial. En América Latina la liberal (en mayor medida). En: De Paula, op. cit. P 18.

<sup>11</sup> Ferrer, Aldo, *Hechos y ficciones de la globalización*, p 22, ed. Bs. As.: FCE, 1998.

disminuía el acceso de agua potable en proporción a la población existente.<sup>12</sup> Bolivia fue un caso paradigmático relativo a los conflictos por el agua y las privatizaciones (convenio de Aguas del Tunari con la subsidiaria Betchel), lo que desencadenó la “Guerra por el agua y por la vida” en Cochabamba<sup>13</sup>. Los conflictos que parten de este referente encuentran resistencias similares a lo largo del mundo en Sudáfrica, Ucrania, Eslovaquia, Filipinas, Indonesia, Argentina, Perú, Nicaragua y Uruguay.

Sin embargo, en América Latina vivimos un proceso concreto de cambio (que suele a veces llamarse pos-neoliberalismo). Una muestra de ese cambio es el rol que el Estado decide tener frente a ciertas cuestiones, entre ellas los servicios públicos y los RNE.<sup>14</sup> Debemos considerar además que nuestro continente se ubica en un nuevo sistema-mundo (s XXI), que prevé tener como actores principales a los Estados continentales industriales, basándose en un concepto de soberanía dinámico en la búsqueda de autonomía y no como un derecho inmutable y a-histórico.<sup>15</sup> Los procesos de integración (reintegración latinoamericana para nosotros) tienen como puntos relevantes en sus agendas las cuestiones de recursos energéticos y se plantea la idea de “soberanía ampliada”<sup>16</sup>, “soberanías regionales”<sup>17</sup> e Integración Abarcativa.

### **3. Fondos Soberanos de Inversión:**

Otro tema mas que relevante es la utilización de Fondos Soberanos de Inversión para lograr auto-abastecimientos a futuro en materia de recursos; una forma de ejercer políticas públicas sobre recursos naturales pero por la vía de la inversión privada.<sup>18</sup> Un caso paradigmático es la locación por 99 años que realizó Daewo (léase Corea del Sur) en la isla del 40% de Madagascar para asegurar su autoabastecimiento en la siembra para alimentos y biocombustibles<sup>19</sup>. Otro ejemplo es lo que está realizando Brasil en África en materia de biocombustibles, por medio de Petrobrás. Y debemos recordar que el agua es un elemento fundamental para el desarrollo de estas actividades.

---

<sup>12</sup> Ver: De Paula, op.cit. / ver: REDES - Amigos de la Tierra Uruguay, *La presencia de las corporaciones del Agua en América Latina*, en el marco del trabajo que se realiza en la Campaña sobre Corporaciones de Amigos de la Tierra Internacional, ed. digital, Biodiversidadla.org, en: <http://www.biodiversidadla.org/content/view/full/37114>

<sup>13</sup> Ceceña, Ana E.: *Bolivia: La guerra por la paz y por la vida*, 1ra. ed. Bs. As, Madres de plaza de Mayo, 2005.

<sup>14</sup> Natanson, José, *El nuevo mapa de América Latina*; Diario Página/12, 12, 30-11-08; *Una nueva serie de notas*, Página/12, entre marzo y abril de 2008

<sup>15</sup> Barrios, op.cit. p. 168

<sup>16</sup> Casalla, Mario, *Las políticas culturales y el pensamiento nacional*, I Cong, Cultura Argentina, 2006.

<sup>17</sup> Cárdenas, Sara Feldstein, *El MERCOSUR: Una Mirada al futuro*, en: <http://www.caei.com.ar>. Biocca denomina a estos procesos como Integración Abarcativa: Biocca, Stella Maris, *Claves político jurídicas para la integración latinoamericana*, p. 16, ed. Bs. As.: Zavallía, 2001.

<sup>18</sup> En la historia del s XX se conoció un caso importante que fue el de la United Fruits Company en Latinoamérica.

<sup>19</sup> *Chau Madagascar, hola Daewoo*, Viernes, 13 de marzo de 2009, APM. En: <http://www.cuyonoticias.com/index.php/opinion/4590-chau-madagascar-hola-daewoo.html>

Lo más importante de estos fondos es que implican un cambio radical en el sistema de inversiones basado en países centrales exportadores de capital, y países periféricos receptores.

#### **4. Nuevo escenario:**

Concluyo entonces que a nivel global, se viene reconfigurando desde comienzos del siglo XXI un nuevo escenario geopolítico, que tiene como criterio ordenador la valoración de recursos naturales estratégicos (especialmente hidrocarburos y agua, y en menor medida biodiversidad, alimentos y tierra fértil) y su espacialidad (en tanto dichos recursos están en un territorio determinado política y territorialmente).<sup>20</sup>

Si esto es así, debemos tener presente las vicisitudes que surjan entre las relaciones políticas internacionales y por ejemplo el derecho, incluso el privado (sin concentrarnos solamente en casos extremos, esto es, la amenaza bélica).

#### **5. RNE, seguridad y geopolítica:**

Vemos entonces, y siguiendo a De Paula, que sobre los recursos naturales estratégicos hay un elemento clave para las relaciones internacionales: el poder. En esto, Gânga nos advierte con certeza que el haber sido bendecidos con ciertos procesos geológicos especiales que tomaron lugar millones de años atrás (ella habla específicamente del gas) *no significa que las personas establecidas en estas tierras constituidas en naciones hayan nacido con una cuchara de plata en la boca*<sup>21</sup>

Las posturas (realistas) durante el siglo XIX y mediados del siglo XX han posicionado la cuestión “seguridad” en las doctrinas de la “seguridad nacional”, se han reservado a una sola preocupación, la materia bélica, siendo la relativa al ambiente un tema que recién aparece en tiempos posteriores.<sup>22</sup> La preocupación ambiental se desarrollaba en el ámbito internacional pero no era tratada como un ámbito de desarrollo de amenazas y conflictos.

Hoy en día los RNE ocupan protagonismo en la materia Seguridad. Como esta última supone actuar anticipadamente,<sup>23</sup> es entonces la *prevención* el concepto estratégico moderno. El indicador más significativo de la prevención como concepto estratégico es la doctrina de seguridad preventiva diseñada por el Gobierno de George W. Bush. Es así que este ex mandatario plantea la idea de la “guerra preventiva” luego

---

<sup>20</sup> De Paula, Gabriel, *Diseño de políticas de defensa para el control y defensa de recursos naturales estratégicos*, p.2 ed. digital, Cartagena de Indias: Centro de Estudios Hemisféricos de Defensa - Conferencia subregional, 2009.

<sup>21</sup> Gânga, Paula Daniela, *The other face of Janus - The Disadvantages of Natural Resources*, p. 6 working paper N° 12, ed. digital, CAEI, 2007, en: <http://www.caei.com.ar/es/programas/recursosn/working.htm>

<sup>22</sup> De Paula, Gabriel, *El control sobre los recursos naturales, la seguridad y el conflicto en los países de América del Sur. El caso del gas natural en Bolivia y el agua potable en la Argentina*, p. 26, e-book (formato digital), s.l., 2006. En: <http://www.caei.com.ar/en/ebooks.htm>

<sup>23</sup> De Paula, 2006, op.cit , p. 31

del 9-11<sup>24</sup>; controvirtiendo, una vez más, instituciones básicas de la Carta de la ONU, la eficacia normativa de ciertas normas (capítulo 7, sobre todo el art. 51) y la misma efectividad del orden normativo.

No obstante, respecto de los horizontes temporales de conflicto (al que puedan llevar los RNE) y la apreciación de la situación regional de defensa (militar), la probabilidad de peligro armado en el corto plazo es baja; pero es necesario tener en consideración que los documentos analizados dan cuenta de una preparación y un rediseño de fuerzas para conflictos con probabilidad de ocurrencia en el mediano y largo plazo. Por otro lado se observa un nuevo ámbito de Cooperación militar.<sup>25</sup>

Debo agregar otro cambio radical. Anteriormente las “hipótesis de conflicto” se centraban en un enemigo, por lo general estatal, y que la geopolítica clásica definía en función de los límites territoriales. Pero ahora el objetivo a defender (el recurso natural), lo es con independencia relativa del enemigo<sup>26</sup>.

La UNESCO en el 2009 establece que el cambio climático es un problema de seguridad colectiva en un mundo en creciente interdependencia.<sup>27</sup>

Por su parte, la ONU tiene una visión no pesimista de las vías diplomáticas como ámbito de solución de conflictos en materia de aguas, observando en el presente tema la experiencia del siglo XX.<sup>28</sup>

## **II. RECURSO NATURAL AGUA EN GENERAL Y AGUAS SUBTERRANEAS.**

### **Reseña.**

Se estima que alrededor del 96,5 % del volumen de agua en el mundo está en los océanos, y sólo el 2,5% es agua dulce. Sin embargo no existe precisión en estos

---

<sup>24</sup> Giunti-Mancini-Saiach, *La guerra en las relaciones internacionales* (Marco Teórico); ed.: Fundación Democracia, Diplomatura en RRII. Pág. 13. Es así que el discurso de West Point, 2002: cambio del sistema de contención y de disuasión de la Guerra Fría por el ataque preventivo contra los estados “malvados”

<sup>25</sup> De Paula, 2009, op.cit p. 15

<sup>26</sup> De Paula, 2009, op.cit.

<sup>27</sup> “Water in a changing world” p .19; En: [http://www.unesco.org/water/wwap/wwdr/wwdr3/pdf/WWDR3\\_Water\\_in\\_a\\_Changing\\_World.pdf](http://www.unesco.org/water/wwap/wwdr/wwdr3/pdf/WWDR3_Water_in_a_Changing_World.pdf)

<sup>28</sup> Han habido solo 37 actos de violencia contra 150 resueltos por tratados; señalando que la FAO registra 3600 tratados en materia de recursos hídricos internacionales desde el año 850 a.c. UN - Internacional decade of water, 2005-2015; <http://www.un.org/waterforlifedecade/pdf/waterborders.pdf>

números. Por otro lado debemos considerar que el ciclo del agua esta en constante proceso de cambio.

El 70% del agua dulce se encuentra en placas de hielo y en glaciares. Algo menos del 30 % del agua del mundo está almacenada en los acuíferos subterráneos. Luego existen pequeñas reservas, no comparables con los grandes volúmenes enunciados, que se encuentran en ríos, lagos, embalses y en el suelo, humedales, además del agua de las plantas, y de la atmósfera.<sup>29</sup>

Si enfocamos la mirada en nuestro continente observamos que América, con el 14 % de la población mundial, detenta el 41 % del recurso en cuestión. De esta cifra, a América del Sur le pertenece el 26% siendo las principales reservas de recursos estratégicos el acuífero Guaraní, el Raigón, la Amazonia, la Patagonia, la confluencia fluvial en la denominada “Triple Frontera” y el lago Titicaca.<sup>30</sup>

El agua es un bien fundamental y su utilización trasunta todas las esferas de la producción. Como afirma Maude Barlow, “a falta de agua, falta de comida.”

En este trabajo me referiré a las AS, sin embargo nuestro país posee reservas de agua en otras condiciones (glaciares, ríos, espejos, mar, etc.) que merecen un tratamiento específico, aunque integral, por supuesto. En la región, Brasil posee casi el 40 % de los recursos de agua. La zona del Amazonas es por supuesto una de las reservas, sino la principal, de recursos naturales estratégicos.

La importancia relativa del agua en nuestro continente:

América Latina y el Caribe son las regiones del mundo que, en promedio, poseen la mayor disponibilidad de recursos de agua. Observemos la siguiente relación para apreciar que en el largo plazo nuestro continente se encontrara en mejores condiciones para sobrellevar la escasez regional y con un importante reto al tener que relacionarse con otras regiones del mundo que sufran escasez y que tengan necesidad de utilizar estos recursos: *la región cuenta con un tercio del total mundial del las reservas de recursos de agua y con un 8,5% del total de la población mundial.*<sup>31</sup> Esto debemos analizarlo desde la siguiente perspectiva: la extracción de materias primas y la producción de energía están organizadas en función de las demandas de los países imperialistas, donde vive el 20% de la población mundial y se consume el 80% de los recursos mundiales<sup>32</sup> y estos últimos actores se enfrentan a un grave problema de escasez futura.

---

<sup>29</sup> ONU – *Agua para Todos, Agua para la Vida*, 22 de marzo de 2003 - 1er Informe sobre el Desarrollo de los Recursos Hídricos en el Mundo, II Parte. p. 7. Establece además este reporte: Se estima que el 0,26 % del agua dulce es accesible para el ser humano. Estimaciones recientes aseguran que en los próximos 25 años, 2 de cada 3 personas sufrirán serias dificultades para proveerse de agua en cantidad necesaria y en calidad razonable. [http://www.unesco.org/water/wwap/wwdr/wwdr1/pdf/chap4\\_es.pdf](http://www.unesco.org/water/wwap/wwdr/wwdr1/pdf/chap4_es.pdf)

<sup>30</sup> Rodríguez, Marcos, *Navegando por aguas procelosas*, En: <http://www.caei.com.ar>

<sup>31</sup> De Paula, Gabriel, 2006, op. cit. p. 60.

<sup>32</sup> En: <http://www.pts.org.ar/spip.php?article14301>

## **1. Acuífero Guaraní y aguas subterráneas transfronterizas:**

He decidido referirme en este trabajo a las AS, debido a la importancia que posee este gran RNE regional.

El Acuífero Guaraní (AG) constituye uno de los reservorios subterráneos de agua dulce más importantes del mundo, con una reserva estimada entre 40.000 y 50.000 km<sup>3</sup>, volumen suficiente para abastecer a la población mundial actual (6.000 millones) durante unos 200 años, a una tasa de 100 litros/día por habitante. Se desarrolla en el ámbito de la cuenca del Río Paraná en alrededor de 1.175.000 km<sup>2</sup> y es compartido en orden de extensión territorial por Brasil, Argentina, Paraguay y Uruguay<sup>33</sup>.

Como el Acuífero Guaraní es una de las reservas más importantes que poseemos merece que haga aquí una breve reseña del marco jurídico internacional.

El orden jurídico argentino tiene en relación a las AS, y por tanto al Acuífero Guaraní, se enfrenta a dos cuestiones sin resolver: a) un orden jurídico interno confuso; b) la necesidad de conjugar este último con un orden jurídico regional todavía insuficiente.

Siguiendo a Chiesa, el marco jurídico de fuente convencional vigente aplicable al Acuífero Guaraní se integra por un grupo de Tratados Internacionales, todos ellos insuficientes a los fines de regular aguas subterráneas transfronterizas: *Tratado de la Cuenca del Plata, 1969; Tratado del Río de la Plata y su Frente Marítimo, 1973; Tratado del Río Uruguay, 1975, Tratado de Santa Cruz de la Sierra, 1992; Acuerdo Marco sobre Medio Ambiente del MERCOSUR, 2004*

Al respecto, durante el transcurso del año 2004 los países del MERCOSUR decidieron crear un *Grupo Ad Hoc de Alto Nivel Acuífero Guaraní* que funcionará como foro auxiliar del Consejo del Mercado Común. Dicho grupo tiene como fin definir la propiedad, la conservación y el uso del mismo.<sup>34</sup> Según la autora devino impostergable la sanción de un Acuerdo Marco Mercosureño, frente a los intentos de declarar al Acuífero como Patrimonio Común de la Humanidad, asimilándolos a los Fondos Marinos y cumpliendo con el art. 6 inc. n y el área temática 1.f del Acuerdo Marco sobre Medio Ambiente (MERCOSUR).

Cabe mencionar que el Banco Mundial se ha mostrado interesado en el presente, financiando su estudio. Esto ha abierto un debate relativo a si es oportuno que este organismo tenga acceso a ese tipo de información.

---

<sup>33</sup> Las presiones demográficas, así como las derivadas del crecimiento económico y la contaminación de las aguas de superficie, han llevado a aumentar la demanda sobre el Acuífero Guaraní como fuente de agua potable. Sólo en San Pablo, más del 60% de la población (unas 5,5 millones de personas), dependen del agua del Acuífero.

<sup>34</sup> Chiesa, Maria V. : "El Acuífero Guaraní y la necesidad de un marco jurídico regional." En: <http://www.caei.com.ar>.

Debemos considerar que existen problemas interregionales potenciales, por dos causas: 1) el aprovechamiento del agua o del medio que la rodea por un Estado afecta al aprovechamiento de los demás Estados;

2) las AS necesitan una descarga<sup>35</sup> que no supere el caudal de carga; este caudal de carga proviene de los cursos superficiales (Ej: ríos). Esto posiciona a los Estados en un ámbito de relaciones con el dueño del fondo que superyace a las AS por el hecho de poseer, los primeros, el dominio público de estos cauces.<sup>36</sup>

Trasuntan entonces cuestiones de Derecho Internacional Privado y Público<sup>37</sup> entre los países de la región y los diferentes propietarios privados.<sup>38</sup>

### **III. ENTRA EN ESCENA EL INVERSOR EXTRANJERO:**

En este nuevo escenario de relaciones y conflictos que surgen a partir de los RNE aparece un sujeto de derecho específico. No es que no haya existido antes, pero hoy cobra una tipicidad y relevancia diferente en el nuevo orden económico.

Alrededor de 450 años de mundialización tuvimos que pasar para que surja un Tercer Orden, desde los fines de la II Guerra Mundial. En la década del '70 el paradigma neoliberalista y EEUU como policía de mundo producen un cambio estructural en la forma de relacionarse llamado hoy globalización. Todo, de la mano del mercado financiero como nuevo protagonista aséptico.

