

SESIONES ORDINARIAS**2009****ORDEN DEL DIA N° 2037****COMISION BICAMERAL DE SEGUIMIENTO DE LAS FACULTADES DELEGADAS
POR EL PODER EJECUTIVO NACIONAL - LEY 25.561****Impreso el día 9 de octubre de 2009**

Término del artículo 113: 21 de octubre de 2009

SUMARIO: **Acuerdo** alcanzado entre el Poder Ejecutivo nacional e Hidrovía Sociedad Anónima para adecuar el contrato de obra pública que fuera aprobado por decreto 253 del 21 de febrero de 1995. Aprobación. (330-O.V.-2009.)

I. Dictamen de mayoría**II. Dictamen de minoría**

I

Dictamen de mayoría**Honorable Congreso:**

La Comisión Bicameral de Seguimiento de las Facultades Delegadas al Poder Ejecutivo nacional (Ley 25.561) ha considerado el expediente 330-O.V.-09, a través del cual tramita la propuesta de acuerdo en el marco de la renegociación del contrato entre el Estado nacional e Hidrovía Sociedad Anónima –contrato de obra pública por peaje para la modernización, ampliación, operación y mantenimiento del sistema de señalización y tareas de redragado y mantenimiento de la vía navegable troncal, comprendida entre el km 584 del río Paraná, tramo exterior de acceso al puerto de Santa Fe y la zona de aguas profundas naturales en el río de la Plata exterior hasta la altura del km 205,3 del canal Punta Indio por el canal Ingeniero Emilio Mitre–; y, por las razones que se expresan en el informe que se acompaña y las que dará el miembro informante, se aconseja la aprobación del siguiente

Proyecto de resolución**El Senado y la Cámara de Diputados de la Nación**

RESUELVEN:

1. Aprobación:

Aprobar la propuesta del acuerdo alcanzado entre el Poder Ejecutivo nacional e Hidrovía Sociedad Anóni-

ma para adecuar el contrato de obra pública que fuera aprobado por decreto 253 del 21 de febrero de 1995 y sus sucesivas modificaciones.

2. Alcances:

El acuerdo comprende la renegociación integral del contrato de obra pública concluyendo así el proceso de renegociación desarrollado conforme a lo dispuesto en las leyes 25.561; 25.790; 25.820; 25.972; 26.077; 26.204 y 26.339; y 26.456; decreto 311/03. Se tienen por aprobados la integralidad de las condiciones contenidas en el acta acuerdo, dejando a salvo la responsabilidad que atañe al Poder Ejecutivo nacional de efectuar aquellos ajustes en la redacción del texto, siempre que resulten indispensables para garantizar la adecuación legal de la renegociación del contrato, manteniendo el sentido, el contexto y la armonía de los términos aprobados en el marco de las recomendaciones y observaciones formuladas en el siguiente punto.

3. Recomendaciones:

Recomendar al Poder Ejecutivo que proceda a instruir y ratificar el acta acuerdo que es aprobada por la resolución formulando las siguientes observaciones:

a) Que es necesario que el acta acuerdo contemple expresamente el desistimiento de la concesionaria y la totalidad de los accionistas identificados, en forma íntegra incondicionada a sus reclamos de naturaleza judicial o extrajudicial, planteados en el país o en el exterior, cuyo objeto sea los efectos de la emergencia oportunamente declarada por la ley 25.561. Asimismo el acuerdo deberá contener la total indemnidad al Estado y los usuarios por hechos de los accionistas, todo ello como condición previa a la firma del acuerdo;

b) Que sea verificada la aplicación de índices generales para el ajuste de costos de explotación admitidos en el acta acuerdo. Asimismo, resulta conveniente que, de ser posible, el órgano de control especifique

la participación porcentual de cada índice en la matriz estructural de costos de explotación y su impacto en el mecanismo establecido para la redeterminación tarifaria;

c) Que se respete la limitación de daños y responsabilidad originariamente establecida;

d) Que una vez cumplidas las condiciones establecidas en el acta acuerdo, el órgano de control verifique la recomposición del capital social, patrimonio neto exigible y demás requisitos patrimoniales de acuerdo a lo establecido originalmente y adecuado por la presente acta;