---

<sup>35</sup> Parte del agua de lluvia que precipita en la región ingresa al acuífero directamente infiltrándose en el terreno o a través de ríos, arroyos, lagos que por sus lechos permiten el pasaje de agua hacia capas de terreno más profundas. Esta agua que ingresa es denominada “recarga” y se cuantifica mediante un volumen anual. Para todo el SAG se estima que la recarga es de 166 Km<sup>3</sup>/año. Las reservas permanentes de agua del SAG, es decir la que se encuentra almacenada en poros y fisuras de la roca son del orden de los 45.000 Km<sup>3</sup>. La extracción de agua de un acuífero debe hacerse de forma sostenible para asegurar su preservación: es decir que la cantidad y calidad del recurso debe mantenerse para las generaciones actuales y futuras. En tal sentido, el volumen de agua que se puede extraer es menor a la recarga y debe considerar el mantenimiento de sistemas que dependan del agua subterránea, por ejemplo, ríos y humedales. *Proyecto Sistema Acuífero Guaraní*, en: <http://www.sg-guarani.org/sistema-acuifero-guarani>;

<sup>36</sup> Parte del agua de lluvia que precipita en la región ingresa al acuífero directamente infiltrándose en el terreno o a través de ríos, arroyos, lagos que por sus lechos permiten el pasaje de agua hacia capas de terreno más profundas. Esta agua que ingresa es denominada “recarga”... La extracción de agua de un acuífero debe hacerse de forma sostenible para asegurar su preservación: es decir que la cantidad y calidad del recurso debe mantenerse para las generaciones actuales y futuras. <http://www.sg-guarani.org/sistema-acuifero-guarani>.

<sup>37</sup> Por otro lado, existen discusiones a nivel multilateral sobre la creación de una regulación. Así por ej. en el art. 28 de la OG15; La Convención sobre el Derecho de los Usos de los Cursos de Agua Internacionales Para Fines Distintos de la Navegación (Convención de las Naciones Unidas) fue adoptada en 1997 por la Asamblea General de las Naciones Unidas, etc.

<sup>38</sup> Ver Iza-Rovere, op. cit.: Rovere, Marta, *Argentina*, p. 25,

Mas allá de los debates realizados<sup>39</sup>, las ficciones que propuso el desarrollo del nuevo orden llevaron a una visión fundamentalista de la globalización, que se impuso en muchos gobiernos de fines de siglo. El Consenso de Washington (1989) fue la consolidación de los neoliberales. Esta visión suponía la existencia de un orden natural basado en que el poder y la solución radica en el mercado. Entonces la gobernabilidad existe cuando se logran políticas amistosas con los mismos. El éxito de un gobierno, y su grado de democracia, depende entonces de su participación exitosa en aquél; pues este es a la vez la solución a todos los problemas de la humanidad. Tanta confianza se tenía en este paradigma que se ha llegado a olvidar y a vender incluso la importancia en las agendas a los RNE.

En el “Consenso revisado”, a mediados de los '90, se mantienen las mismas recomendaciones. O sea, que la liberalización era condición necesaria para enfrentar la crisis que repercutían hacia fuera (ej. Mexicana).<sup>40</sup>

Entre los diez puntos fundamentales de ese “consenso”, el punto numero 7 establece, como axioma, la *mayor apertura a la inversión extranjera*. Por supuesto que sumado a los otros 9 puntos, y siendo el décimo el relativo a la protección de la propiedad privada, conformaron una formula explosiva.<sup>41</sup>

Las décadas del '70 y '80 se basaron en dar origen a los procesos de endeudamiento, por parte de los países no desarrollados o en vías, gracias a la capacidad de crédito que otorgo la crisis del petróleo en los '70. Obsoleta la figura del estado bienestar, cumplidas en parte las deudas externas y enfriadas las intervenciones militares, se preparaba la década del '90 para volver a los estados no desarrollados a ofrecer entonces la privatización.

El inversor extranjero, como hoy lo conocemos, es el protagonista de esta empresa. Es así que el Consenso de W. se realiza en 1989, la ley 24241 (TBI con EEUU) en 1992, en 1994 se firman los nuevos pactos OMC-GATT, y por supuesto se desarrollan todos los procesos de privatización. Y luego, el 22 de agosto de 1994 se promulga la ley 24353, adhiriendo al Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, adoptada en Washington (EE.UU.) en 1965 (el mismo día que la Convencional Constituyente daba por finalizada

---

<sup>39</sup> El tercer gran debate (en el ámbito de las relaciones internacionales) entre dos posturas: estadocentrismo o globalismo (transnacionalismos). Estos extremos discutían cual comenzaba a ser el papel del Estado, que antes era, en el plano del análisis, central, y que ahora para unos lo seguía siendo y para otros no, en mayor o menor medida. En: Aznar, Luis – De Luca, Miguel (coord.), *Política. Cuestiones y problemas*. p. 342, Ed. Emecé. Si bien no se puede afirmar que había univocidad en el análisis del rol que el Estado debía asumir para enfrentar los fines del siglo XX, la literatura transnacional encontró su esfera teórica en la Economía Política, lo que produce dos distorsiones: basar su análisis en la estadística, y desdibujar el papel del estado al no encontrar una participación superlativa explícita que le sirviera para ser commensurada. Ortiz, Eduardo, *El estudio de las RRII*, p 165, 1ra ed. Santiago de Chile: FCE, 2000..

<sup>40</sup> Caliento, Mariana. Pág. 81 y 106

<sup>41</sup> Dallanegra Pedraza, Luís. [www.geocities.com/luisdallanegra/amlat/conswash.htm](http://www.geocities.com/luisdallanegra/amlat/conswash.htm).

la sesión de la última reforma constitucional, en la ciudad de Santa Fé.<sup>42</sup> A esto debemos sumar las leyes de Reforma del Estado.

El marco de inversiones pro-consenso iba entonces de la mano de las “privatizaciones”<sup>43</sup> concebidas de acuerdo a ese modelo<sup>44</sup>. Estoy criticando a la concepción de “privatización” que se utilizó y a los fines que encerraba. Veamos.

La inversión extranjera puede verse como un *método operativo* de las sociedades o corporaciones extranjeras. Basadas en la idea de invertir, y de participar al Estado con lo que rebalsa de sus ingresos, establecen un sistema en el que la inversión misma o la reinversión es altamente superada por la salida de capital (en diferentes conceptos) o por adquisición de capital accionario o empresas nacionales, en detrimento del país receptor de aquella. En la ola de buscar acaparar la competencia, la inversión verdadera se destinó a fusionar y adquirir desplazando competencias, y recurriendo a proveedores eternos, sin inversión local (Ej.: en tecnología u obra). Esta función no es eficiente, pues tampoco busca serlo. La diferencia obtenida (con destino a la economía interna) es bajísima, no hay reinversión etc. Encima de todo el Estado como avalista se debió hacer cargo de los créditos (que en realidad eran autopréstamos) que recibían las empresas aquí radicadas.<sup>45</sup> Esto lo demuestra que en América Latina, una parte importante de las inversiones privadas transnacionales, sobre todo las que derivaron en privatizaciones, no implicaron un aporte relevante al crecimiento de la capacidad productiva real de sus países<sup>46</sup>.

En el *default* producido y bajo la devaluación se dedicaron a *comprar activos inmobiliarios, en especial inmuebles rurales* (además de haber adquirido grandes empresas de capital nacional).<sup>47</sup>

Ahora bien, la *privatización del agua*, como sugiere Silvia Ribeiro, ocurre en distintos ámbitos y de diferentes maneras (no se aplica solamente a los servicios públicos de suministro y de saneamiento - prestación de los servicios). Esto es, se incluyen, también, otras medidas complementarias, llamadas las diferentes “Caras de la privatización.” Una de ellas es la que consiste en privatizar territorios y biorregiones.<sup>48</sup> Esto nos sirve para advertir que la adquisición de inmuebles es una política que se

---

<sup>42</sup> Por supuesto que esto se complementó con el proceso legislativo de Reforma del Estado

<sup>43</sup> El intento privatizador de este orden existió desde 1976 (tres intentos: el militar, el de Alfonsín y el de Menem). Por supuesto que las empresas privadas pertenecían antes de los '90 a contratistas privados encubiertos que succionaban la riqueza colectiva. El contexto internacional que imponía la obligación de privatizar, y el acuerdo logrado por el gobierno nacional con la patria contratista para transar con el capital internacional consolidaron este proceso en los '90. Y nos lanzamos a entregar todo. Ni siquiera se preservaron ciertos recursos estratégicos (como el cobre en Chile).

<sup>44</sup> Lo que enuncio aquí no debe implicar a contrario sensu que la nacionalización es siempre la única vía.

<sup>45</sup> Biocca, Stella Maris, *Derecho Internacional Privado. Un nuevo Enfoque*, p. 172 y sgtes, 1ª ed. Bs. As.: Lajoaune, 2004.

<sup>46</sup> Ferrer, Aldo, op. cit. p. 31

<sup>47</sup> Biocca, op. cit. p. 173

<sup>48</sup> PIDHDD, *Si nos quitan el agua...* Capítulo I. p. 14, PIHDHDD, Ed. Bogotá: Antropos, 2008.

utiliza para afianzar inversiones extranjeras. Y sabemos que su fin directo es el éxito financiero.

Sin embargo, esa búsqueda de éxito financiero genera implícitamente otros efectos. Por esto es que el afirmar que el modelo neocolonialista posee o no como finalidad expresa (gracias a su vorágine financiera) el acaparamiento de RNE con finalidades geopolíticas a largo plazo es irrelevante. Pues lo que interesa es el resultado final: que ciertamente los grandes inversores extranjeros adquieren control sobre grandes extensiones de RNE. Los sistemas por los que se desenvuelve (como son los SPPIE) promueven, promocionan, “*aseguran*”, en lo que aquí me interesa, *no solo especular sobre Servicios Públicos, sino también el adquirir bienes raíces con RNE.*<sup>49</sup> Y esto último Si interesa al desarrollo de estratégicas sobre RN, afectando a ámbitos que exceden lo privado.<sup>50</sup>

Es así que, muchas dudas nos presentan por ejemplo algunas figuras iusprivatistas que encierran concretas políticas públicas (hemos referido a los Fondos SDI) o los llamados canjes de Deuda por Naturaleza.<sup>51</sup>

### **1. El “inversor” en los TBIs:**

Según F. de Gurmendi. “las fórmulas de compromiso contenidas en los convenios suscriptos por nuestro país revelan la tentativa de conciliar el criterio de la nacionalidad, retenido por los países exportadores de capital, con el concepto de domicilio que domina en nuestro orden jurídico”.<sup>52</sup> A ello cabe agregar la enunciación que realiza el TBI con Alemania: “... *siempre que acredite que la inversión vino de afuera*” que permite a inversores con domicilio en nuestro país anterior a aquella.<sup>53</sup>

### **2. El inversor visto desde dos ámbitos:**

El inversor extranjero y su relación con las AS puede ser analizado desde dos ámbitos del derecho de propiedad:

1) Inversor como propietario de un crédito (obligaciones): el caso paradigmático es el de ser concesionario de Servicios Públicos relativos al agua.

2) Inversor como propietario de un derecho real de dominio (privado), sin interesar si ejerce una actividad relativa al agua. En este caso la relación con el recurso natural es directa. Por lo tanto surgen todas las relaciones jurídicas propias de ellos

<sup>49</sup> Ver: Sánchez, Gonzalo: “*La Patagonia vendida*”. Ed. Marea, 2006. Bs.As.

<sup>50</sup> Ver De Paula, Gabriel 2009, op.cit.

<sup>51</sup> Ver: Orduna, Jorge: “*Ecofascismo*”: p. 88, 89. Ed. Planeta (MR):2008, Bs. As.

<sup>52</sup> Granato, Leonardo, *Protección del inversor extranjero y arbitraje internacional en los Tratados Bilaterales de Inversión*, p. 16, Universidad de Belgrano, (Tesina) Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Dpto de Investigación, 2005, Buenos Aires. En: [http://www.ub.edu.ar/investigaciones/tesinas/185\\_granato.pdf](http://www.ub.edu.ar/investigaciones/tesinas/185_granato.pdf)

<sup>53</sup> Ver. Granato. P 17, op. cit. (citando a Perugini)

(desde una compraventa, una sucesión, una servidumbre administrativa, un petitorio hasta una expropiación).

Tomaré especialmente en consideración el agua subterránea, pues creo que sobre ese caso particular hay una cuestión de penumbra absoluta.

## **IV. LOS RECURSOS NATURALES, EL AGUA Y NUESTRO ORDEN JURÍDICO**

### **IV. 1. RECURSOS NATURALES, AGUA Y NUESTRO BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD**

El Agua puede ser abordada desde dos ámbitos: 1) como objeto de un Derecho Humano; 2) como recurso natural del Estado o de los Estados provinciales.

#### **1. El agua como objeto de un Derecho Humano:**

El derecho al agua puede, en una primera interpretación desprenderse de los derechos implícitos (art. 33 de la Constitución Nacional) y de los arts. 14, 14 bis, 41, 75 inc. 22, etc. Ahora bien, nuestro bloque de constitucionalidad incorpora a partir de la reforma de 1994 al PIDESC dentro del art. 75 inc. 22 2º párr.<sup>54</sup>

El PIDESC originario, (ley 23313) no recepta expresamente en su texto el derecho humano al agua. Solamente dispone en su art. 2 que: "*Para el logro de sus fines, todos los pueblos pueden disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales, sin perjuicio de las obligaciones que derivan de la cooperación económica internacional basada en el principio de beneficio recíproco, así como del derecho internacional. En ningún caso podrá privarse a un pueblo de sus propios medios de subsistencia*".<sup>55</sup>

Por otra parte recepta en el art. 11 la obligación de los Estados, (reconociendo el derecho fundamental a la alimentación), *a asegurar una distribución equitativa de los alimentos mundiales.*

Sin embargo, en el año 2002 el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de ONU, órgano encargado de supervisar la aplicación del

---

<sup>54</sup> Podemos encontrarlo de forma comprensiva o extensiva como un derecho implícito (art. 33) y en otras disposiciones de nuestro bloque de constitucionalidad (arts. 14, 14 bis, 41, 75 inc. 22, etc.).

<sup>55</sup> En: <http://www.cinu.org.mx/onu/documentos/pidesc.htm>

PIDESC, emite la Observación General N° 15. La trascendencia de la OG 15 radica en que determinó que el derecho al agua está incluido en los artículos 11 y 12 del Pacto, que se refieren a los derechos a un nivel de vida adecuado y a la salud. Este hecho positivo, sin embargo, se enfrenta a una dificultad para su aplicación: que las observaciones generales son interpretaciones del Pacto, lo que las hace no vinculantes<sup>56</sup>.

La OG 15 se presenta como una reacción a la Declaración de Dublín (1992) en el marco de la Cumbre de Río. En la Agenda 21, capítulo 18, sección 2 se establece que el agua es considerada un *...bien económico...*<sup>57</sup> Recuérdese que esta Agenda adhiere expresamente el Global Water Partnership en su estrategia 2009-2013.<sup>58</sup>

Es necesario recordar que existen dos ámbitos enfrentados en relación a la naturaleza que se pretende poseer el agua. Uno que tiende a mercantilizarla, y otro que tiende a reconocerla como derecho humano y bien público.

El primer grupo es el que se compone de las IFIs, corporaciones y gobiernos: los actores de la privatización del agua enmarcados en la propuesta de la Declaración de Dublín, Instituciones Financieras Internacionales (IFIs) como el Banco Mundial, corporaciones transnacionales del agua y gobiernos nacionales se aprestaron, durante la década de los `90, a promover la privatización de los sistemas públicos de abastecimiento de agua potable. En la división de "tareas" entre estos actores, las IFIs han sido las encargadas de promover la desregulación de los servicios públicos, en muchos casos condicionando la ayuda crediticia a los países a la apertura o creación de mercados en la prestación de servicios de agua.<sup>59</sup>

Son parte de ese grupo el "Foro (Consejo) Mundial del Agua" y el "Global Water Partnership". En el "V Foro Mundial realizado en Estambul-2009"<sup>60</sup> no se reconoce al agua como derecho humano (solo como "*derecho básico...*"). Por otro lado esta declaración ministerial le otorga la calidad de "bien público" pero no la excluye del ámbito comercial. Fueron 25 los países que decidieron se declare al agua como DH. Sin embargo no se logró el consenso necesario. El uso de las cuencas transfronterizas<sup>61</sup> tampoco fue tema de consenso.

Como reacción a esta postura aparece el Foro Mundial Social del agua el que se asienta en estos principios: 1. El agua es un bien común y su acceso, un derecho

<sup>56</sup> PIDHDD, p.19, *op. cit.*

<sup>57</sup> En: [http://www.un.org/esa/dsd/agenda21\\_spanish/res\\_agenda21\\_18.shtml](http://www.un.org/esa/dsd/agenda21_spanish/res_agenda21_18.shtml)

<sup>58</sup> GWP, *GWP Strategy 2009-2013*, p.7, [http://www.gwpforum.org/gwp/library/GWP\\_Strategy\\_2009-2013\\_final.pdf](http://www.gwpforum.org/gwp/library/GWP_Strategy_2009-2013_final.pdf)

<sup>59</sup> REDES – Amigos de la... *op. cit.*: Se destaca en este texto que una de las estrategias desarrolladas por las corporaciones ante la des-privatización de los servicios (o sea, la cancelación de sus "concesiones" para la prestación de servicios de agua) ha sido el inicio de demandas a los estados ante el CIADI (Centro Internacional de Arreglo de Diferencia de Inversiones) del Banco Mundial, siempre amparándose ante Tratados Bilaterales de protección a las Inversiones (TBI) entre el estado origen de la corporación y el estado en el cual se establece la concesión.

<sup>60</sup> En: <http://content.worldwaterforum5.org/files/PoliticalProcess/Pacto%20Estambul%20Agua.pdf>

<sup>61</sup> *Proyecto de resolución para "Expresar preocupación"*, 2009, HCDN: <http://www1.hcdn.gov.ar/proyxml/expediente.asp?fundamentos=si&numexp=1110-D-2009>

humano fundamental e inalienable; 2. El agua es un patrimonio de las comunidades, los pueblos y la humanidad, principio constitutivo de la vida en nuestro planeta; 3. La gestión y el control deben permanecer en el ámbito público, social, comunitario, participativo y sin fines de lucro y es obligación de todas las instituciones públicas locales, nacionales e internacionales garantizar estas condiciones. Esta declaración exige también la abolición del CIADI y la exclusión del agua de la Organización Mundial del Comercio (OMC), los TLC y demás acuerdos internacionales de comercio e inversiones.<sup>62</sup> Como consecuencia de Caracas (Enero 2006) se realiza también el Foro del Agua en México.

## **2. El agua como recurso natural del Estado (y de los Estados provinciales):**

En el ámbito internacional, se declara en el Acta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados, Resolución 3281 (XXIX) de la AGNU, 12 de diciembre de 1974, Artículo 2, que los Estados tienen y ejercen *libremente soberanía plena y permanente, incluso posesión, uso y disposición, sobre toda su riqueza, recursos naturales y actividades económicas*.

Sin embargo, esta declaración no es suficiente para establecer cual es la condición jurídica del bien en cuestión (privado o público). Esto último depende (siguiendo un criterio clásico de soberanía) de un acto facultado por la *potestas* que el dominio eminente otorga. Tampoco debe olvidarse que sobre ella inciden otras reglas y principios como *pacta sunt servanda* o la obligación que tiene de *asegurar una distribución equitativa de los alimentos mundiales (PIDESC)*.

Surge aquí una controversia que considero necesario simplemente enunciar. Ha surgido la necesidad de declarar a ciertos espacios como “Patrimonio de la Humanidad.” Uno de ellos ha sido el Acuífero Guaraní. La postura de la Argentina y de la región ha sido taxativa al respecto, declarándose en contra.<sup>63</sup>

<sup>62</sup> *Declaración conjunta de los movimientos y organizaciones sociales sobre el agua*, en el marco del sexto Foro social mundial. Caracas, 27 de enero de 2006. Agua\_final p 118

<sup>63</sup> Misión Permanente de la República Argentina ante la ONU, 5 de Noviembre de 2004: Tema 152 Tratamiento del Informe de la Comisión de Derecho Internacional. Capítulo VI del Informe: Recursos naturales compartidos y el tratamiento de las aguas subterráneas transfronterizas. “*La Argentina entiende que: 1. La calificación de un recurso natural como recurso natural compartido no supone de manera alguna que se trate de un recurso que sea patrimonio común de la humanidad, ni que haya un condominio sobre el recurso, sino que el recurso natural se encuentra sujeto a una gestión compartida entre los países titulares del recurso. Los Estados titulares del recurso son aquellos Estados en los que se encuentra localizado el mismo. En el caso de las aguas subterráneas, los Estados en los que se encuentran localizados los acuíferos son los únicos titulares de esos recursos, que forman parte de sus respectivos dominios territoriales soberanos*”.

<http://www.un.int/argentina/espanol/discursos/miscelaneos/Sexta/Sexta2004.htm>

Los asesores gubernamentales de Paraguay, Argentina, Brasil y Uruguay, países integrantes del Mercado Común del Sur (MERCOSUR), coinciden en que estos países son propietarios del Acuífero Guaraní, contra los intereses de declarar a dicha reserva de agua como patrimonio o bien de la humanidad. “*Con ese criterio, el petróleo o el gas natural deberían también declararse bien de la humanidad*”, sostuvo el embajador Luis María Ramírez Boettner, asesor jurídico de la Cancillería paraguaya. Resumen de Prensa: 24 de Octubre 2004, PNUMA y en [www.abc.com.py](http://www.abc.com.py)

Más allá de la legitimidad que posea el concepto de “Patrimonio de la Humanidad”, cabe plantearnos la posibilidad de que este pueda inducirnos a apelar a la teoría de los actos de imperio sobre órbitas que hoy se rigen por la categoría *iure gestionis*. Me refiero con ello a que el Estado del inversor extranjero le otorgue inmunidad tanto sobre su persona como sobre sus bienes. La misma reflexión cabe formular bajo la perspectiva de la retórica de DDHH. Por ello considero que la relación existente entre DDHH y RNE será un tema a discutirse a futuro frente a conflictos causados por la escasez. Es interesante decidir entonces cuál es la *concepción*<sup>64</sup> de DDHH que poseemos y su relación con los RNE.

### 2. a. Dominio público, dominio eminente, dominio originario:

A continuación haré referencia a la discusión que existe a cerca de la condición pública o privada del AS. Previo a ello es necesario hacer una breve mención al concepto de dominio originario<sup>65</sup> del art. 124 de la CN. Si bien las provincias conservan el dominio originario, nuestro sistema federal ha optado, sin embargo, por centralizar la facultad de atribución<sup>66</sup> de la condición pública o privada de los bienes, en el poder legislativo nacional (art. 75 inc. 12).<sup>67</sup>

El dominio originario que se dispone en la reforma del '94 es considerable en materia de AS como de cierta in-trascendencia, en relación al tema que trataremos. Esto pues, el dominio originario de los recursos naturales reconocido a las provincias sobre los existentes en su territorio por el art. 124 de la Constitución reformada en 1994, tiene efecto declarativo para los recursos que ya se encontraban en el dominio provincial, y constitutivo, después de operada la expropiación y afectación provincial, para los recursos que estaban en posesión de los particulares, protegidos en su patrimonio por el art. 17 de la misma Constitución; y atendiendo a que la reforma del '94 no podría haber derogado este último artículo (el art. 17).<sup>68</sup> Considero además, irrelevante a este trabajo la figura del Dominio Privado del Estado.

<sup>64</sup> Pérez Luño, Antonio Enrique, *Concepto y Concepción de los DDHH*, en: <http://www.cervantesvirtual.com/FichaObra.html?Ref=15224&portal=4>

<sup>65</sup> El dominio eminente es la *potestas* de legislar sobre un bien, según Marienhoff; de tutela y jurisdicción según Cassagne. Entonces, la posibilidad de atribuir cierto carácter (público o privado) a un bien del territorio es una potestas del Estado que surge de ese dominio eminente (que encuentra cabida en el orden internacional en la Declaración de Derechos y Deberes Económicos de los Estados, art. 2.1 AGNU, 1974). - El dominio originario es según Cassagne “el derecho que pertenece desde el origen o descubrimiento” a diferencia del derivado”. El punto de conexión entre dominio eminente y originario es que son los dos atributos de la soberanía. Ver Cassagne, *El dominio de los Yacimientos de Hidrocarburos. Su relación con las potestades nacionales y provinciales y los derechos de los concesionarios*, LL, 30-05-07,1.

<sup>66</sup> Se discute si la “atribución” del carácter público o privado corresponde a las provincias o a la Nación. Algunos consideran que al ser ello una “cuestión civil” queda comprendido en el inc. 22 del art. 75; otro consideran que es una cuestión administrativa y aplican los artículos 121, 122. Marienhoff, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo, Dominio Público*, p. 142, t. V, 2da. ed. Bs. As. Abeledo-Perrot.

<sup>67</sup> Cabe recordar que el *dominio público* es un conjunto de bienes sometido a un régimen especial y distinto al que rige los bienes de dominio privado.

<sup>68</sup> Moyano, Amílcar, *Dominio de las aguas subterráneas surgentes y vertientes*, p 13 y 15, versión digital, ed. LLGran Cuyo, 2003 (abril), 109.

## **IV. 2. RÉGIMEN DE DERECHO PÚBLICO (ADMINISTRATIVO) Y PRIVADO (CIVIL) ARGENTINO EN RELACIÓN AL AS:**

### **1. Concepto y caracteres del agua en general:**

En el análisis jurídico del agua debe estarse atento a la diferencia que existe entre la condición jurídica que la rige (“aspecto jurídico”) y las posibilidades materiales y físicas de adaptarse esta a un orden jurídico (aspecto “filosófico”)<sup>69</sup>. Por lo tanto, debe advertirse a continuación cuándo simplemente describimos el orden jurídico y cuándo existe la posibilidad de tratar con ciertos institutos al agua.

Para hacer un esquema utilizaré principalmente la obra de Marienhoff (Tratado de Derecho Administrativo, Régimen de Aguas) pues nos permite llegar a la conclusión de que el AS es un bien pasible de dominio real.

Para este autor no existe, desde el punto de vista físico o material, imposibilidad de ejercer derecho de propiedad sobre las aguas (de cualquier tipo)<sup>70</sup>. Esto pues constituyen un “cuerpo.” Y poseen valor.

#### *1.a. Tipos de regímenes:*

Existen 3 tipos de regímenes para tratar las AS en los diferentes órdenes nacionales. No existe un criterio unificado referido al régimen que debe un Estado soberano aplicar a sus AS. Hay por lo tanto: 1) régimen publicista; 2) régimen privatista; 3) régimen mixto (Argentina).

#### *1. b. Respecto a su condición natural, las aguas pueden clasificarse<sup>71</sup>:*

- a) Aguas marítimas
- b) Aguas pluviales
- c) Aguas terrestres. Estas se dividen en: 1) terrestres exteriores: 1.1) corrientes y 1.2) estancadas y **2) terrestres subterráneas**

#### *1. c. Respecto de su condición legal:*

- a) Públicas; b) Privadas

#### *1. d. Concepto legal del agua (en general):*

- Es una “cosa” art. 2311 CC<sup>72</sup>

---

<sup>69</sup> Marienhoff, Miguel S., Tratado de Derecho Administrativo. Régimen y Legislación de las Aguas Públicas y Privadas, p 73, 3ra ed. Bs. As.: Abeledo-Perrot, 2006.

<sup>70</sup> Marienhoff, Miguel S., op. cit. p 66 El único caso que podría plantear un problema son las nubes.

<sup>71</sup> Marienhoff op.cit. p. 155

<sup>72</sup> Marienhoff op. cit. p 82. Por otra parte (op. cit. p. 73) se discute si el agua puede ser objeto de propiedad. Hay tres grandes críticas que el autor no acepta: a) Las aguas marítimas no pueden ser

- Pueden las aguas ser muebles o inmuebles<sup>73</sup>. Son muebles: a) cuando sean separadas del suelo (art. 2319); b) caso del art. 2315 pero que no se cumplan sus requisitos. Son inmuebles: a) por su naturaleza (art. 2314); b) por accesión (art. 2315).
- Puede ser “pública” o “privada”.

## 2. Concepto legal del AS<sup>74</sup>:

- Desde el punto de vista legal son subterráneas todas las aguas que no sean “exteriores” (superficiales).
- Cualquier diferenciación hidrológica o geológica que realice es intrascendente para el orden presente
  - Jurídicamente los conceptos “subterráneas” y “freáticas” son equivalentes
  - No existe diferencia entre AS y “corrientes subterráneas.”<sup>75</sup>
  - Se discute su condición (privada o pública). Aclaración: cuando me refiero a “privada” lo es en relación a un derecho real de dominio (art. 2501 CC)

### 2. a. ¿Cosa dentro o fuera del patrimonio?

Hay cierta doctrina que considera que las cosas como el agua se encuentran fuera del patrimonio. Estas no pueden tener dueño, por no ser objeto de relaciones de derecho privado. En este ámbito entran las cosas comunes (*res omnium comunes*). Otros creen que no son cosas por no poseer límites en el espacio.<sup>76</sup> Para Marienhoff esta categoría no corresponde, y considera que las AS son objeto de derecho privado-cosas.

### 2. b. ¿Cosa dentro o fuera del comercio?

Según parte de la doctrina las cosas del art. 2340 (cosas del dominio público) son absolutamente inenajenables, de acuerdo al art. 2337. Hablamos aquí de *res extra commercium*. Lo relevante de esta categoría es que estas cosas no pueden ser objeto de

susceptibles de un derecho exclusivo de propiedad, a lo que el autor responde diciendo que no es lo mismo la “posibilidad” de ser objeto de derecho con la “conveniencia” de serlo; b) que los cursos de agua no son susceptibles de propiedad porque no pueden individualizarse, que no constituyen un objeto cierto y determinado, y que su fuerza natural indomable (río) los excluye de la esfera de la propiedad privada y solo es posible someterlo al régimen del dominio público; c) que constituyen un régimen especial de propiedad. Aquí se hace mención al “derecho a la sed”.

<sup>73</sup> Marienhoff, Miguel S., 67 op. cit. 2006.

<sup>74</sup> Marienhoff Miguel S., p 626 op. cit. 2006.

<sup>75</sup> Marienhoff, Miguel S, p. 79, op. cit 2006. Refiriéndose a los cursos de agua rechaza la postura que sostiene que estos no pueden ser objeto de propiedad porque esta última supone un cuerpo cierto y determinado, mientras que las partículas líquidas (y mas las de un agua que fluye) no tienen tales caracteres dada su movilidad. Sin embargo afirma (siguiendo a Colmeiro) que “todos los seres se renuevan sucesivamente... sin que hasta ahora se les hubiese ocurrido preguntar si la sustitución de sus partes altera los derechos del propietario”; dice Marienhoff que es una “unidad” mantenida en medio de la “variedad”. Por otro lado se diferencia (p. 76) al “agua corriente” del “curso de agua.” La primera es la sustancia líquida diferenciada del terreno por el que corre y no se encuentra separada de el cauce; el segundo es la unidad total (lecho y agua) y por lo tanto individualizable e idóneo para ser objeto de propiedad (p. 78).

<sup>76</sup> Zannoni (director) –Kemelmajer (coord.) -Kiper-Chacón: *CC Comentado* p. 124 t. X, ed. Bs. As.: Astrea, 2005.

contratación, y de transacción. Cabe considerar que el principio es que todas las cosas pueden ser objeto de relaciones jurídicas. Por otro lado, que la oposición entre comercialidad y extracomercialidad es relativa.<sup>77</sup>

Tanto para este punto como para el anterior, cabe enunciar que estas clasificaciones co-actúan con las de dominio público o privado y con la posibilidad de ejercer sobre ellas un derecho de dominio a que hice referencia.

### 2. c. AS y ley aplicable en los conflictos de Derecho Internacional Privado:

El régimen de promoción de inversiones dispone que los activos, esto es las inversiones, se regirán<sup>78</sup> por las normas del territorio donde aquellas se realizan. Por lo tanto, estas normas indirectas establecen como punto de conexión el lugar de ejecución.

En el caso en que la inversión tenga como Parte a nuestro país, los bienes inmuebles se regirán por el art. 10 del Cód. Civil (principio de territorialidad). Haciendo un paréntesis, cabe aclarar que la opción por el principio de territorialidad es norma dentro del derecho internacional privado.<sup>79</sup>

### 2. d. Algunas especificaciones:

2. d. 1. Corrientes subálveas: el concepto *no* jurídico de estas es que son aguas que corren por debajo del lecho de ciertos ríos o arroyos, en forma más o menos paralela a estos y con mayor o menor relación de dependencia.<sup>80</sup> Existen dos posturas en relación a la naturaleza jurídica de estas corrientes:

- a) las considera “aguas exteriores” por seguir la condición del río o arroyo respectivo<sup>81</sup>
- b) las considera “aguas subterráneas”<sup>82</sup>

### 2. d. 2. Ríos que se insumen y luego corren por vía subterránea:

Podemos diferenciar dos casos. Los que después de insumirse reaparecen mas adelante. Esa corriente que se insume será considerada legalmente río, en tanto se compruebe unión, dependencia indubitables y una continuidad que permita considerarlas como una sola unidad física de agua. No habrá por tanto en el afloramiento una vertiente. El otro caso es cuando se insume el río pero no vuelve a aflorar. En este caso las mismas deben considerarse subterráneas.<sup>83</sup>

<sup>77</sup> Zannoni-Kemelmajer-Kiper-Chacón; op. Cit.

<sup>78</sup> Ejemplo: TBI con China, ley 24325: “art. 1.1. “El término "inversión" designa, de conformidad con las leyes y reglamentaciones de la Parte Contratante en cuyo territorio se realiza la inversión”

<sup>79</sup> Biocca p. 401, t. I, op. cit. 2004.

<sup>80</sup> Marienhoff, Miguel S., p 626, op. cit. 2006

<sup>81</sup> Marienhoff, Miguel S., p 627, op. cit.2006: Giannini (citado por Gilardoni) y Pacelli (citado por Spota)

<sup>82</sup> Marienhoff p. 627, op. cit.2006: postura de Marienhoff, del Tribunal Federal de Suiza, Gilardoni, y según el primero podría interpretarse que así lo considera la Ley de Aguas de España.

<sup>83</sup> Marienhoff pp 313, 314, op. cit. 2006.

### 2. d. 3. Diferencia con manantiales y vertientes:

Establece Marienhoff que manantial, vertiente, ojo de agua, es la denominación que recibe el lugar o punto en que aflora el agua procedente del interior de la tierra. Hay que diferenciar entonces al AS del manantial y al agua de manantial (o vertiente). Por lo tanto al analizar la condición jurídica del AS no debemos analizar la del agua que aflora y corre por la superficie. Hay desde el punto de vista jurídico, una disociación entre “vertiente” y AS.<sup>84</sup>

Debemos tener en cuenta que el AS puede salir a la superficie de dos formas: natural o artificialmente. La primera se rige por art. 2350 y art. 2637 y la segunda por el art. 2518. Los arts. 2518, 2648, 3907, etc. que disponen restricción al dominio y servidumbres, establecían aún antes de la reforma introducida al Código Civil por la ley 17.711, que el agua es de dominio del dueño del fundo.