e) Que el órgano de control verifique el mantenimiento de los seguros correspondientes en dólares estadounidenses;

f) Que resulta conveniente que la mora del Estado nacional en los aportes comprometida no opere de forma automática y de pleno derecho a favor del concesionario;

g) Que es necesario que los aportes comprometidos por el Estado nacional sean considerados dentro del flujo de fondos económico y financiero del concesionario;

h) Que sería conveniente que la obligación de los integrantes de la concesionaria respecto del contrato de ampliación sea solidaria por las obligaciones en él establecidas;

i) Que se considere el riacho de Barranqueras como vía navegable secundaria, sujeto al mantenimiento permanente en el ámbito de la ejecución contractual a los efectos de dotar de previsibilidad y competitividad al puerto de Barranqueras.

4. Comuníquese, juntamente con sus fundamentos, al Poder Ejecutivo nacional, a la Auditoría General de la Nación y a la Sindicatura General de la Nación.

Sala de la comisión, 10 de septiembre de 2009.

*Roberto F. Ríos. – Gustavo A. Marconato. –
Beatriz L. Rojkés de Alperovich. – Liliana
B. Fellner. – Luis F. J. Cigogna. – Miguel
A. Pichetto.*

INFORME

1. Introducción

En el marco de la eclosión social y de la crisis institucional, política, económica, financiera, social y productiva que afectó al país en el mes de diciembre de 2001 y que desembocó en la renuncia del presidente de la Nación doctor Fernando de la Rúa, este Honorable Congreso sancionó la ley 25.561, declarando la emergencia pública en materia social, económica, administrativa, financiera y cambiaria. Por dicha ley de emergencia se delegó al Poder Ejecutivo nacional las facultades para dictar las medidas orientadas a superar la crisis.

Dentro de la emergencia declarada se dispuso pesificar y desindexar los contratos de servicios públicos, encomendando al Poder Ejecutivo nacional la renegotiación de los contratos puestos en crisis. La ley 25.561 fue luego ratificada y complementada por las leyes 25.790, 25.820, 25.972, 26.077, 26.204, 26.339 y por último la ley 26.456.

Por su parte, el Poder Ejecutivo nacional, a efectos de llevar a cabo el proceso de renegotiación de los contratos, dictó diversas normas reglamentarias y complementarias, en una primera etapa a través de los decretos 293/02 y 370/02, y luego por el decreto 311/03 y la resolución conjunta 188/03 y 44/03 de los ministerios de Economía y Producción, y de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios, respectivamente.

A través del decreto 311/03 el Poder Ejecutivo nacional dispuso que la renegotiación estuviera a cargo de la Unidad de Renegociación y Análisis de Contratos de Servicios Públicos en el ámbito de los ministerios de Economía y Producción y de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios.

Integrar la UNIREN un comité sectorial integrado por los secretarios de Estado con competencia específica en los sectores vinculados a los servicios públicos y/o contratos de obra pública sujetos a renegotiación, y por el secretario ejecutivo de dicha unidad.

A través de las normas dictadas posteriormente y en último término por la ley 26.456 el proceso de renegotiación ha sido extendido hasta el 31 de diciembre de 2009.

En lo que se refiere al rol de este Honorable Congreso en esta cuestión, al sancionarse la ley 25.561 y a efectos del contralor de los actos que llevare a cabo el Poder Ejecutivo nacional en uso de las facultades delegadas, se estableció a través del artículo 20 de dicha norma, crear esta Comisión Bicameral de Seguimiento, asignándole el rol de controlar, verificar y dictaminar sobre lo actuado por el Poder Ejecutivo nacional en relación con la norma de emergencia, fijándose que sus dictámenes serían puestos en consideración de ambas Cámaras.

Al sancionarse la ley 25.790, por su artículo 4º se dispuso que el Poder Ejecutivo nacional debe remitir las propuestas de los acuerdos de renovación al Honorable Congreso, otorgándole intervención a esta Comisión Bicameral de Seguimiento. Asimismo dicha norma estableció que el Honorable Congreso debería expedirse dentro del plazo de sesenta días corridos de recepcionada la propuesta.

II. Antecedentes de la renovación con la empresa Hidrovía Sociedad Anónima

2.1. Del contrato de obra pública

El decreto del Poder Ejecutivo nacional 863/1993 facultó al ex Ministerio de Economía, Obras y Servicios Públicos a llamar a licitación pública nacional e

internacional para ejecutar mediante contrato de obra pública por peaje para la modernización, ampliación, operación, y mantenimiento del sistema de señalización y tareas de redragado y mantenimiento de la vía navegable troncal, comprendida entre el kilómetro 584 del río Paraná, tramo exterior de acceso al puerto de Santa Fe y la zona de aguas profundas naturales en el río de la Plata exterior hasta la altura del kilómetro 205,3 del canal Punta Indio por el canal Ingeniero Emilio Mitre.

El decreto 253 de fecha 21 de febrero de 1995 procedió a adjudicar dicha licitación pública nacional e internacional al consorcio Jan de Nul N.V. - Kocourek S.A. de Construcciones C.I.F. e I. - Horacio O. Albano Ingeniería S.A.C.I.F.I. y EMEPA S.A.

Con posterioridad, el decreto 918 de fecha 11 de septiembre de 1997 encomendó al ex Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos para que, en los términos del artículo 5º del decreto 253/95, renegociase el contrato de concesión con el concesionario, con el objeto de adecuarlo a las circunstancias sobrevivientes a su celebración, suscribiendo los instrumentos pertinentes que aseguren el acabado cumplimiento de su objeto, sin alterar la ecuación económico-financiera resultante del contrato original.

Con fecha 3 de octubre de 1997, se suscribió el acta acuerdo de reformulación del contrato de concesión, el cual resolvió: *a)* las cuestiones que han sido materia de reclamo por parte del concesionario referidas a las obligaciones emergentes del contrato de concesión; *b)* reformular las condiciones establecidas en el contrato de concesión que fuera aprobado por el decreto 253/95. La reformulación tuvo como objeto asegurar en el tramo comprendido entre el kilómetro 205,3 y el kilómetro 239,1 del canal Punta Indio, las mismas características técnicas de la ruta navegable concesionada, todo ello en cumplimiento de lo establecido en las notas reversales suscritas entre los gobiernos de la República Oriental del Uruguay y la República Argentina de fecha 13 de mayo de 1997, especificándose las obras de dragado y señalización para el tramo correspondiente entre el kilómetro 205,3 al kilómetro 239,1 (prolongación canal Punta Indio), y el anexo II-b definió las especificaciones de las obras de dragado y señalización para las zonas de cruce del canal Punta Indio. Además, se extendió el plazo original del contrato de concesión por un término de ocho (8) años.

2.2. Carta de entendimiento

La carta de entendimiento constituye el primer documento que el gobierno redacta, como resultado del proceso administrativo de evaluación a partir del informe de cumplimiento de contrato, las obligaciones asumidas por el gobierno nacional en relación con la Hidrovía Paraná-Paraguay, las condiciones económicas, sociales y demás sometidas a revisión por la emergencia declarada, considerando especialmente los parámetros que

el artículo 9º de la ley manda considerar, a los efectos de la renegociación de las cláusulas contractuales, y sobre los cuales se asentará el acuerdo.

En dicho documento se establecieron los elementos básicos que luego definen el alcance del acta acuerdo:

– Renegociación del contrato de obra pública.

– Definición de un régimen tarifario de transición, en el que la proyección económico-financiera del contrato es menor a la establecida en el contrato original: dicho programa incluye un incremento de la remuneración de la actividad con el objeto de disminuir la incertidumbre debido al comportamiento de los precios relevantes para el costo del servicio.

– Determinación de las pautas básicas para la ejecución de las obras de dragado y señalización de los tramos río Paraná, entre los kilómetros 584, acceso puerto de Santa Fe y kilómetro 1.240, llamado Confluencia, considerado como una ampliación al contrato.

– Establecimiento de pautas a los efectos de la redeterminación de las tarifas.

– La suspensión y luego el desistimiento del derecho y de las acciones planteadas por parte de los accionistas, por perjuicios, en cualquier ámbito debido a hechos o medidas vinculadas, directa e indirectamente, con la emergencia y otras medidas colaterales.