El Código Civil califica a ciertas aguas en el art. 2350 con el nombre de “vertientes”, en el art. 2637 con la conjugación “surgen” (o “brotan” antes de la reforma), y en el art. 2638 con el término “fuente”. Marienhoff no considera que exista ninguna diferencia jurídicamente relevante entre lo que se significa con “vertiente”(art. 2350) y “brotan” (art. 2637).<sup>85</sup>

Por su parte el caso "Aruani" ( S.C.J. Mendoza, 26/4/44 ) establece que la diferencia entre las vertientes del art. 2350 y las surgentes del art. 2637, consiste en que las primeras son aguas superficiales normalmente de deshielo, y las segundas son subterráneas que afloran naturalmente.<sup>86</sup>

Contrariamente, en el caso Ledesma S.A. c/ Provincia de Jujuy,<sup>87</sup> el STJJ resolvió que si bien “todas las aguas” (de vertiente, fuente o manantial) discurren por cauce natural, los arts. 2350 y 2637 constituyen excepciones al art. 2340. Que antes de la reforma se consideraba que el agua de un manantial o vertiente era de dominio privado, y que la reforma al derecho objetivo (nuevo art. 2637 que considera que toda agua de surgente que discurre por cauce natural es de dominio público) no puede afectar un derecho de propiedad. El voto de la minoría realizado por Wayar establece que: 1) no puede establecerse una identidad entre una vertiente (art. 2350) y una fuente o manantial (art. 2637) salvo que admitamos una contradicción. El curso de agua que brota o surge se encuadraba en el art. 2340 inc. 3 (cauce natural) sin perjuicio que la fuente en si

---

<sup>84</sup> Marienhoff, Miguel S. p 529, op. cit. 2006

<sup>85</sup> Bueres coincide con la clasificación, considerando que no acepta distinción entre aguas subterráneas según el lugar por el que salen a la superficie. *Código Civil y leyes complementarias*, CAC, T XI.

<sup>86</sup> Moyano, Amilcar, op. cit. p. 10. Y afirma que, y en consecuencia, cuando se incorpora a las aguas subterráneas en el art. 2340 inc. 3, ellas quedan limitadas a las provenientes del subsuelo extraídas por el hombre.

<sup>87</sup> En: <http://www.csjn.gov.ar/jurisp/jsp/fallos.do?usecase=mostrarHjFallos&falloId=92373>; 1986- T. 308, P. 641.

misma era un bien privado;<sup>88</sup> 2) que en el caso no se estaba frente a una vertiente sino frente a una fuente o manantial (art. 2637); 3) que las aguas subterráneas en la medida que constituyan cauces naturales son de dominio público.

#### 2. d. 4. Condición jurídica de las AS:

Nuestro CC en el art. 2340 inc. 3 establece que las AS constituyen un bien público. Sin embargo, régimen de AS es un conjunto de normas muy complejo y lleno de “dilemas”. No buscaré en este punto obtener alguna conclusión, sino resaltar que existe un punto crítico desde lo legal referido a AS, esto es un RNE fundamental y de gran extensión en nuestro país y en la región; y por tanto un objeto de potencial conflicto en las RRII, pero también, y esto es trascendental, un medio de unión para lograr la integración regional.

### **3. AS ¿públicas o privadas?**

Es necesario aclarar que nuestra CN no formuló algún tipo de declaración relativa al dominio público sobre el AS. La CN de 1949, por su parte, reconoció *la ...propiedad imprescriptible e inalienable...* de ciertos recursos.<sup>89</sup>

Formada la Nación con la Constitución de 1853/60, las provincias la integraron sin delimitar sus bienes públicos, ni en la Constitución Nacional, ni en las Constituciones provinciales. Esta omisión relegó el problema al codificador Civil, que en 1869 los delimitó en el art. 2340. En principio, como las aguas son bienes del dominio público natural<sup>90</sup>, su incorporación a este dominio se operó en el texto Civil originario de 1869 por su sola estipulación en el art. 2340<sup>91</sup>.

Lo dicho me lleva a plantear un interrogante: ¿existen bienes de *dominio público “por naturaleza”*?. Esto es relevante pues podríamos encontrar una cierta condición natural de ciertos RNE. Sin embargo no hay acuerdo en la doctrina, y la que he elegido en este caso no acepta esta categoría<sup>92</sup>.

Cabe aclarar que no es lo mismo el acto de *atribución* del carácter (público o privado), esto es de la condición jurídica del bien, que debe realizarse por ley formal; y el acto de *afectación* (creación) de la dominicalidad. El carácter público no deriva ni de la naturaleza del bien, ni de un acto administrativo sino de un acto *legislativo, formal y civil* (art. 75 inc. 12<sup>93</sup>). La afectación significa solamente que un bien *declarado*

---

<sup>88</sup> Diferencia (siguiendo a Spota) entre el cauce o no natural (y por tanto público o no, inc. 3) y el “caput fontis”, esto es la fuente, que sigue siempre la suerte del fundo, esto es su condición jurídica.

<sup>89</sup> Art. 40 CN 1949: *Los minerales, las caídas de agua, los yacimientos de petróleo, de carbón y de gas, y las demás fuentes naturales de energía, con excepción de los vegetales, son propiedad imprescriptible e inalienable de la Nación, con la correspondiente participación en su producto que se convendrá con las provincias.*

<sup>90</sup> Refiriéndose con esto a la terminología utilizada por Marienhoff, antes dispuesta.

<sup>91</sup> Moyano p. 3, op.cit.

<sup>92</sup> Siguiendo a Marienhoff - Moyano

<sup>93</sup> Sin embargo, una vez establecido que bienes son de dom. Público es una institución de derecho público administrativo, Marienhoff, Miguel S., op. cit (*T de D.A., Dominio Público*), p. 141.

dominial queda “efectivamente” incorporado al uso público, cuestión relevada al derecho público administrativo. Marienhoff diferencia entre afectación “natural”<sup>94</sup> y “artificial.” La primera se refiere a bienes que son declarados públicos (etapa de atribución) en el estado que la naturaleza los presenta (AS). Los segundos son los que necesitan ser creados por el poder público (calle). Es en el primer supuesto en que la afectación se realiza *ministerio legis* con la ley de afectación. Y este sería el caso de las AS.<sup>95</sup>

Continuaré estableciendo los principios y reglas que interactúan con el art. 2340 inc. 3 reformado, y las posturas sostenidas por nuestra doctrina y jurisprudencia para evidenciar el desconcierto.

Debo recordar nuestro art. 41 (CN) que ha motivado el dictado de la ley 25688 sobre presupuestos mínimos en materia de aguas (Régimen de Gestión Ambiental de Aguas). Sin embargo no considero que esto determine grandes diferencias al tema que trato aquí.

### 3. a. Principios generales y reglas que inciden y deciden la constitucionalidad de la reforma del inc. 3º del art. 2340:

- El art. 2347 establece que los bienes que no fuesen bienes del Estado o de los Estados, municipalidades o de la Iglesia, son bienes particulares.
- Art. 2518: el inmueble se extiende a toda su profundidad.
- No existe una propiedad diferente a la que se establece en las leyes o en la CN (principio de legalidad, art. 75 inc. 12).
- El art. 17 de la CN (art. 75 inc. 22, PSJCR y Declaración de DDHH) establece la posibilidad de privar de la propiedad solo en virtud de sentencia fundada en ley que declara la utilidad pública, *previa* y justamente indemnizada.
  - TBIs que disponen la necesidad de indemnizar las expropiaciones (directas o indirectas).
  - Art.27 de la Convención. de Viena sobre derecho de los Tratados.
  - El viejo art. 2340 que mantiene silencio en la cuestión
  - Régimen de restricciones y servidumbre. Régimen de vertientes (art. 2350), régimen de fuentes (art. 2637, art. 2638, art. 2648).

### 3. b. Antecedentes y Controversia:

El codificador Civil señala en la nota al art. 2340 inc. 3 que sigue a las Siete Partidas y a la Recopilación de leyes de los reinos de Indias, por las que, las aguas en América, no

---

<sup>94</sup> Aclaro que no estamos hablando de atribución de la condición jurídica, sino de afectación.

<sup>95</sup> Aquí puede discutirse quien tiene facultad legislativa (Nación o provincias para atribuir carácter; sin embargo es irrelevante al tema tratado aquí). Marienhoff considera que es una facultad de nación; Cassagne de Nación; Moyano de Provincia (obras citadas).

concedidas a particulares, son cosas comunes a todos. Agregando que Solórzano explica que el rey reservó para sí el dominio de los ríos.<sup>96</sup> Sin embargo, las AS en el Código Civil de 1869 no merecieron consideración especial en el art. 2340 inc. 3 del CC. Podía, no obstante, interpretarse que las AS quedaban incluidas en los "...cauces naturales" del inc. 3. Más allá de esta última interpretación, Moyano establece que la doctrina las consideró formando parte del suelo, y de acuerdo con el art. 2420 le otorgó protección al poseedor, y conforme al art. 2518 las asimiló al dominio del superficiario, identificando a las subterráneas con las vertientes del art. 2350 y las surgentes del art. 2637.

Por su parte, la jurisprudencia de la CSJN antes de la reforma las consideró privadas en relación a la condición de las AS, y bajo un criterio amplio de dominio. Luego citaré los fallos más relevantes.

Sin embargo la reforma del '68 incorpora a las AS al inc. 3 del CC: "*Son bienes públicos... 3º...comprenderse las AS.*"

3. c. Posturas que las consideran de dominio privado civil (art. 2506 CC):

1) Marienhoff se apoya en los arts. 2518, 2350<sup>97</sup>, 2637, 2347 del Código Civil, y art. 17 de la CN. y ofrece un vasto análisis de las justificaciones que implican considerar las AS como dominio privado.<sup>98</sup> Establece este autor que si bien, tanto en el art. 2340 inc. 3 donde se incluyen las AS como en el art. 2637, se atribuyó a las aguas que surgen y constituyen cauce natural el carácter de dominio público, no se "*hizo referencia que los dueños de las aguas ... serían indemnizados.*" Considera por tanto a esas **normas inconstitucionales, por cuanto vulneran la inviolabilidad de la propiedad (art. 17 CN)**<sup>99</sup>.

2) Postura de la mayoría en el caso Ledesma S.A. c/ Provincia de Jujuy. Si bien no se refiere al AS sino al agua que "surge", caso del art. 2637, estableció que el dominio es privado. Que si bien el Estado posee la facultad de declarar el dominio público realizando un cambio en el derecho objetivo, ella no resulta suficiente, debiendo indemnizar.<sup>100</sup>

3) Moyano dispone el siguiente principio general: "*La armonía de las disposiciones Civiles sobre aguas subterráneas, surgentes y vertientes no es uniforme ni para la jurisprudencia ni para la doctrina. Sin embargo, de acuerdo con el art. 2347*

---

<sup>96</sup> Moyano, Amílcar, p.1, op. cit.

<sup>97</sup> El autor considera a la vertiente como AS.

<sup>98</sup> Marienhoff, p 635, op. cit. 2006

<sup>99</sup> Marienhoff p 158 y p 159, op. cit. (*T de D Administrativo. Dominio Público*) Vemos aquí que si bien para este autor la atribución de dominio público es suficiente para que ministerio legis se las vea afectadas (a las AS), ello no es suficiente para considerar la constitucionalidad de la norma si no se cumple con el art. 17 de la CN.

<sup>100</sup> In re Ledesma S.A. c/ Provincia de Jujuy (STJJ), Jurisprudencia: LL, (t. 1985-E), con comentario de Spota.

*del Código Civil dichas aguas son bienes de los particulares, en la medida que no se han transferido al dominio público. Por lo que cobra interés la forma en que se produce la transferencia de las aguas privadas que pasan al dominio público del Estado, ya que si no se cumple con esas formalidades, las aguas deben considerarse privadas, aún cuando el legislador Civil les asigne el carácter de públicas.”* Moyano establece que **el conflicto que en 1869 no se planteó entre particulares y el Estado, está vigente desde 1968, pudiendo resolverse con el procedimiento de la expropiación.**<sup>101</sup> También indica que si bien la reforma del '68 tiene como fuente el Código Italiano (haciendo este autor un análisis de ese orden jurídico), debe advertirse que, en la historia del derecho italiano sobre las aguas, el dominio público fue siempre la regla, en tanto que la propiedad privada de las mismas existió siempre como excepción. De ahí que la intangibilidad patrimonial puede mantenerse sin mengua, aún en los supuestos en que no es posible indemnizar.<sup>102</sup> Marienhoff establece el mismo criterio en relación a la interpretación que pueda surgir de la ley italiana.<sup>103</sup>

4) Corte Suprema de Justicia de la Nación (en 1924): Refiriéndose a aguas corrientes decidió que el legislador estableció dos criterios. Para las aguas superficiales el criterio de dominicalidad (siguiendo el Código Español); y para las AS, incluso las que corren, ha atribuido su dominio a los dueños por debajo de los cuales circulan, excluyéndola del inc. 3º del art. 2340.<sup>104</sup> Es interesante destacar que el Supremo tribunal estableció en este fallo: *“El descubrimiento de la corriente subterránea dentro de los límites del inmueble perteneciente a la parte actora realizado antes de iniciarse el juicio de expropiación, constituye un bien patrimonial legítimamente adquirido, cuyo valor debe ser computado al establecer la indemnización”*.<sup>105</sup>

Sin embargo, **no existen fallos específicos posteriores a la reforma**, de nuestra CSJN, sobre la constitucionalidad del art. 2340 y conformes.<sup>106</sup>

### 3. d. Posturas que consideran al AS de dominio público:

1) Spota, diferenciando en AS estancada y corriente, considera (antes de la reforma) a las últimas como dominicales en el inc. 3 del art. 2340.<sup>107</sup> A su vez este autor, comentando el fallo Ledesma hace una tercera interpretación, frente a la postura

<sup>101</sup> Moyano, Amílcar, p 3, op. cit.

<sup>102</sup> Moyano, Amílcar, p. 7, op. cit.

<sup>103</sup> Marienhoff, p. 243, op. cit. 2006

<sup>104</sup> Fallos tomo 140, páginas 289-290; *Provincia de Mendoza c/ Cías. de Ferrocarriles Gran Oeste Argentino y Buenos Aires al Pacífico* (1924); *Fisco Nacional c/ Behr, Francisco, José*; 1924; T. 140 P. 92.

<sup>105</sup> Fallos 140:282, <http://www.csjn.gov.ar/jurisp/jsp/MostrarSumario?id=378690&indice=24>

<sup>106</sup> Lo único que se ha tratado es el fallo *Ledesma*, recurso extraordinario que fue rechazado por la mayoría, y cuyo voto minoritario (Fayt) en el que considera el carácter público de las aguas por constituir una vertiente –que colecta- (no un manantial) que se rige por el art. 2350 y que al no cumplir con los requisitos de este último debe por tanto considerarse de dominio público. Esto es, se remite solamente a la condición del cauce que se forma de la vertiente.

<sup>107</sup> Marienhoff, Miguel S., p 636, op. cit. 2006

de la mayoría y de la minoría, desde una visión más radical sobre la condición jurídica de las aguas. Afirma que la mutación de la condición jurídica del agua (por ley) no implica un supuesto expropiatorio, en tanto no se trate de una extinción del bien privado, sino una regulación normal y razonable de su uso; y enuncia citando a doctrina italiana (Ugo Pernigotti, 1959) que en materia de aguas: "la *declaración* de ser públicas no torna procedente una indemnización por expropiación porque ninguna expropiación se lleva a cabo y se declara lo que es '*insito a la misma naturaleza del agua*'." <sup>108</sup> Además, este autor extiende la dominicalidad a las AS cuando al caudal afluye "en cantidades tan apreciables que pueden ser destinadas al uso público". <sup>109</sup>

2) Wayar, siguiendo lo que se enunció sobre su voto mas arriba, considera que antes de la reforma el AS era de dominio público si constituía un cauce natural, realizando una interpretación conjunta de lo que es AS y qué es el manantial y la vertiente (agua en el exterior).

3) Zannoni, Kemelmajer, Kiper, Chacón establecen que no debe distinguirse entre una corriente superficial o subterránea; en ambos casos debe estar sometido a las mismas reglas. <sup>110</sup>

4) La doctrina que considera al AS como *res communis omnium* (fuera del patrimonio) o como cosa fuera del comercio (art. 2337 CC) pues acepta que el AS es de dominio público, debe considerar que al no ser esta objeto de transacción no podría quedar incluida en nuestro SPPIE (art. 737 CPCCN).

### 3. e. Síntesis

Habiendo hecho el anterior desarrollo, no surge de forma clara que las AS puedan ser consideradas en un futuro fallo (por nuestros órganos judiciales internos o por los extranjeros) como de dominio público. Y no ya por los conflictos propios del Derecho internacional Privado (normas de conflicto), sino por una contradicción de las leyes nacionales directas.

Cabe entonces repensar cuál es la consecuencia de tener un régimen legal oscuro, no definido siquiera por nuestra propia jurisprudencia contemporánea, y en el que no existe costumbre internacional sobre qué régimen (nacional, privatista o mixto) debe seguir un Estado. <sup>111</sup>

## **4. Los Códigos de Aguas:**

---

<sup>108</sup> Spota, Alberto, *Dominio público sobre las aguas de fuentes*, comentario al fallo Ledesma S.A. c/ Pcia. De Jujuy; La Ley, Jurisprudencia- (t.1985-E).

<sup>109</sup> Marienhoff, Miguel S., p 643, op. cit. 2006. Marienhoff critica diciendo que solo puede realizarse esa interpretación el art. 1º de la ley italiana de 1933.

<sup>110</sup> Zannoni,-Kemelmajer de C... p. 156, op. cit.

<sup>111</sup> Pues no hay Derecho Internacional que determine la condición del AS, salvo se recurra al *Stoppel*)

Las provincias establecen en sus Códigos de Aguas las normas que rigen el uso y aprovechamiento del agua. Por ejemplo, en la provincia de Buenos Aires se establece en la ley 12257 (Cáp. II) un régimen de *Permisos y Concesiones* para la ocupación, uso y aprovechamiento de las “aguas públicas”. Por supuesto que la determinación sobre qué son estas se establece en la legislación nacional (aunque hay posturas que consideran lo contrario). Y así volvemos al problema planteado mas arriba.<sup>112</sup>

Ya se han presentado algunos conflictos relativos al uso y aprovechamiento de AS de pozo por industrias o servicios de aguas termales<sup>113</sup>. Cabría entonces saber si podríamos llegar a una decisión que justifique en la doctrina y jurisprudencia que considera el AS como dominio privado para que la Administración Pública no pueda aplicar regimenes de autorizaciones, permisos, concesiones, que solo son aplicables al dominio del Estado. Y si bien el derecho de propiedad-dominio no es absoluto (art. 14 CN, art. 1071 CC) debemos considerar si fuera necesario constitucionalmente, sin embargo, expropiar para poder aplicar las facultades que los Códigos de Aguas hoy en día otorgan e implementar medidas de conservación que van en contra del régimen actual que rige los derechos reales de dominio (salvo que admitamos que existe un tipo especial de propiedad sobre las AS desde la misma constitución de nuestro Estado).

Recordemos también que el uso por parte de una heredad disminuye el de otras, cuando la capa freática que subyace excede los límites del inmueble (Acuífero Guaraní por supuesto). Y debe advertirnos por ejemplo el fallo Fisco Nacional c/ Behr, Francisco, José, 1924-T. 140, P. 92: “La interpretación y alcance del artículo 2637 del Código Civil, son la de que el propietario de un fundo en el cual se encuentra una fuente puede disponer de ella a su albedrío, empleándola en todos los usos, sean éstos de utilidad o de placer; puede privar de ella a las heredades inferiores y transmitirla a título oneroso a toda otra heredad.” Por supuesto que este concepto de “propiedad” basada el uso regular (fallos 327: 2262) ha ido variando (*función social*), y se ha sumado a ello la

<sup>112</sup> Iza-Rovere, op. cit. Rovere, Marta, op. cit.: Otro ejemplo que puedo traer es el caso de la Provincia de Salta que en su Código de Aguas (aprobado por ley 7.017, B.O. 11/1/99) establece que el uso, alumbramiento y consumo de aguas subterráneas son considerados de uso común y que por ende no requieren para su uso de concesión ni permiso, cuando concurren los siguientes requisitos: que la perforación sea efectuada por usos manuales o mecánicos empleados racionalmente; que la extracción se realice en la escala debida y que el agua se destine a necesidades domésticas del propietario superficiario o del tenedor del predio (art. 141). Fuera de los casos enumerados, para la explotación de dichas aguas se requiere de permiso o concesión otorgada por la autoridad de aplicación (uso especial, art. 142)

<sup>113</sup> En: <http://www.encuentro.gov.ar/nota-1747-Riqueza-subterranea-el-Acuifero-Guarani.html>; <http://www.momarandu.com/amanoticias.php?a=7&b=0&c=73150>; “Proyectos en Corrientes”: Solicitan que se monitoreen nuevas perforaciones termales al Acuífero Guaraní: Un proyecto legislativo de Diputados de la Nación reclama al Ejecutivo que informe sobre medidas que se han adoptado o implementarán los organismos de contralor correspondientes para impedir el avance y prosecución de las obras existentes y futuras de nuevas perforaciones termales en el Acuífero Guaraní. Alertan sobre los complejos termales de Curuzú Cuatiá, Mercedes, Monte Caseros y Yapeyú. Miércoles 14 de noviembre de 2007.” - <http://www.clarin.com/diario/2004/07/21/sociedad/s-02801.htm>: “Una de las mayores reservas de agua dulce del mundo, en peligro. Miércoles, 21-07-04.” - <http://eco21.com.ar/2007/alerta-contaminacion-acuifero-guarani.html>: “Alerta por la contaminación del Acuífero Guaraní Ecología Acuífero Guaraní. Lun, 07/16/2007”.

normativa que surge del art. 41, 43, de la CN, y de los tratados ambientales, en nuestra Jurisprudencia Nacional. Pero esto no asegura que los tribunales Ciadi lo adopten.

### **5. Por lo tanto poseemos aquí tres órbitas de conflicto.**

1) Una órbita de conflicto nacional, debido a la contradicción legislativa sobre la condición jurídica del AS, entre Estado, usuarios, pequeños y grandes latifundios. Es paradigmático recordar aquí la Guerra del Agua en California (principios de XX).<sup>114</sup>

2) Un SPPIE que: a) “**estimula**” la compra de inmuebles debido a la serie de beneficios que establece (luego veremos), b) incorpora al inversor extranjero en la primera órbita con un fuero especial de trato.

Y debemos tener en cuenta que mientras el AS sea considerada privada (y el Estado decida entonces consolidar una expropiación) el inversor posee fueros y facultades de exportación irrestrictas. Por ejemplo: el artículo 11 prohíbe específicamente el uso de controles sobre la exportación para cualquier efecto y elimina las restricciones cuantitativas sobre importación y exportación. A ello debemos sumar que “...hechos como el fallo del GATT que obligó a Indonesia a levantar su prohibición sobre la exportación de troncos de madera o como el que el TLCAN dictaminó por una práctica similar en Canadá no auguran nada bueno para el derecho de una nación a proteger sus recursos naturales.”<sup>115</sup>

Veamos a continuación algo sobre ese régimen.

## **V. EL ACCESO IRRESTRICTO E INCONTROLABLE AL SISTEMA DE PROMOCION Y PROTECCION A LA IE Y SU RELACIÓN CON LOS RNE**

El dominio sobre un inmueble tiene una relación directa con el AS que subyace.

He dicho que el sistema *estimula* la adquisición de inmuebles. Este RNE otorga “poder” al inversor en materia de AS, potenciado por la incierta postura de nuestras instituciones en relación a la condición jurídica del agua.

Ello se complementa con el hecho de que el SPPIE se basa en el acceso “irrestricto” del inversor a la “jurisdicción” prorrogada.

---

<sup>114</sup> Ver por ejemplo: *California Water Wars*. [http://en.wikipedia.org/wiki/California\\_Water\\_Wars](http://en.wikipedia.org/wiki/California_Water_Wars)

<sup>115</sup> Ver. Barlow, Maude, *Oro Azul. La crisis mundial del agua y la reificación de los recursos hídricos del planeta*, ed. digital Aguabolivian.org, 2002. En: <http://www.aguabolivian.org/newcastle/documentos/Maude-ElOroAzul.htm>

No tengo por finalidad analizar en este trabajo el acierto y la eficacia de prorrogar o delegar facultades jurisdiccionales en órganos internacionales (estatales, inter o supra estatales).

Cabe sin embargo recordar que algunos podrían sostenerse constitucionalmente, si los incorporamos en las estructuras creadas en el marco de los tratados constitucionales integrados en el nuevo inciso 22 o 24 del artículo 75 de la ley fundamental.

Pero no es este el caso de los tribunales CIADI; que contradice claramente el art. 1, art. 16 y 116 (entre otros) de nuestra ley fundamental. Y a ello se agrega la falta de control político y jurídico que poseemos, pues están excluidos de los sistemas de frenos y contrapesos, y de control político y jurídico creados por nuestras instituciones. Como afirma Biocca aquellos son “parciales por su pertenencia” sin admitir recusaciones.<sup>116</sup>

Primero enunciaré por qué el sistema estimula la adquisición de inmuebles (así como lo hace con la búsqueda de otros derechos). Enunciaré entonces que el mismo establece un *cuadro amplio de actividades* (y falta de reservas en lo que a RNE merece). Luego situaré los TBIs en el tiempo. Continuaré con un análisis de las normas de trato y riesgos no comerciales.

Trataré además de realizar un esquema del acceso que poseen los inversores extranjeros a derechos reales de dominio en nuestro país.

Por último, buscaré llegar a una conclusión relativa a los efectos que produce esta política de inversiones en relación a las AS, recordando las órbitas de conflicto que mas arriba hice mención.

Advierto que no busco en este trabajo hacer una critica “nacionalista” a los sistemas de delegación internacional de jurisdicción en órganos estatales o no-estatales. Pero si indicar que en el presente caso (el CIADI), ciertas disposiciones pueden repercutir negativamente al momento de decidir qué políticas estratégicas sobre RNE deseamos o desearemos llevar adelante frente a los nuevos desafíos que nos presenta el día a día.

Para ello debo partir de un principio: es necesario mantener, hoy, cierto grado de soberanía tal que nos permita disponer con autonomía nuestros recursos, hasta el momento donde deba decidirse cómo deberá la región y la humanidad compartir su medio escaso.

Es necesario, aunque este no es el ámbito, discutir fuertemente ¿qué entendemos por “cierto grado” de soberanía?, ¿el marco del CIADI y los efectos que a largo plazo producen los SPPIE se adaptan a ella? Y si se me permite la falta, declaro

---

<sup>116</sup> Biocca, Stella Maris (comp.) – PGI UNS, *Jurisdicción internacional en las relaciones jurídicas y económicas en que el Estado es parte*. Disertación de S.M. Biocca, *La globalización oculta un régimen imperial*, p. 135, 1ra. Ed. Bahía Blanca: Ediuns, 2006.

que si bien no estoy en condiciones de responder a la primera pregunta<sup>117</sup>, considero (por intuición, sentido común o guiándome por la opinión de una gran parte de personas que se avocan a lo presente) que la respuesta al segundo interrogante debe ser negativa.

## **1. La Inversión:**

Haré a continuación un análisis del marco de protección de inversiones<sup>118</sup> argentino buscando su abordaje desde los RNE:

### 1. a. Referencia a la “Inversión”<sup>119</sup>:

El concepto de inversión receptado es amplio<sup>120</sup>, con más o menos variantes. Se comprende a la inversión como todo *activo* o *toda clase de bienes*. Tempone destaca la amplitud que ello implica. Diferente hubiera sido que se hable de “*empresa*”, pues excluiría por ejemplo a los bienes intangibles.<sup>121</sup> En general se optó por definiciones con enunciados amplios (*todo activo*) o tautológicos (*toda inversión*), para luego definir de forma ostensiva ciertas categorías no taxativas<sup>122</sup> en sí mismas.

En la ley 24124, esto es el TBI celebrado con los EEUU, (art. 1.1.) se dispone que “inversión”: “*comprende entre otros (tipos de inversión):...*” Del enunciado podemos deducir que la enumeración de categorías de inversión no es taxativa pues dice “*entre otros (tipos)*”.

Por otro lado la categoría en sí misma es absolutamente genérica, o como la llama Granato, una categoría no taxativa. Por ejemplo: la ley 24241: “*1) derechos de propiedad tangible e intangible, así como derechos tales como hipotecas, privilegios y prendas.*” Cabe destacar que otros TBIs establecen la misma categoría, pero con una formulación diferente; esta vez utilizando un término más familiar para nuestro orden interno, esto es, el *inmueble*. Así, la ley 24098 establece: “*a) la propiedad de bienes*

<sup>117</sup> Solo puedo enunciar siguiendo a Barrios, que soberanía es un comportamiento dinámico de la búsqueda de la autonomía posible, y no un derecho inmutable. Nos permite entonces no caer en visiones estructuralistas. (Barrios, M.A., op cit. P 168).

<sup>118</sup> Cárdenas nos dice que se trata un modo de “presionar al Estado para que ajuste su política a los intereses de los inversores extranjeros pero aún así obligan a un importante dispendio de recursos por parte del Estado (contratación de personal especializado, reuniones en foros extranjeros)...”. Feldstein de Cárdenas, Sara Lidia, *Arbitraje e Inversiones Extranjeras*, w.p. n° 14, ed. digital, CAEI, 2006. En: <http://www.caei.com.ar/es/programas/di/working.htm>

<sup>119</sup> Granato enuncia cierto consenso del concepto de inversión, supongo, inferido de los convenios celebrados. Una inversión posee a los efectos de la protección de inversor: 1) cierta duración; 2) cierta regularidad de beneficio y rendimiento; 3) riesgo para ambas partes; 4) un compromiso. p. 15, op. cit.

<sup>120</sup> Granato, L., p 15, op. cit.

<sup>121</sup> Ejemplos: a) ley 24098, art. I.1.: “El concepto de “inversiones” designa todo tipo de activo... b) la ley 24124, que de forma tautológica enuncia en art. II.1.a.: “inversión” significa todo tipo de inversión que... c) Ley 24342, Chile:” todo tipo de bienes”.

<sup>122</sup> Granato, p 15, op. cit.

*muebles e inmuebles y demás derechos reales, tales como hipotecas y derechos de prenda*".<sup>123</sup>

Los Recursos Naturales son expresamente<sup>124</sup> receptados en las categorías del término "inversión". El lugar para hacer mención expresa del término "recurso natural" ha sido cuando se incluyen a las concesiones legales o administrativas como una posible actividad de inversión.<sup>125</sup> Esto no es casualidad. La norma estuvo y está destinada a las empresas concesionarias de servicios públicos, que por supuesto tienen como objeto de sus contratos a los recursos naturales.

Entonces, podemos decir que la definición de inversión es amplia, y como observa Granato, no debe ser interpretada como "abandono de la legislación nacional", pues esta última es aplicable en todo lo no regulado expresamente por el TBI. Es por ello que la norma modelo realiza un doble reenvío (formal y material) al derecho interno del Estado receptor de la inversión.<sup>126</sup> Sin embargo debemos tener en cuenta: a) la doctrina (flexible) aplicada por estos tribunales extranjeros al criterio de la *Autonomía de la Voluntad de los Estados*<sup>127</sup>; b) la supremacía de los tratados internacionales (art. 27 Conv. Viena, art. 75 inc. 22, y jurisprudencia de la Corte).

#### 1. b. La cláusula "Actividades Afines" y los "Actos aislados":

Otro punto relevante es el de las "actividades afines". En este caso la ley 24124 establece un concepto amplio para este tipo de actividades, en las que podemos incluir la adquisición de inmuebles. Luego veremos que esta situación sumada a la regulación que surge de la LSC (art. 118) ha llevado a la creación de un registro de actos aislados<sup>128</sup>, (aunque su finalidad sea destinada al control fiscal). Esta cláusula es importante, pues varios inversores se encuentran facultados para adquirir grandes extensiones de tierra en la órbita de una actividad principal diferente para la que se constituyeron y sin embargo afectar esas adquisiciones a la regulación de protección del inversor extranjero.

---

<sup>123</sup> Lo mismo sucede con la mayoría de los TBIs. Ejemplo: Ley 24100; Francia: art.1.a. Inversión: a) propiedad mueble o inmueble así como cualquier otro derecho real, tales como hipotecas, privilegios, prendas, usufructos y derechos análogos;

<sup>124</sup> Cabe destacar que en el TBI celebrado con los EEUU no se incluyen a las concesiones expresamente, ni se hace mención a "recursos naturales" como categoría de inversión. Por otro lado, veremos luego qué reservas específicas realiza este país; diferenciándose así de la mayoría.

<sup>125</sup> Ley 24335 Hungría: e) concesiones económicas conferidas por ley o por contrato, incluyendo las concesiones para la prospección, cultivo, extracción o explotación de recursos naturales; Ley 24328 Austria: e) las concesiones de derecho público para la prospección y la explotación de los recursos naturales.

<sup>126</sup> Granato, L., p 16, op. cit

<sup>127</sup> Ver: Yesari, Christian, *Jurisdicción. Algunas consideraciones sobre su naturaleza y divisibilidad*, en Biocca, S.M., p. 3, op. cit. (2006)

<sup>128</sup> La Resolución N° 8/03 emitida por la Inspección General de Justicia ("IGJ"), organismo de contralor de las sociedades constituidas en jurisdicción de la Ciudad de Buenos Aires, ha dispuesto la creación del Registro de Actos Aislados de Sociedades Constituidas en el Extranjero (el "Registro").

Cabe hacer una aclaración. El extranjero no tiene, luego veremos, impedimentos constitucionales para adquirir inmuebles diferentes a un nacional. Por lo tanto, el hecho de que las actividades afines sean incluidas en el régimen de protección no parecería en principio relevante para el extranjero que quisiera realizar la actividad inmobiliaria. Sin embargo, existe una diferencia en la LSC que ha llevado a la creación del registro que enunciamos antes. La Ley 19.550 (la “LSC”), en su art. 118, establece que las sociedades constituidas en el extranjero se hallan habilitadas para realizar en el país actos aislados. La finalidad del control se basa en advertir elementos característicos de una actuación habitual o principal de parte de la sociedad constituida en el extranjero relativos a bienes inmuebles<sup>129</sup>. Sin embargo no se puede desconocer que una inversión *no puede realizarse por medio de un acto aislado*.<sup>130</sup>

## **2. TBIs, Reservas y RNE:**

Argentina ha signado varios TBIs en los que no realiza reservas genéricas sobre RNE y tampoco específicas, en lo que interesa, sobre inmuebles y AS. Recordemos de nuevo la unión material que existe entre el inmueble y el agua subterránea.

En algunos realiza reservas sobre ciertos recursos naturales pero son específicas e insuficientes.

Es paradigmático el caso del TBI con EEUU (Ley 24124). En este convenio la otra Parte realiza reservas:

*“... a establecer o mantener ciertas excepciones al trato nacional en... energía y producción de energía; ... propiedad de bienes raíces;... utilización de terrenos y recursos naturales.”*<sup>131</sup>

Argentina realiza la siguiente reserva (que se repite en otros TBIs): *“...a establecer o mantener excepciones limitadas al tratamiento nacional en: propiedad inmueble en áreas de frontera<sup>132</sup>; transporte aéreo; industria naval; plantas atómicas; minería del uranio; seguros; minería; pesca.”*<sup>133</sup>

---

<sup>129</sup> La mayor dificultad para la sociedades del exterior se ha presentado al momento de procurar aquéllas vender el inmueble adquirido, oportunidad en la cual, en varios casos recientes, la IGJ cursó a las sociedades de exterior las intimaciones para su inscripción o adecuación de sus estatutos al derecho local.

<sup>130</sup> Granato, p. 18, op. cit.

<sup>131</sup> (Ley 24124, TBI- Protocolo adicional, punto 2)

<sup>132</sup> El decreto-ley 15.385/45 ratificado por ley 12.913/47 y un significativo número de resoluciones y decretos prohíben a ciudadanos extranjeros adquirir bienes inmuebles en países limítrofes. Vimos además que algunos TBIs (Ley 24241 y 24971) establecen reservas sobre estos inmuebles. Otros no, lo que enseña nos remite a pensar si es que la cláusula de la nación mas favorecida vuelve inertes a aquellas reservas. Por supuesto que en esta cuestión se hace presente al rescate el Orden Público Internacional. Todos nos figuramos inmediatamente que se trata de una cuestión de soberanía, de Defensa nacional; de última, de una decisión legislativa constitucional necesaria para mantener la seguridad nacional.