2.3. Audiencia pública

Con fecha 16 de febrero de 2005 se suscribió un acta acuerdo entre el Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios y la empresa Hidrovía Sociedad Anónima, por medio de la cual el concesionario asumió la obligación de iniciar la obra de profundización de la vía navegable troncal comprendida entre el kilómetro 584 del río Paraná y el kilómetro 239,1 del canal Punta Indio, llevando la misma, en una primera etapa, a treinta y cuatro (34) y veinticinco (25) pies de calado en los tramos océano - Santa Fe y San Martín - Santa Fe por el canal Ingeniero Emilio Mitre, siguiendo la traza actual del canal Punta Indio, respectivamente, incluyendo la modernización de la señalización.

Mediante la resolución conjunta 35 del Ministerio de Economía y Finanzas Públicas y 1.522 del Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios del 29 de diciembre de 2008 se convocó a audiencia pública.

La audiencia pública se llevó a cabo en el Centro Recreativo Científico Tecnológico, sito en el galpón "F", puerto de Barranqueras, localidad de Barranqueras, provincia del Chaco, el día 27 de febrero de 2009, a fin de poner a consideración de la ciudadanía la carta de entendimiento formulada por la UNIREN en base a los antecedentes y a la información entregada voluntariamente por la concesionaria.

2.4. Acta acuerdo

Sobre la base de la carta de entendimiento y la evaluación del resultado de la audiencia pública, del cual surgieron las modificaciones, las autoridades de la UNIREN resolvieron impulsar como decisión negociar el acuerdo que se propuso a la empresa. Aceptado por la empresa los términos y condiciones del acta acuerdo, el mismo fue girado a la intervención de esta comisión.

Dicho acta acuerdo contiene:

Tipo y carácter del acuerdo

El acta acuerdo tiene el carácter de acuerdo de renegociación contractual. Ello implica que comprende todas las cuestiones involucradas en la adecuación del contrato, de manera que con las previsiones adoptadas en el mismo, dicho contrato quedará regularizado una vez que se cumplan todos los actos y plazos comprometidos.

Régimen tarifario de transición

El régimen tarifario de transición consiste en aumento sobre la tarifa existente con anterioridad a la sanción de la ley 25.561, que reconoce una tasa interna de retorno de 15,42% con carácter transitorio.

La actualización del cuadro tarifario mediante un mecanismo no automático, que dispara un proceso de revisión de costos a cargo del órgano de control, a través del mecanismo de redeterminación tarifaria.

Inversiones

Esquema de inversiones definidas con auditoría por parte del órgano de control.

La realización de una revisión tarifaria a dos años desde la entrada en vigencia del acta acuerdo.

La ampliación del contrato de obra pública para dragado y señalización del río Paraná hasta el kilómetro 1.238 del mismo, llamado Confluencia, la que se efectuara en los términos y condiciones previstas en el contrato original.

Traspaso de agentes embarcados del Estado a la concesionaria, bienes y embarcaciones destinadas a la función de contralor.

Profundización del calado entre puerto Santa Fe y puerto San Martín.

Régimen de calidad de prestación del servicio

Auditado el mismo por el órgano de control, debiendo el concesionario cumplimentar con la norma ISO 9001.

Proyección económico-financiera

Las proyecciones para el contrato prevén además del período de transición, la recomposición de la PEF a los niveles establecidos en el contrato original (19,38 %).

Obligaciones particulares durante el período de transición

Esta condición tiende a proteger la eficacia del acuerdo, durante el período de transición, de dos factores que pueden afectar su validez y cumplimiento.

El primero está relacionado con la metodología empleada para definir los costos reconocidos o costos ajustados. De manera que cualquier nuevo elemento de costo, no contemplado en la proyección original, que surja luego de establecido el acuerdo, pueda ser considerado en una instancia de análisis que determine la procedencia de su reconocimiento, y la eventual magnitud de su traslado a la remuneración reconocida.

Reclamos fundados en medidas de la emergencia: suspensión y desistimiento de acciones legales

Para que entre en vigencia el acuerdo, el Estado nacional, la concesionaria y sus accionistas mayoritarios, suspenderán el trámite de todos los reclamos por hechos derivados de la emergencia, comprometiéndose a no iniciar nuevos. En una etapa posterior, las mismas renunciarán definitivamente a los reclamos judiciales, extrajudiciales y por ende, al cobro de las sumas involucradas en los mismos.

III. Dictamen

3.1. Consideraciones

Respecto al proceso

Con relación al proceso de renegociación cumplido a la fecha se efectúan las siguientes consideraciones:

En el marco establecido por las leyes 25.561 y 25.790, la renegociación contractual es el entendimiento alcanzado entre el licenciatario y licenciatario dirigido a superar la situación de emergencia y que habrá de regir el contrato hasta concluir su vigencia, renegociación que debe atender los criterios establecidos en el artículo 9º de la ley 25.561 y adecuarse a las previsiones de la ley 25.790.

Los procedimientos llevados a cabo se han ajustado a lo dispuesto por las leyes 25.561, 25.790, 25.820, 25.972, 26.077, 26.204, 26.339 y 26.456; y a las normas reglamentarias dictadas para el proceso, el decreto 311/03 y la resolución conjunta 188/03 y 44/03 de los ministerios de Economía y Producción, y de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios, así como también al decreto 1.172/03.

La UNIREN como órgano a cargo de la renegociación, ha puesto a disposición de esta comisión, todos los antecedentes administrativos a través de los cuales se sustanciaron los distintos actos que condujeron a la propuesta de renegociación que se somete a consideración de esta comisión.

Culminados los estudios y análisis contractuales y, sin llegar a un acuerdo del concesionario, la UNIREN elaboró una carta de entendimiento que fue sometida a audiencia pública, con el objeto de garantizar la participación ciudadana.

En la audiencia se pusieron a consideración diversas opiniones, las cuales fueron calibradas en función de medir las modificaciones que se estimaron convenientes respecto al entendimiento preliminarmente puesto a consideración, tal como consta en el informe de evaluación de la audiencia elaborado y elevado por la UNIREN.

En esas evaluaciones se han sustentado las posturas que definieron la propuesta del acuerdo. Dicha propuesta, adoptada por las autoridades de la UNIREN para resolver la negociación, ha sido aceptada por la empresa licenciataria, estableciéndose así el consenso sobre el acta acuerdo de renegociación contractual.

Dicha propuesta de acta acuerdo fue remitida a esta comisión conforme a las previsiones generales del artículo 20 de la ley 25.561 y, particularmente, al requerimiento dispuesto en el artículo 4º de la ley 25.790.

Sobre las condiciones contenidas en el acuerdo

El acuerdo contempla los intereses en juego de las partes involucradas en el respectivo contrato de concesión: Estado, usuarios y concesionaria.

Con relación al Estado en particular, se tomó en cuenta su responsabilidad final en cuanto a la promoción de las condiciones de navegabilidad de los ríos en virtud de acuerdos internacionales suscritos y relacionados con la Hidrovía Paraguay-Paraná, la importancia que reviste para el comercio exterior y la competitividad sistémica que logra a través del servicio de dragado y balizamiento, en beneficio de la navegabilidad, que como consecuencia genera mayor actividad en las economías regionales y mayor competitividad sistémica en la producción de origen nacional. También los intereses de los usuarios se han contemplado estableciendo mejoras en los sistemas de control de las concesiones por parte del Estado y de operaciones de la navegabilidad fluvial, de manera de asegurar una prestación eficiente y a costo eficiente de largo plazo.

Asimismo se contempló expresamente la expansión de los sistemas a través de la ampliación del contrato de obra que duplica las distancias sometidas a dragado.

Con relación a la empresa concesionaria, el nivel de remuneración otorgado le permite atender todas las obligaciones contraídas en el acuerdo y el contrato, incluyendo el mantenimiento del régimen de servicio y un plan de inversiones determinado y auditables. También la remuneración establecida como aporte del Estado por los primeros tres años de la ejecución de dragado le permite al concesionario, si cumple con sus obligaciones eficientemente, contar con recursos para enfrentar el costo del capital propio y de terceros, sin que ello implique para los usuarios beneficiarios pago alguno por los primeros tres años.