<sup>133</sup> (Ley 24124, TBI- Protocolo adicional, punto 5)

En el Protocolo del TBI con Panamá, en el cual incorporamos las “cláusulas de estabilización” no hacemos reserva suficiente.<sup>134</sup> Pero Panamá si formula una (de trato nacional amplia siguiendo la posición de EEUU): “*b. derechos sobre la explotación de recursos naturales.*”

Por otra parte, en otros TBIs no existe reserva alguna en la materia recursos, por ninguna de las dos Partes. Cabría entonces saber si la CNMF podría aplicarse al régimen de reservas.

En relación a la Convención de Nueva York sobre el reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras (1958) EEUU realiza una reserva expresa, estableciendo que solo aplicarán este convenio cuando según sus normas las relaciones jurídicas sean consideradas comerciales *con arreglo a su derecho interno*. Nosotros no realizamos una reserva semejante.

### **3. Sistema de PPIE y su aplicación en el tiempo:**

Enumeraré algunas cuestiones que considero relevantes:

#### 3. a. Retroactividad:

El TBI con Lituania tiene una disposición que admite la aplicación del acuerdo a las inversiones *anteriores a la vigencia del mismo*, en la medida que se adapten a la reglamentación vigente.<sup>135</sup> Otro caso similar es el TBI con el RU. Es entonces que nuestra discusión no se agota a los que adquieran inmuebles o concesiones de servicios posteriores a los acuerdos. Por lo tanto no debemos remitirnos a las adquisiciones posteriores a la entrada en vigencia de los TBIs. Cualquier “inversor extranjero” que haya adquirido inmuebles tendrá el fuero especial del TBI.

#### 3. b. Renuncia de favores. Efectos:

En relación a la “cláusula de la nación más favorecida” la CIJ estableció que no se incorporaban de forma autónoma los favores reconocidos por las terceras naciones, ni generaba costumbre internacional su conversión en imperativos; basando su fallo<sup>136</sup> en

<sup>134</sup> Ley 24791 a) La República Argentina se reserva el derecho de establecer o mantener excepciones limitadas al tratamiento nacional en los siguientes sectores: propiedad inmueble en áreas de frontera; transporte aéreo; industria naval; plantas atómicas; minería del uranio; seguros y pesca.

<sup>135</sup> Ley 24984: “El presente Acuerdo se aplicará a las inversiones de inversores de una Parte Contratante en el territorio de la otra Parte Contratante, ya fuera que se realizaran antes o después de la fecha de entrada en vigor del presente Acuerdo, siempre que dichas inversiones se realizaran de conformidad con las leyes y reglamentaciones vigentes de la Parte Contratante receptora. Sin embargo, las disposiciones del presente Acuerdo no se aplicarán a controversia, reclamo o diferencia alguna que surgiera antes de su entrada en vigor.”

<sup>136</sup> Herrera Ramirez, Viviana, *Efectos sorpresivos de la cláusula de la nación más favorecida (CNMF) en materia de inversiones extranjeras; (Estudio de la jurisprudencia del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a las Inversiones –CIADI–)*. - La decisión surgió en el estudio de los derechos de una Parte (EEUU) en Marruecos, 1952, CIJ. p. 44, En: <http://www.usergioarboleda.edu.co/civilizar/clausula-nacion-favorecida.htm>

el principio de igualdad que busca respetar la CNMF. Entonces, si se produce la renuncia del *favor* por la tercera Parte, surge a la vez la pérdida de ese tratamiento del cual un Estado es beneficiario en virtud de la CNMF; volviendo todos a un marco de igualdad. Esta decisión se basa en la aplicación del principio *cessante causa, cesat effectus*, y del respeto de igualdad.

### 3. c. Vigencia de los TBIs:

Afirma Cárdenas<sup>137</sup> que con relación a la duración, los acuerdos bilaterales establecen una vigencia promedio de diez años, renovables automáticamente, previéndose que solamente podrán ser denunciados después de ese plazo cuando la parte que desee finalizar lo notifique por escrito a la otra parte. Las posibilidades de denuncia *no son múltiples*, sino antes bien, reducidas, estrictas, que podrían darse solamente cuando existan cambios fundamentales de las circunstancias con arreglo al artículo 62 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados. Repárese que

### 3. d. Ultra-actividad:

Además de lo dicho en c), debemos considerar que ciertos TBIs incluyen la “Cláusula de Remanencia”.<sup>138</sup> Esto es, que algunos acuerdos contienen específicas provisiones destinadas a la supervivencia de algunas obligaciones de las partes, aún después de su finalización<sup>139</sup>.

No cabe pasar de largo esta cuestión. Como venimos observando, los problemas relativos a RNE presentan para 2020 perspectivas totalmente radicales en relación a la escasez<sup>140</sup>. Es entonces que el “análisis a mediano plazo” debe plantearse desde ahora.<sup>141</sup>

Por lo tanto, si bien estos acuerdos tienen como característica la temporalidad, no cabe confiarse de ella. Además, estos pactos interactúan con la presión de los concesionarios de Servicio Públicos cuyos contratos son de gran extensión en el tiempo. En la provincia de Buenos Aires son de plazos de una extensión media (30 años; artículo 38, ley 12257), sin embargo suficiente. Además participan corporativamente con concesionarios por 99 años en lo que hace a mantener el SPPIE.

## **4. Las “normas de tratamiento” y las “normas sobre riesgos no comerciales”:**

---

<sup>137</sup> Feldstein de Cárdenas, L., p16, op.cit.

<sup>138</sup> Granato, L., p 24, op. cit.

<sup>139</sup> TBI con Canadá (Ley 24125): establece un plazo de 15 años de vigencia desde la notificación, para inversiones de fecha anterior a aquella.

<sup>140</sup> Ver: Graf Rey, Marcia Simone, *La escasez de Agua en el mundo y la importancia del Acuífero Guaraní para Sudamérica: Relación abundancia- escasez*, UNICEN, ed. digital, CAEI, 2007, en: <http://www.caei.com.ar/es/programas/recursosn/working.htm>

<sup>141</sup> En 2025 ... 3 mil millones de habitantes del mundo tendrá menos de 1.700 metros cúbicos de agua por año (umbral de alerta para la ONU), Rodríguez, Marcos, “*Navegando en aguas procelosas*” En: <http://www.caei.com.ar> .

Las obligaciones de los Estados, que surgen de estos tratados de protección de la inversión extranjera se regulan por normas denominadas “normas de tratamiento” y “normas de protección y garantías contra riesgos no comerciales.”<sup>142</sup>

#### 4. a. Normas de Tratamiento:

##### 4. a. 1. La CNMF y algunas otras cuestiones “no tan procesales”:

1) La CIJ y una comisión de arbitraje precisaron el principio *ejusdem generis* en su estudio del caso *Ambatielos* (1952). “*En virtud de la CNMF el Estado beneficiario adquiere únicamente los derechos que están dentro de los límites de la materia que es objeto de la cláusula*” (CDI, 1978).<sup>143</sup> La lectura extensiva de esta conclusión soporta la idea de que una CNMF redactada en términos generales (all matters), incorpora, salvo estipulación expresa en contrario, las cláusulas de arreglo de diferencias. Esta fue la posición adoptada por los Tribunales CIADI que conocieron de los casos *Maffezini* (1997), *Siemens* (2002), *Tecmed y Camuzzi* (2003). También en *Gas Natural* (2003). Mientras que los Tribunales *Salini, Plama, Telenor* (y *Wintershall*) defendieron la tesis contraria.<sup>144</sup>

Rosatti afirma sobre “*Maffezini*”<sup>145</sup> que se ha multilateralizado la imposibilidad de ejercer un control judicial local sobre la relación de inversor extranjero dispuesto, resolviéndose el caso como si lo que estuviera en juego fuese una cuestión de naturaleza meramente procesal. Entonces, la cláusula de la NMF debería llamarse desde ahora la “*Cláusula del inversor mas favorecido.*”<sup>146</sup> Esto demuestra que la división entre lo procesal y el fondo del derecho es a veces difusa o incluso peligrosa.<sup>147</sup>

2) Se afirma que los tribunales arbitrales se declaran competentes para entender en las cuestiones con *escasos argumentos de derecho de fondo* que sustenten esa decisión. En “*CMS Gas Transmisión Company v. República Argentina*”, que es un *accionista minoritario* de TGN, el tribunal se declaró (aceptando la legitimación activa del demandante) competente para entender en la demanda por eventuales violaciones al

<sup>142</sup> Granato las define: A las primeras como: “una suerte de “patrones de conducta” –en sentido objetivo– que el Estado se ha obligado a adoptar. Desde un punto de vista sustancial, las obligaciones asumidas por los Estados configuran “estándares” más que tipificaciones jurídicas de conducta.” En p. 27, op. cit.

<sup>143</sup> Herrera Ramírez, Viviana, p. 44, op. cit.

<sup>144</sup> Herrera Ramirez, V., p 45, op. cit. Esta autora nos cita que “sobre el “presumido” vasto alcance de la CNMF, Gaillard hace una precisión (2007): El cumplimiento de los elementos de aplicación del tratado constituye el requisito sine qua non la protección del tratado no puede solicitarse, poco importa que otros tratados contengan diferentes requisitos o que éstos sean más flexibles.”

<sup>145</sup> Y tengamos en cuenta que paradójicamente se trató de un inversor argentino el que salió favorecido.

<sup>146</sup> Rosatti, Horacio, *Los tratados bilaterales de inversión, el arbitraje internacional obligatorio y el sistema jurídico argentino*, CEPAL, s. f. l., <http://www.eclac.org/dmni/noticias/noticias/7/13167/12.pdf> ; y en: ed. Bs. As. LL, 128:2003.

<sup>147</sup> Se discute la posible aplicación a la generalidad de los casos la doctrina *Maffezini*. Herrera por su parte opina que la especificidad de las pretensiones y la particularidad de las disposiciones estudiadas impiden que esta decisión se convierta en regla o principio interpretativo Herrera 47

tratado.<sup>148</sup> Como establece Rossati, se trata de un caso que, so pretexto de resolver una cuestión *procesal* (al igual que en Mafezzini), ha implicado un profundo daño.

En relación al Acuerdo Interpretativo del Tratado vigente con Panamá, en septiembre de 2004, se dispuso sobre este punto que se niega legitimación activa a los accionistas minoritarios.<sup>149</sup>

4) Se trata de tribunales *ad hoc*, para cada caso, lo cual puede dar lugar a laudos contradictorios y no hay un órgano permanente que unifique la jurisprudencia arbitral o ante quien puedan apelar. El único recurso es el de nulidad, siendo analizado dentro del mismo sistema por un tribunal designado por el Banco Mundial. Se alega que no existen criterios rigurosos de admisibilidad material de la controversia, toda vez, que en la práctica se registran casi la totalidad de las denuncias que se presentan.<sup>150</sup>

5) El sistema excluye cualquier recurso (mas allá de lo que dispone nuestra CSJN), lo que evita el control judicial, a menos que las partes hayan acordado lo contrario. Este hermetismo, esta imposibilidad los tornarían inconstitucionales.<sup>151</sup>

#### 4. a. 2. El trato nacional:

Este principio (conocido como “national treatment”) exige que a los efectos del tratado los extranjeros sean objeto de igual trato que los nacionales<sup>152</sup>.

Sin embargo, se pueden derivar dos interpretaciones si la conjugamos con nuestra constitución (art. 20)<sup>153</sup>:

1) Igualdad estricta: que esta cláusula implica un trato igualitario entre el inversor extranjero y el nacional; basándose el art. 20 de la CN.<sup>154</sup>

2) Discriminación a favor del inversor extranjero<sup>155</sup>: considera que la igualdad se reduce aquí al aseguramiento de un trato “no menos favorable”. La posible constitucionalidad es obtenida de la cláusula del progreso (art. 75 inc. 18): “...promoviendo...nuevas industrias... la importación de capitales extranjeros... por leyes protectoras de estos fines y por concesiones **temporales** de privilegios y recompensas de estímulo”.

Cabe sin embargo preguntarse si la temporalidad que enuncia el inc. 18 se adapta a las características de los derechos reales. Esto es, si la interpretación de la

<sup>148</sup> Feldstein de Cárdenas, S. L., p. 21, op. cit.

<sup>149</sup> Biocca, S. M., p 132, op. cit. 2006 *La Globalización...*

<sup>150</sup> Feldstein de Cárdenas, S. L., p. 22, op. cit.

<sup>151</sup> Idem.

<sup>152</sup> Granato, p. 21, op. cit. Citando a Guido Tawil.

<sup>153</sup> Brasil también firmó 32 TPPRI, aunque ninguno entró en vigencia porque el Senado no los aprobó por inconstitucionales. La negativa se basó en que producía una situación de discriminación en contra del inversor nacional, dado que el extranjero tendría el privilegio de optar por la jurisdicción arbitral internacional. Alberto J. Sosa, *Tratados Bilaterales de Inversiones*, 2005. En: [Http://Www.Amersur.Org.Ar/Polint/Tbisddhh.Htm# Ftn4](http://www.amersur.org.ar/polint/tbisddhh.htm#Ftn4).

<sup>154</sup> Granato, L., p. 30, op. cit.

<sup>155</sup> Término utilizado por Ymaz Videla

constitucionalidad del sistema 2) podría ser aplicada a institutos cuyos efectos no tienden a ser temporales.

Esta cuestión es más que relevante, pues un árbitro extranjero o nacional, remitiéndose al análisis constitucional, y sin tener que analizar normas de conflicto, puede justificar una decisión discriminatoria de acuerdo al criterio 2).

#### 4. a. 3. Tratamiento justo y equitativo:

La norma de tratamiento justo y equitativo es una norma clásica del Derecho Internacional Público.<sup>156</sup> Busca no solo establecer un patrón “básico” de tratamiento sino también incidir en las normas establecidas de tratados, e inclusive *suplir eventuales lagunas normativas en los ordenamientos internos*. Este es uno de los tantos conceptos jurídicos indeterminados que presenta el sistema.

Esta cláusula significa una reivindicación de los países exportadores de capital. Es además un desconcierto su extensión. Algunos la asimilan al principio de Buena Fe, basándose este a su vez en no actuar contrariamente al objeto y fin del acuerdo.<sup>157</sup>

Pueden realizarse entonces dos advertencias sobre esta cláusula:

1º) Sostienen Tondini y Roqué<sup>158</sup> citando a Marzorati, que la respuesta no es tan clara conforme el derecho internacional, que se preocupa por el cumplimiento de una "pauta mínima" de tratamiento. El problema es cómo se determina ese patrón básico, y a quién se le aplica cuando el ámbito iusprivatista la utiliza. Existe una relación directa con la cuestión relativa a la igualdad jurídica del inversor extranjero y nacional.

2º) El considerar a esta cláusula como un “modo de suplir lagunas normativas” implica advertir de qué forma genera para nuestra nación cierta “inseguridad jurídica” en materia de RNE<sup>159</sup> relativizando al doble reenvío y al monismo moderado.

#### 4. a. 4. Trato no discriminatorio o arbitrario:<sup>160</sup>

Podríamos considerar a la CNMF y a la del Trato Nacional como un piso de tratamiento a favor del inversor extranjero. Por su parte, la cláusula a que nos referimos aquí funciona como un techo a los tratos diferentes que puedan existir entre las diferentes Partes.

Es la obligación que dispone no perjudicar con medidas injustificadas o discriminatorias la gestión, mantenimiento, uso, goce, liquidación al inversor.<sup>161</sup>

<sup>156</sup> Granato, L., p. 19, op. cit.

<sup>157</sup> Granato citando a Fernández Gurmendi p 19 Argentina dispone en el TBI con Polonia esta cláusula

<sup>158</sup> Tondini, Bruno Mario - Roqué, Martín Nicolás, *CIADI, Inversiones y el 'Factor Confianza' en la República Argentina*, p 15, Caei-UNLP, 2006, en: <http://www.caei.com.ar/es/programas/di/working.htm>

<sup>159</sup> Esta cláusula es complementada por la “Umbrella Clause”; destinada específicamente a los contratos entre inversor extranjero y Estado Receptor. Granato L, p. 22.

<sup>160</sup> Dispuesto por ejemplo en ley 24124, art. 2.2.b.

En cierta forma estamos dentro del concepto amplio de igualdad de trato. Esto es, que las discriminaciones arbitrarias configuran una negación de la igualdad.<sup>162</sup>

#### 4. a. 5. Protección y seguridad plenas:

Este principio, complementando al trato justo y equitativo, y a la CNMF, busca obligar a los Estados a ejercer, según Tempone, “la debida diligencia para la protección de las inversiones extranjeras”. Se establece entonces la razonabilidad de la protección bajo el criterio de la debida diligencia. No implica una prohibición a la nacionalización o expropiación.<sup>163</sup> Continuamos aquí por supuesto, con conceptos jurídicos indeterminados.

#### 4. a. 6. Cláusulas de estabilización y requisitos de desempeño:

Estas cláusulas persiguen otorgar al co-contratante del Estado anfitrión, por un lado, la garantía de que este país receptor no modificará o rescindirá el contrato con medidas unilaterales; y por el otro, y este no es un tema menor, asegura poner al inversor al resguardo de los poderes exorbitantes del Estado.<sup>164</sup>

La “*stabilisation clause*” es una cláusula<sup>165</sup> (basada en el principio *pacta sunt servanda*). En principio se relaciona con nuestro art. 3 del CC.<sup>166</sup>

Los *requisitos de desempeño* son también la cristalización de *un status* a favor inversor, el cual, si el Estado decide cambiarlo, será pasible de responsabilidad internacional. Esta medida infiere en la decisión del Estado de obligar a los inversores a innovar en sus métodos de desempeño alentando la no inversión y la obsolescencia, y en lo que importa, en lo que hace a Serv. Públicos.

#### 4. b. Normas de protección y garantías contra riesgos “no comerciales”:

Si hablamos de RNE que se encuentran en la órbita de las inversiones extranjeras, debemos entonces hacer mención a estas reglas y principios. Los TBIs disponen normas que resguardan al inversor de 1) riesgos políticos; 2) riesgos No comerciales.