Es dable señalar que frente a variaciones de la estructura de precios relativos con posterioridad a la salida de la convertibilidad, el precio de la divisa, es decir el tipo de cambio, experimentó un incremento del 285 %, el precio de los bienes a través del índice

de precios minoristas supera en forma acumulativa el 220 % hasta el presente, mientras que el índice de precios mayoristas supera el 270 % hasta el presente. Paralelamente, el precio del dinero está fijado por la tasa de interés que, si bien ha tenido una fuerte reducción, la misma depende de la normalización del sistema financiero, de su recuperación y de la confianza en el mismo con posterioridad a la crisis, aunque para obras del carácter de las encaradas por el concesionario, resulta complejo poder apalancar financieramente las mismas.

La negociación se dio en el marco de un proceso complejo que significa la posibilidad cierta de avanzar en un sendero de inversiones, calidad de servicio y protección de las economías regionales y la competitividad sistémica.

Decisión propuesta

Se considera que el proceso de renegociación cumplido por la UNIREN, conforme a lo ordenado por el Poder Ejecutivo nacional, ha contemplado: *a)* lo dispuesto por los artículos 8º, 9º y 10 de la ley 25.561; *b)* las estipulaciones contenidas en el contrato de licencia; *c)* los antecedentes y proyecciones del servicio de la concesión conforme a los informes y análisis acumulados en las actuaciones la realidad económica y social de nuestro país.

Dicho proceso condujo a la necesidad y conveniencia de adecuar las condiciones del contrato de concesión en función de preservar la accesibilidad, continuidad y calidad del servicio prestado a los usuarios, y establecer que propendan al equilibrio contractual entre el otorgante y concesionario.

Se considera que los términos y condiciones contenidos en la propuesta del acta acuerdo sometida al juicio de esta comisión, refleja un adecuado balance de los distintos intereses involucrados, considera a los usuarios actuales y futuros, y atiende la perspectiva del Estado nacional, como poder concedente, en cuyo carácter resulta ser el garante de la prestación eficiente y accesible de los servicios prestados.

La aprobación del acuerdo resulta conveniente porque permite regularizar la situación de conflictividad actual del contrato de concesión que pone en riesgo la prestación de un servicio que tiene una alta sensibilidad económica, siendo una de las áreas importantes para la producción del país y la posibilidad de navegabilidad de las aguas de los ríos de la Plata y Paraná.

Además, el avance en el proceso de renegociación es una señal importante a la sociedad y a otros actores relevantes de la actividad energética, en cuanto a la firmeza de la decisión del gobierno de superar los efectos de la salida de la convertibilidad y de la emergencia, e ingresar en una nueva etapa en la prestación de los servicios y de acompañamiento al crecimiento económico y a lograr competitividad logística.

Asimismo cabe señalar que el acta acuerdo debe contemplar salvaguardas y garantías frente a las acciones administrativas, judiciales o arbitrales y sus con-

secuencias que pudieran afectar al servicio prestado, a los usuarios o al concedente.

Cumplimiento de los extremos del artículo 9º, ley 25.561

3.2.1. El impacto de las tarifas en la competitividad de la economía y en la distribución de los ingresos

El aumento finalmente determinado para el caso de la concesionaria produce, a los usuarios, un impacto mínimo en su tarifa de peaje, y a su vez ello garantiza la continuidad de la prestación de los servicios en condiciones de calidad y confiabilidad y del modo más eficiente. En esos valores de aumento es un impacto relativo en la tarifa final, que se le aplica a todo usuario en navegación internacional y no al cabotaje, permite gestionar el sistema de dragado de modo sostenible, garantizando la operatividad de las condiciones pactadas.

Pero la decisión de ampliar las extensiones dragadas y objeto de contrato en un 100 %, extendiendo la obra y la profundidad entre el kilómetro 584 del río Paraná, acceso al puerto de Santa Fe y la confluencia de los ríos Paraguay y Paraná, implica lograr un aumento considerable de la competitividad para todos los productos del NEA y del NOA mejorando las condiciones logísticas y de accesibilidad a los mercados internacionales, lo que en el largo plazo redundará en mayor actividad económica y redistribución más equitativa de la actividad económica entre las diferentes regiones.