---

<sup>161</sup> Granato L., p 19, op. cit. A contrario sensu, podemos decir que resultará discriminatorio el trato que sea menos favorable que el que ese Estado hubiese otorgado en situaciones idénticas o comparables, a otras inversiones. Siguiendo el criterio de Dolzer y Stevens, dispuesto por Granato podemos decir que se verifica cuando: a) daño actual; b) intención de dañar

<sup>162</sup> Bidart Campos, German J., *Manual de la Constitución Reformada*, t. I. Ed. Bs. As.: Ediar, 1997.

<sup>163</sup> Granato, L., pp 22 y sgtes.

<sup>164</sup> Feldstein de Cárdenas, S. L., p 10, op. cit.

<sup>165</sup> Receptada en nuestro SPIEE por el TBI con Panamá (1998).

<sup>166</sup> Cárdenas p 10 citando a Boggiano: Existe una disyuntiva. Esta es, si debemos o no considerar que estas cláusulas “resultan eficaces, válidas, operativas, aduciéndose que el Estado estaría violando el principio de buena fe si incumpliera, y que si en la esfera internacional el Estado puede limitar por un tratado sus prerrogativas soberanas, también puede hacerlo mediante un contrato

Para Tempone es necesario, primero, partir del concepto de “propiedad”. Establece que existe en el ámbito internacional una marcada ausencia de elaboración doctrinaria independiente; remitiéndose así a los órdenes internos.<sup>167</sup>

Si consideramos que el reenvío realizado por los TBIs forzaría a considerar el concepto de propiedad que surge de nuestro propio orden jurídico, podríamos decir entonces que se puede observar la propiedad de dos formas. La propiedad como derecho no estrictamente subjetivo y la propiedad como derecho subjetivo.

El primero es el derecho *potencial a la propiedad*, garantizado por la DUDH, y que no constituye un derecho subjetivo perfecto.<sup>168</sup>

El segundo tipo<sup>169</sup> *de propiedad* es a la que se refiere Bidart Campos cuando afirma que “nuestro derecho constitucional enfoca la propiedad en el aspecto de propiedad *adquirida*. Sus normas presuponen, entonces, para poder funcionar, que quien las invoca ya es propietario de algún bien.”<sup>170</sup> Aquí hacemos referencia al concepto de propiedad que hace referencia la jurisprudencia de la Corte Suprema, al considerar que aquel “ampara todo el patrimonio, incluyendo derechos reales y personales, bienes materiales e inmateriales y, en general, todos los intereses apreciables que un hombre puede poseer, fuera de si mismo y de su vida y libertad (Fallos, 304:586).”<sup>171</sup> Este concepto de propiedad ha sido, en nuestro derecho judicial, receptado bajo dos principios: 1) el de relatividad de los derechos (para permitir la *función social*)<sup>172</sup>; 2) la *renunciabilidad* de los mismos.<sup>173</sup>

Este análisis del concepto de propiedad se realiza para luego continuar con su correlato: la expropiación.

Mas allá de los diferentes fundamentos que se dan a la facultad de expropiar de un Estado, la misma siempre se encuentra condicionada en un *concepto jurídico indeterminado*, que es la *utilidad pública*.<sup>174</sup>

La explicación basada en que el Estado moderno se basa en un principio en orden jurídico construido para garantizar los derechos subjetivos<sup>175</sup> encuentra en la

<sup>167</sup> Granato 22

<sup>168</sup> <http://www.undp.org/legalempowerment/pdf/EI%20Pais.pdf> Si bien es declarada un Derecho Humano, deberíamos preguntarnos si cumple con esas características. Ver: Atría, Fernando: <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/ctp/article/viewFile/26/116>;

<sup>169</sup> Art. 14, 17, art. 75 inc. 22.

<sup>170</sup> Bidart Campos, German J., *Manual de la Constitución Reformada*, t. II. Ed. Bs. As.: Ediar, 1997.

<sup>171</sup> Baeza, Carlos R., *Exégesis de la Constitución argentina*, p. 175, t. I. Fundación de Derecho Constitucional José M. Estrada. Ed. Bs. As.: Abaco, 2000.

<sup>172</sup> Para Cassagne es el Bien Común es la justificación del ejercicio de esta potestad Cassagne, J.C., *Derecho Administrativo*, p. 595, 5ta ed. Bs. As, Abeledo-Perrot, 1996.

<sup>173</sup> Bidart Campos, G.J., op. cit. t. II.

<sup>174</sup> Cassagne, J.C., p 594, op. cit. (1996) – receptado en art. 17 de la CN

<sup>175</sup> Ver: Atría, Fernando, *¿Existen derechos sociales?*, edición digital a partir de *Discusiones: Derechos Sociales*, núm. 4 (2004), pp. 15-59. ; Alicante : Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2005. En: <http://www.cervantesvirtual.com/FichaObra.html?Ref=15570&portal=4>

construcción de las facultades de expropiación y nacionalización una forma de contrapeso político entre el Estado y el individuo.

Es por esto, considero, que pueden conjugarse jurídicamente con la “propiedad” de un inversor extranjero, las potestades de expropiación (directa o indirecta) y la de nacionalización. Las mismas constituyen un *riesgo no comercial*<sup>176</sup> y son la potestad de realizarlas un principio reconocido por el Derecho Internacional contemporáneo.<sup>177</sup>

También se expresa la obligación de un trato “*no menos favorable*” que el “*trato mas favorable*” otorgado a los nacionales, en caso de “*conflicto armado, ... emergencia pública*” (TBI, EEUU: art. IV, 3).

Pueden enumerarse entonces los siguientes requisitos a cumplirse para realizar la expropiación, nacionalización<sup>178</sup>: 1) utilidad pública; 2) base no discriminatoria; 3) debido proceso legal; 4) compensación pronta, justa y efectiva.<sup>179</sup>

Se dispone además *la obligación de “abstenerse adoptar medidas de expropiación o de nacionalización”* (art. IV.1., TBI con EEUU) Se establece como requisito que la expropiación (directa o indirecta) se base en razones de utilidad pública.

Recuerdo que la exigencia de “utilidad pública” para expropiar representa una garantía constitucional en resguardo del derecho de propiedad de los particulares.<sup>180</sup>

Sin embargo, estas disposiciones merecen ser criticadas, pues permiten a estos tribunales decidir sobre la materia, sabiendo que tienden a considerar cualquier regulación como una “expropiación indirecta”. Sumado ello existen las “cláusulas de estabilización” y la no aplicación de “requisitos de desempeño”, consolidando la mayor evidencia del tratamiento inequitativo respecto del Estado receptor de la inversión y del inversor nacional (art. 16 CN).<sup>181</sup>

- No realizo aquí un análisis sobre las normas relativas a la ejecución de las sentencia. Sin embargo haré luego mención a ciertas cuestiones para consolidar ciertas ideas.

---

<sup>176</sup> También se expresa la obligación de un trato “no menos favorable” en caso de conflicto armado, ... emergencia pública (TBI, EE.UU.)

<sup>177</sup> Granato, L., p22, op. cit. -

<sup>178</sup> Idem.

<sup>179</sup> Norma igual, aunque formulada de otra forma realiza el art. IV.1 de la ley 24124. Remite además el mismo al art. 2.2 sobre trato no discriminatorio o arbitrario.

<sup>180</sup> Bidart Campos, op. cit. t. II

<sup>181</sup> Biocca, Stella Maris, p 132, op. cit (2006)

## **VI. EL INVERSOR EXTRANJERO COMO DUEÑO ¿Dueño del Agua Subterránea?**

### **1. El Inversor extranjero como “dueño” de RNE:**

Habiendo hecho referencia antes a un aspecto diferente del inversor, distinguible del que posee como sujeto de derechos de crédito, esto es, como sujeto de derechos reales de dominio, corresponde hacer mención sobre esta última condición.

Nuestra constitución nacional establece desde el Preámbulo la imperiosa necesidad de poblar y con quién poblar nuestro territorio.<sup>182</sup>

El art. 20 destinado expresamente a los extranjeros (además del art. 14 que se refiere a todos los “habitantes”) establece la innecesidad de nacionalizarse para poseer bienes raíces. Por su parte, la misma se completaría con la reforma del '94 v. gr.: que el origen nacional no debe ser objeto de discriminación: art. 21 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y art. 5° de la Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación social.<sup>183</sup>

No se puede olvidar aquí lo que enunciamos sobre las posturas que interpretan la “igualdad” del nacional con el extranjero.

#### **1. a. Inmuebles en general y prohibición:**

Hemos enunciado que los extranjeros no solo tienen la posibilidad de adquirir inmuebles, sino que, podría interpretarse, poseen una discutida superioridad constitucional, un beneficioso régimen de “actos difusos” y un fuero especial al que acudir.

Recordemos que no puede desconocerse que varias extensiones de tierra han sido adquiridas por extranjeros bajo el SPPIE. Cabe interrogarse a cerca de sus consecuencias.<sup>184</sup>

Ahora bien, la idea de prohibir (total, parcial) genéricamente a los ciudadanos extranjeros la adquisición de bienes inmuebles, nos dispone hoy en la disyuntiva de su conveniencia y viabilidad, y como establecen Hernández, Grassi y Domingo, la solución a tamaño problema no es nada fácil.<sup>185</sup>

---

<sup>182</sup> Baeza, C.R., p 311, op. cit

<sup>183</sup> Hernández-Grassi-Domingo, *Derechos Reales: Dominio. Limitación a ciudadanos extranjeros respecto a la adquisición de tierras ubicadas en nuestro país*, ed. Diario ED, 212-859.

<sup>184</sup> Barlow, Maude, op. cit.: En el orden económico mundial, “la prohibición de exportar el agua impuestos por motivos medioambientales podrían ser puestos en entredicho como una forma de proteccionismo” ¿Es que entonces nada impediría que también se excluyan las necesidades del pueblo donde el agua se ubica para impedir la exportación?

<sup>185</sup> Estos autores proponen: No obstante lo cual, creemos que la solución -se insiste- no pasaría por una prohibición, sino por un adecuado régimen regulatorio, que podría comenzar con una autorización previa, una obligación de explotar los referidos inmuebles adquiridos y una prioridad en lo que hace a mano de obra argentina en la consecuente explotación. Op. cit.

Cabe advertir que, más allá de las razones legítimas que subyacen a las normas o a las reformas propuestas, la búsqueda de una justificación jurídica nos lleva a que no podamos establecer interpretaciones o propuestas de reforma legislativa que contradigan nuestra Constitución: esto es, una legislación que prohíba a los extranjeros adquirir inmuebles (legislación que sería bastante *chauvinista* por cierto) sin un trato constitucional, aunque sea, igual al nacional. Incluso una reforma constitucional solo nos permitiría, respetando los tratados internacionales a los que hemos adherido bajo sanción de responsabilidad (interna e internacional), establecer de forma taxativa la estricta igualdad entre los nacionales y los extranjeros<sup>186</sup>.

Sin embargo el sistema de protección antes analizado nos impone concluir que ni siquiera una reforma constitucional es útil frente a la imperatividad del orden internacional (art. 27 Cono. de Viena) y de normas como las cláusulas de estabilización, requisitos de desempeño, trato justo y equitativo, etc.

## **2. Dos Posibilidades: Dominio Público – Dominio Privado:**

Pensemos: En nuestro país, en la zona del Acuífero Guaraní, ya se han sentido críticas a los efectos que puede producir la utilización abusiva de pozos termales e industriales, y la contaminación que ello genera.<sup>187</sup>

También se ha producido una crisis relativa a los abastecimientos de red que realizan las industrias compartiendo el caudal con las poblaciones cercanas<sup>188</sup>. Una de las opciones que se ha brindado, por lo menos, desde el sentido común es que estas realicen pozos para no afectar a los usuarios en la provisión de la red. No se ha presentado todavía el día donde el reparto de los pozos sea un tema protagonista. Es allí donde la pregunta “¿qué derechos poseo sobre el agua subterránea?” será realizada expresamente por todos, usuarios, campesinos, industrias, Estado, inversores, otros Estados.

Vimos antes que el sistema de inversiones extranjero estimula la compra de RNE y protege al ese adquirente con un SPPIE especial.

Y considerando que frente a la escasez es el Estado y/o los particulares los que deciden tomar las riendas en el uso/comercialización de un bien. Con el AS sucede lo mismo.

Planteamos antes que el AS puede considerarse de dominio público o privado ¿Qué competencias/obligaciones poseen estos actores sobre las AS y quien tiene la

---

<sup>186</sup> Conf. a Bidart Campos, op. cit. t. II: “La imposibilidad de privar de un derecho adquirido a quien es titular de él tiene tal extensión que ni siquiera una *reforma de la constitución* podría hacerlo retroactivamente. La reforma constitucional que suprimiera derechos adquiridos daría lugar a una especial responsabilidad del estado por la indemnización debida en favor de los sujetos perjudicados en su propiedad.”

<sup>187</sup> En: <http://www.clarin.com/diario/2004/07/21/sociedad/s-02801.htm>

<sup>188</sup> En: <http://laotrabahia.blogspot.com/> ; <http://laotrabahia.blogspot.com/2009/04/crisis-del-agua.html>

facultad (jurisdicción) de decidir sobre ello? Esto es trascendental. Y es aquí donde comienza a mostrarse la inseguridad del sistema.

Dicho esto podemos disponer dos hipótesis:

2. a. Hipotéticas consideraciones sobre la condición jurídica del AS:

Veamos entonces qué sucede si esta es considerada<sup>189</sup>:

A) que el AS sea considerada como bien de dominio público

a.1. estando vigente el CIADI

a.2. no estando vigente el CIADI:

B) que el AS sea considerada como bien privado del inversor extranjero:

a.1. estando vigente el CIADI

a.2. no estando vigente el CIADI: un plus que deja el sistema de “promoción”.

2. a. A). Que el AS sea considerada como bien de dominio público:

2. a. A). a.1. Estando vigente el CIADI:

Consideremos, hipotéticamente, que la primera opción será considerada válida. O sea, que el agua es de dominio público (postura de Spota).

Entonces, debemos observar que nos encontramos frente a un inmueble, regulado por normas de derecho privado (Código Civil por principio de territorialidad), cuya extensión se encuentra atravesada por aguas subterráneas reguladas por normas de derecho público administrativo.

Esto genera a su vez una gran serie de conflictos: a) entre el concesionario del Servicio Público y el Estado; b) entre el dueño del inmueble y el Estado que pretende crear derechos reales administrativos (por ejemplo: servidumbres administrativas) y el régimen de restricciones al dominio y administrativas en general.

Existiendo prorrogas de jurisdicción permitimos al CIADI considerar en qué casos estos actos son *iure gestionis* o *iure imperii*; y si se tratara de los primeros, tendría la facultad de decidir todo lo relativo al planteo de la controversia.

En general los Tribunales CIADI poseen una postura estricta en esta cuestión y se avocan a considerarse competentes para resolver el fondo de la cuestión.<sup>190</sup>

Dicho esto, debemos entender que se hallan abiertas las puertas para que estos “jueces” decidan de acuerdo a (entre otras) las pautas del SPPIE a las que ya hemos hecho referencia.

---

<sup>189</sup> Recuerdo que aquí busco plantear que existe probabilidad en que los tribunales CIADI consideren el AS como privada, mas que afirmar una postura dogmáticamente

<sup>190</sup> Ver: Biocca, S.M., 2006.

Tenemos la experiencia vivida por Bolivia, en lo que se ha dado en llamar la “Guerra por el agua y por la vida” en Cochabamba frente al negociado entre Aguas del Tunari y la transnacional Betchel.<sup>191</sup> En nuestro país se nos presenta el caso Azurix.<sup>192</sup>

2. a. A). a. 2.:

Lo trataré en conjunto con 2.a. B). a. 2.

2. a. B). Que el AS sea considerada como bien privado del inversor extranjero:

2. a. B). a. 1. Estando vigente el CIADI:

Frente a un marco de escasez, es probable que el Estado decida (incluso por medio de la privatización del Servicio Público), afectar (expropiando) al dominio público el AS para poder aprovechar este bien (o sea opuesta una expropiación indirecta).

Esta posible situación nos plantea a la vez algunos puntos críticos:

1) Si bien la expropiación debe considerarse un acto de imperio (que otorga inmunidad), cabe preguntarse si los tribunales CIADI poseen competencia para decidir: 1) esa misma cuestión; 2) que se verifica la “utilidad pública”. Agrava la situación que esta última es un concepto jurídico indeterminado.

Advirtamos que la doctrina de los actos de imperio no ha sido respetada en jurisdicciones prorrogadas, v. gr.: la experiencia argentina relativa a las modificaciones monetarias a principios de siglo XXI, donde en ciertos fallos fue rechazada la calidad *iure imperii* de ciertos actos del gobierno (basados en el criterio de Emergencia Pública).<sup>193</sup> En materia de aguas y servicios públicos, lo hemos visto reflejado en el fallo Azurix.<sup>194</sup>

2) Si el Estado Argentino decidiera aplicar normas que *restringen* legal o administrativamente el dominio, pero que no merecen ser consideradas expropiatorias, entonces eventualmente los árbitros extranjeros podrían encontrar en la obligación de “abstenerse de adoptar medidas de expropiación...” la posibilidad amplia de calificar cualquier regulación como una “expropiación indirecta.”

3) Cabe preguntarse si los árbitros internacionales poseen facultades decisorias sobre la *compensación*. El monto de la compensación ha sido una de las

<sup>191</sup> Ver: Ceceña, Ana E.: *Bolivia: La guerra por la paz y por la vida*, 1ra. ed. Bs. As, Madres de plaza de Mayo, 2005.

<sup>192</sup> Ver: Biocca; S.M., op. cit. (2006), Disertación de Iuale Corina, *Lo público y lo privado*, p. 83.