A su vez la inversión y el servicio eficiente garantiza la disposición para los emprendimientos productivos y, consecuentemente, la competitividad de la economía en el largo plazo, considerando que la ampliación de la obra es extensa, y que inicialmente no habrá tarifa de peaje durante la ejecución del contrato, lo que resulta sumamente competitivo para los usuarios beneficiarios y para la competitividad de esas zonas.

3.2.2. La inversión, cuando ellas estuviesen previstas contractualmente

El contrato original y su redeterminación de 1997 no tenía prevista la obligación de la concesionaria de nuevas obras de dragado. De allí que la calidad de los servicios de las obras existentes, y, por lo tanto la gestión de operación y mantenimiento de las mismas, resulta central dentro de las obligaciones de la concesión, ya que la calidad del servicio, en definitiva, está ligada a la capacidad de mantenimiento de las vías naveгables en los calados comprometidos.

La propuesta de acuerdo, en lo que a la ampliación de la obra se refiere, elevada a consideración incorpora un cronograma específico de inversiones, que resulta esencial en cuanto establece certeramente cuándo y en qué condiciones deben realizarse las inversiones, imponiendo obligaciones específicas en cantidad y tiempo.

La implementación de un sistema de gestión ambiental y calidad de servicio, implica una mejora en las prestaciones.

3.2.3. El interés de los usuarios y la accesibilidad de los servicios

La propuesta elevada a consideración resguarda el interés de los usuarios en dos aspectos fundamentales:

a) Garantizar la continuidad de los servicios en condiciones de calidad y eficiencia; y, b) establecer pautas de contralor en beneficio de los usuarios como ser, el seguimiento de la proyección económico-financiera, de la evolución de aspectos operativos, la verificación de las inversiones y, la estructura de ingresos de la empresa y costos, entre otros.

3.2.4. La seguridad de los sistemas comprendidos

La seguridad de la navegación está determinada por la garantía de las profundidades a los calados comprometidos en el contrato de obra pública y de los sistemas de señalización, que están directamente vinculadas a las condiciones de mantenimiento y, en este caso puntual, donde se establece la ampliación de las obras, con los resultados positivos que mayores calados y señalización conlleven a la navegabilidad de las vías fluviales involucradas, lo que se verá ampliado por un sistema de gestión de calidad de servicios y procesos y las obligaciones de gestión ambiental asumidas por el concesionario en este acuerdo.

3.2.5. La rentabilidad de las empresas

Respecto de la misma, las proyecciones económico-financieras tienden hacia el equilibrio y la recomposición de la rentabilidad, y acreditan que durante la emergencia y hasta la fecha, el nivel de esa rentabilidad se mantuvo por debajo de los valores contractualmente establecidos.

Por todo lo antes expuesto, habiendo dado cumplimiento a la intervención prevista en el artículo 20 de la ley 25.561 y en el artículo 4º de la ley 25.790, y por evaluación de la Comisión Bicameral de Seguimiento de las Facultades Delegadas al Poder Ejecutivo Nacional, se aconseja la aprobación del presente dictamen.

Sala de la comisión, 10 de septiembre de 2009.

II

Dictamen de minoría

Honorable Congreso:

La Comisión Bicameral de Seguimiento de las Facultades Delegadas al Poder Ejecutivo Nacional (Ley 25.561) ha considerado la nota de la Unidad de Renegociación y Análisis de Contratos de Servicios Públicos (expediente de la Honorable Cámara de Diputados de la Nación 330-O.V.-09) por medio de la cual se remite a consideración y dictamen de esta comisión una copia