<sup>193</sup> Biocca, S. M., p 132, op. cit. (2006)

<sup>194</sup> El Acuerdo Interpretativo del TBI con Panamá (2004) estableció que le determinación del tipo de cambio no es un supuesto de expropiación indirecta ni directa, ni una medida similar o equivalente a aquella. Son consideradas medidas regulatorias de política económica no compensables. Es de ello posible inducir que los actos legislativos o regulatorios no discriminatorios, que se adopten para proteger objetivos de bienestar general como los de orden público, salud pública, seguridad, política social, económica, monetaria, tributaria o cambiaria no serán calificados como expropiación directa ni indirecta, ni nacionalización, ni medida equivalente. Idem.

cuestiones que mayores controversias ha suscitado, ya que se ha opuesto por parte de países receptores de capital que se trata de una materia de: a) competencia local; b) determinada por la legislación local. Esta cuestión no ha sido compartida por los países exportadores de inversión.<sup>195</sup> Deberíamos considerar si es posible que ingrese “por la ventana” la Hulle Rule por medio del abandono de la doctrina Calvo en materia de prorroga al CIADI.<sup>196</sup>

4) Una contradicción entre la decisión de la justicia argentina y la decisión de los tribunales CIADI, en relación a la condición jurídica del AS.

5) No estando claro el concepto de igualdad que recepta nuestro propio orden constitucional, es riesgosa la posibilidad de que se acepte el criterio de discriminación a favor del extranjero para otorgar, en los juzgados nacionales, indemnizaciones basadas en criterios diferentes (inferiores) a las asignadas a los inversores extranjeros.

6) En el marco de la Convención de Nueva York de 1958 sobre ejecución de laudos arbitrales (ley 23619), no hemos hecho reserva alguna a qué casos deben considerarse “comerciales.” Si admitimos entonces que el laudo es título válido equiparable a una sentencia firme<sup>197</sup> y asumiendo que el inversor sea declarado por el laudo como propietario del AS hasta tanto no se consolide el pago de la indemnización, podrían, en virtud de la CNMF: 1º) “recurrir a la jurisdicción que consideren más conveniente de entre los otros estados contratantes, en donde se localicen los bienes del estado demandado para proceder a la ejecución del laudo”<sup>198</sup> 2º) mientras tanto

---

<sup>195</sup> Granato p 23, op. cit. En general se dispone un “pago rápido” para las indemnizaciones.

<sup>196</sup> Boretto, *Mónica M*, *Las Inversiones Extranjeras en el Derecho Argentino*, pp. 17, 18, w. paper n° 13, ed. CAEI, 2006. En: <http://www.caei.com.ar/es/programas/di/working.htm>. Esta autora enuncia que hasta la era de los BIT, el Estado sólo estaba obligado a brindar al capital extranjero una protección equiparable a la brindada al capital nacional (Doctrina Clavo). Un problema central era cual debía ser la materialidad de la norma internacional aplicable a la “expropiación o nacionalización de capitales extranjeros”, considerados estratégicos desde la perspectiva política y económica de los estados por el impacto directo sobre el desarrollo. La práctica internacional consideraba que tales actos constituían una infracción al “estándar mínimo internacional”, es decir un acto ilícito internacional que involucraba la responsabilidad internacional del estado, reparable mediante una “compensación pronta, justa y adecuada”, denominada “fórmula Hull” (Hull rule).

El reconocimiento del principio de la soberanía permanente del estado sobre sus recursos naturales permitió a los países receptores de capital, fundar su oposición a la fórmula Hull. Principio que se incorporó al derecho internacional: “Cada estado posee jurisdicción exclusiva sobre la propiedad, explotación y comercialización de sus propios recursos naturales”. Surgieron entonces tres cuestiones fundamentales a resolver: a) Criterio aplicable a la compensación por acto de expropiación (indemnización); b) Ley aplicable a los contratos entre el estado y el inversor extranjero; y c) Jurisdicción competente para resolver las controversias suscitadas en el marco de dichas relaciones jurídicas. La doctrina Calvo tuvo primacía en La Carta de los Derechos y Deberes Económicos de los Estados de 1966. Sin embargo, la necesidad de inserción al modelo neoliberal llevó a varios Estados Latinoamericanos a abandonar la doctrina. Esto se manifestó en la aceptación de prorroga de jurisdicción a árbitros internacionales.

<sup>197</sup> Boretto, *Mónica*, p 26, op. cit.

<sup>198</sup> Boretto, *Mónica*, p 27, op. cit.

aprovechar y exportar “su AS”<sup>199</sup> bajo la protección por ejemplo de la OMC-Gatt (art. 11).

2. b. Casos: 2. a. A). a. 2. y 2. a. B). b. 2. (que no esté vigente el CIADI):

Si bien los TBIs se basan en el criterio de la temporalidad, la adquisición de un derecho real de dominio tiene como carácter natural (aunque no esencial, esto es, puede no existir) la perpetuidad.<sup>200</sup> Esto implica que el derecho de dominio dura ilimitadamente, en tanto exista la cosa, *aunque varíe la persona-dueño*. Este carácter es relevante pues el dominio *no se extingue por el “no uso” y el papel del dueño en relación al bien es pasivo*.

Esta distinción de trato entre un derecho real y uno de crédito, y seguida por el derecho civil no es arbitraria. Debemos conjugarla, aunque no parezca en principio existir demasiada relación, con la temporalidad que el constituyente dispone en el art. 75 inc. 18 de la CN.

Sin embargo al adherir a los SPPIE se olvida que la temporalidad de su duración no se relaciona con los efectos que promueve.

Dicho de otra forma, el hecho de que el SPPIE pierda, en un futuro, vigencia en el marco de las relaciones comerciales internacionales, no nos debe hacer olvidar que igualmente provoca ciertos efectos interesantes, si se quiere, analizables desde la órbita política o económica. Así como provoca des-inversión, obra pública obsoleta, endeudamiento estatal, crisis en salud pública, etc. genera la adquisición de derechos reales sobre o en el entorno, de RNE, y que perduran en el tiempo.

### **3. Posibles soluciones. Conclusión:**

3.a. Revisión judicial limitada:

Nuestra jurisprudencia desde el fallo Cartellone ha tomado una postura monista internacional moderada<sup>201</sup> para cuestiones referidas al tema que tratamos aquí, esto es la “utilidad pública”. A su vez, esta postura no nos impide descartar una Integración Abarcativa basándonos en el nuevo art. 75 inc 24.<sup>202</sup>

---

<sup>199</sup> En esto cobra relevancia el negocio del “agua embotellada.” En el año 2000 se embotellaron y comercializaron más de 24.000 millones de litros en el mundo, de los cuales un noventa por ciento en recipientes plásticos no retornables o reciclables. Por su parte el agua a granel es un negocio que se plantea como rentable. Ver: Barlow, Maude, op.cit.

<sup>200</sup> Papaño-Kiper-Dillon-Causse, *Derechos Reales*, p.184, t. I. Reimpresión, Bs. As.: Desalma, 1995.

Kiper. Un caso de dominio no perpetuo es el dominio revocable.

<sup>201</sup> Biocca, S. M., p. 133, op. cit.. Ver: Boretto, M., p. 17, op. cit. y ver Biocca, Cárdenas, Basz, *Lecciones de Derecho internacional privado. Parte general*, 2da ed. Bs. As.: Universidad, 1997.

<sup>202</sup> Biocca, S. M., p. 133, op. cit.

Es así que la Corte SJN sostuvo (en 2004, fallo Cartellone) que no puede lícitamente interpretarse que la renuncia a apelar una decisión arbitral se extienda a supuestos en que los términos del laudo contraríen *el interés público* y que las *decisiones arbitrales pueden ser objetivo de revisión judicial, cuando resulten inconstitucionales, ilegales o irrazonables*. Esta nueva posición implica admitir la revisibilidad de los laudos arbitrales en sede judicial en cuanto al “contenido” o fondo de la cuestión, situación jurídica hartamente controvertida.

Boretto critica la inseguridad jurídica que nos genera el someter el control judicial a conceptos jurídicos indeterminados.<sup>203</sup> Una vez más, vemos como este tipo de conceptos se proliferan en los TBIs y en la jurisprudencia sin advertir su relativa conveniencia.

Por su parte, nos advierten Roqué y Tondini, citando a Tejeiro, que es necesario aclarar que la función de la justicia argentina para el caso de laudos del CIADI es la del *exequatur* o “domesticación” de la sentencia, es decir, que el juez argentino no reabre el caso, sino que verifica cumplimientos de recaudos formales y que no se vulneren derechos de orden público<sup>204</sup>; luego ordena que se cumpla la sentencia.<sup>205</sup>

### 3.b. La denuncia/modificación de los acuerdos que integran el SPPIE:

Afirman, los autores citados, que posturas como la seguida en el fallo Cartellone resultan contradictorias ya que por un lado se busca la revisión local de los laudos dictados por tribunales arbitrales internacionales y, por el otro y sin solución de continuidad, se mantiene la prórroga de jurisdicción establecida por TBI, que no son denunciados cuando podría hacérselo. Esto nos llevaría al argumento que podría ser utilizado en contra de nuestro gobierno al momento de abandonar el sistema, por aplicación en los casos de la llamada doctrina de los propios actos o *stoppel* (en el art. 31.3 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados).<sup>206</sup>

Siguiendo esta línea es que cito a continuación lo que expresamente enuncian, pues es de relevante importancia. Ellos expresan que, como señala González Campaña : “...*Es posible declarar la inconstitucionalidad de los TBIs por violar uno de los principios de derecho público constitucionales amparados por el artículo 27 CN, como es el de la igualdad (artículo 16, CN), al otorgar a los extranjeros un trato privilegiado respecto de los nacionales en contra de lo preceptuado por el artículo 20 CN, pero tal posición, no obstante, conduce a un camino sin salida como es la responsabilidad*

<sup>203</sup> Boretto, Mónica, op. cit. pp. 17, 18.

<sup>204</sup> Cabe agregar si esta revisión judicial implica una violación del derecho procesal de defensa, el que se realiza por medio de un órgano que ejerza jurisdicción formal (art. 4, art. 18, art. 75 inc. 22, art. 116 CN). Por lo tanto, es dudoso que este fallo (Cartellone), se adapta constitucionalmente a doctrinas de nuestra CSJN en relación al acceso a la justicia (art. 18 CN) como la que se ha desarrollado desde el fallo *Fernández Arias c/ Poggio*.

<sup>205</sup> Tondini-Roqué, p. 16, op. cit.

<sup>206</sup> Tondini – Roqué, p. 17, op. cit.

*internacional del Estado que no se exime con invocación de normas internas, así sean de orden constitucional (artículo 27, Convención de Viena).*

*Por ello creemos que la única herramienta que existiría en este caso es la denuncia de los tratados Bilaterales de Inversión promovida por parte de la doctrina, como ya señalamos.”<sup>207</sup>*

Biocca ha considerado que la denuncia o modificación debió realizarse sin esperas, fundamentando con el caso brasilero (que no ha llegado a ratificar los tratados) la relativa necesidad de optar por un SPPIE.<sup>208</sup> Por su parte Bolivia (2007) y Ecuador (2009), son países que recientemente han denunciado el sistema (mientras que Haití lo ha ratificado en 2009).<sup>209</sup>

### 3.c. Conclusión:

La regularización de la condición de las AS en nuestro país necesita cuanto antes ser estudiada y resuelta, en función del constante aumento que tienen aquellas como objeto valioso y de poder. Desconozco cual es la medida óptima; si se debe/conviene o no expropiar (además existe el otro ámbito no tratado aquí, que es la relación con los dueños nacionales).

Pero no considero viable que si se opta por expropiar (recayendo el costo en nuestras arcas), se continúe, sin embargo, con el sistema que he criticado. Pues el costo será entonces doble.

Por otro lado, la realidad presente nos muestra un proceso de cambio en el concepto exclusivo de dominio individualmente concebido. Un ejemplo de ello es la nueva Ley de Bosques Nativos (26331)<sup>210</sup>, cuyo ámbito de aplicación incluye a las AS, y que dispone un régimen de discriminación legal a favor de las minorías indígenas y al campesinado en relación a la aplicación de las normas conservacionistas; otro ejemplo de ellos es la re-integración de Latinoamérica ¿se adapta la concepción de “propiedad” que aplica el CIADI a estas realidades políticas contemporáneas?

Es entonces mi deseo que asumamos, mas que un deber, un hecho humanizante: el de compartir nuestros RNE entre *Todos Nosotros*, los seres humanos, la Humanidad.

---

<sup>207</sup> Idem.

<sup>208</sup> Biocca, p 137, op. cit.

<sup>209</sup> En: <http://icsid.worldbank.org/ICSID/Index.jsp> : sección: “Annoucements:”

<sup>210</sup> El art. 2, establece que “a los fines de la presente ley, considéranse bosques nativos a los ecosistemas forestales naturales compuestos predominantemente por especies arbóreas nativas maduras, con diversas especies de flora y fauna asociadas, en conjunto con el medio que las rodea —suelo, subsuelo, atmósfera, clima, recursos hídricos—, conformando una trama interdependiente con características propias y múltiples funciones, que en su estado natural le otorgan al sistema una condición de equilibrio dinámico y que brinda diversos servicios ambientales a la sociedad, además de los diversos recursos naturales con posibilidad de utilización económica...”

Propongo entonces que sigamos pensando, como venimos haciendo desde que existimos, lo que pueden significar esas pocas palabras.

---

## ÍNDICE

<b>INTRODUCCIÓN. Metodología.</b>	<b>3</b>
<b>I. LOS RECURSOS NATURALES ESTRATÉGICOS (RNE)</b>	
1. Definición	5
2. Los RNE en nuestra historia	5
3. Fondos soberanos de inversión	7
4. Nuevo escenario	8
5. RNE, seguridad y geopolítica	8
<b>II. RECURSO NATURAL AGUA EN GENERAL Y AGUAS SUBTERRANEAS. RESEÑA</b>	<b>10</b>
1. Acuífero guaraní y aguas subterráneas transfronterizas	11
<b>III. ENTRA EN ESCENA EL INVERSOR EXTRANJERO</b>	<b>12</b>
1. El “inversor” en los TBIs	15
2. El inversor visto desde dos ámbitos	15
<b>IV. LOS RECURSOS NATURALES, EL AGUA Y NUESTRO ORDEN JURÍDICO</b>	<b>16</b>
<i>IV. 1. RECURSOS NATURALES, AGUA Y NUESTRO BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD</i>	16

1. El agua como objeto de un Derecho Humano	16
2. El agua como recurso natural del Estado (y de los Estados provinciales)	18
2. a. Dominio público, dominio eminente, dominio originario	19

#### **IV.2. RÉGIMEN DE DERECHO PÚBLICO (ADMINISTRATIVO) Y PRIVADO (CIVIL) ARGENTINO EN RELACIÓN AL AS**

	20
1. Concepto y caracteres del agua en general	20
1.a. Tipos de regímenes:	20
1. b. Respecto a su condición natural, las aguas pueden clasificarse	20
1. c. Respecto de su condición legal	21
1. d. Concepto legal del agua (en general)	21
2. Concepto legal del AS	21
2. a. ¿Cosa dentro o fuera del patrimonio?	21
2. b. ¿Cosa dentro o fuera del comercio?	22
2. c. AS y la ley aplicable en Derecho Internacional Privado	22
2. d. Algunas especificaciones	22
2. d. 1. corrientes subálveas	22
2. d. 2. ríos que se insumen y luego corren por vía subterránea	23
2. d. 3. diferencia con manantiales y vertientes:	23
2. d. 4. condición jurídica de las as:	24
3. AS ¿públicas o privadas?	24
3. a. Principios generales y reglas que inciden y deciden la constitucionalidad de la reforma del inc. 3º del art. 2340.	25
3. b. antecedentes y controversia	26
3. c. posturas que las consideran de dominio privado (art. 2506 CC)	26
3. d. posturas que consideran al AS de dominio público	28
3. e. Síntesis	28
4. Los códigos de aguas	29
5. Por lo tanto poseemos aquí tres orbitas de conflicto	30

#### **V. EL ACCESO IRRESTRICTO E INCONTROLABLE AL SISTEMA de PROMOCION Y PROTECCION A LA INVERSIÓN EXTRANJERA Y SU RELACIÓN CON LOS RNE**

	31
1. La Inversión	32
1. a. Referencia a la “inversión”	32
1. b. La cláusula “actividades afines” y los “actos aislados”	33
2. TBIs, Reservas y RNE	34
3. Sistema de PPIE y su aplicación en el tiempo	35
3. a. Retroactividad	35
3. b. Renuncia de favores. Efectos	36
3. c. Vigencia de los TBIs	36
3. d. Ultra-actividad	36
4. Las “normas de tratamiento” y las “normas sobre riesgos no comerciales”	37
4. a. Normas de tratamiento	37
4. a. 1. La CNMF y algunas otras cuestiones “no tan procesales”	37
4. a. 2. El trato nacional	38
4. a. 3. Tratamiento justo y equitativo	39
4. a. 4. Trato no discriminatorio o arbitrario	40
4. a. 5. Protección y seguridad plenas	40
4. a. 6. Cláusulas de estabilización y requisitos de desempeño	40
4. b. Normas de protección y garantías contra riesgos “no comerciales”	41

#### **VI. EL INVERSOR COMO DUEÑO ¿Dueño del Agua Subterránea?**

1. El inversor extranjero como “dueño” de RNE	43
1. a. Inmuebles en general y prohibición	43

2. Dos posibilidades: dominio público – dominio privado (civil)	44
2. a. Hipotéticas consideraciones sobre la condición jurídica del AS	45
2. a. A). Que el AS sea considerada como bien de dominio público	45
2. a. A). a. 1. Estando vigente el CIADI	45
2. a. A) a. 2. No estando vigente el CIADI	46
2. a. B). Que el as sea considerada como bien privado del inversor extranjero	46
2. a. B). a. 1. Estando vigente el CIADI.	46
2. b. Casos 2. a. A). a. 2 y 2. a. B). b. 2.	48
3. Posibles Soluciones. Conclusión	49
3.a. Revisión judicial limitada	49
3.b. La denuncia/modificación de los acuerdos que integran el SPPIE	49
3.c. Conclusión:	50
<b>INDICE.</b>	<b>52</b>