certificada de la propuesta de renegociación contractual de la empresa Hidrovía S.A. denominada “Acta acuerdo sobre la adecuación del contrato de concesión de obra pública por peaje para la modernización, ampliación, operación, y mantenimiento del sistema de señalización y tareas de redragado y mantenimiento de la vía navegable troncal, comprendida entre el kilómetro 584 del río Paraná, tramo exterior de acceso al puerto de Santa Fe y la zona de aguas profundas naturales en el río de la Plata exterior hasta la altura del kilómetro 205,3 del canal Punta Indio por el canal ingeniero Emilio Mitre”, de fecha 21 de abril de 2009, suscrita, por una parte, por el señor ministro de Economía y Finanzas Públicas, licenciado Carlos Fernández, y el ministro de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios de la Nación, arquitecto Julio De Vido, como titulares de la presidencia de la Unidad de Renegociación y Análisis de Contratos de Servicios Públicos, y por la otra parte por el señor Benjamín Gabriel Romero, en su carácter de vicepresidente del directorio en ejercicio de la presidencia de la empresa, conforme lo acredita con la documentación que obra agregada al expediente Cudap: S01:0004253/2005, todo ello en cumplimiento de lo dispuesto por los artículos 20 de la ley 25.561; 4º de la ley 25.790; 1º de la ley 26.077; 1º de la ley 26.204; 1º de la ley 26.339; y 1º de la ley 26.456; y en su norma complementaria, el decreto 311/03.

Por los fundamentos que se exponen en el informe acompañado y por los que oportunamente ampliará el miembro informante, se aconseja la aprobación del siguiente:

Proyecto de resolución

El Senado y la Cámara de Diputados de la Nación

RESUELVEN:

1º) Rechazar formal y sustancialmente la propuesta de acuerdo remitida denominada: “Acta acuerdo sobre la adecuación del contrato de concesión de obra pública por peaje para la modernización, ampliación, operación, y mantenimiento del sistema de señalización y tareas de redragado y mantenimiento de la Vía Navegable Troncal, comprendida entre el kilómetro 584 del río Paraná, tramo exterior de acceso al puerto de Santa Fe y la zona de aguas profundas naturales en el río de la Plata exterior hasta la altura del kilómetro 205,3 del canal Punta Indio por el canal Ingeniero Emilio Mitre de fecha 21 de abril de 2009, suscrita por la Unidad de Renegociación y Análisis de Contratos de Servicios Públicos (UNIREN) y por la empresa Hidrovía Sociedad Anónima, por incumplimiento de los artículos 8º, 9º, 10 y 20 de la ley 25.561; artículos 3º, 4º, 5º y 6º de ley 25.790; artículo 1º de la ley 26.077; artículo 1º de la ley 26.204; 1º de la ley 26.339; y 1º de la ley 26.456.

2º) Dictaminar que el Poder Ejecutivo nacional, en el presente proceso de renegociación contractual, no actuó en el marco de las facultades que oportunamente se le delegaran (ley 25.561).

3º) Instar al Poder Ejecutivo nacional a reanudar el proceso de renegociación del contrato con la empresa Hidrovía Sociedad Anónima, en virtud de lo dispuesto por el artículo 4º, in fine, de la ley 25.790.

4º) Comuníquese al Poder Ejecutivo nacional, a la Auditoría General de la Nación y a la Sindicatura General de la Nación, juntamente con sus fundamentos.

Sala de la comisión, 10 de septiembre de 2009.

*Silvia B. Lemos. – Fernando Sánchez. –
Alfredo A. Martínez.*

INFORME

Honorável Congreso:

1. Sustento normativo

La ley 25.561 declaró la emergencia pública en materia social, económica, administrativa, financiera y cambiaria, delegando facultades al Poder Ejecutivo Nacional conforme al artículo 76 de la Constitución Nacional.

A través de dicha ley (artículo 9º) se autorizó al Poder Ejecutivo nacional a renegociar los contratos de los servicios públicos concesionados (artículo 8º) para conjurar la crítica situación.

Las estipulaciones contenidas en la ley han sido luego ratificadas y ampliadas por la sanción de las leyes 25.790, 25.820, 25.972, 26.077, 26.204, 26.339 y 26.456.

A fin de cumplimentar el mandato conferido por el Congreso Nacional, el Poder Ejecutivo nacional, a través de la Unidad de Renegociación y Análisis de Contratos de Servicios Públicos (UNIREN), ha desarrollado el proceso de renegociación con la empresa Hidrovía S.A., concesionaria del contrato de obra pública por peaje para la modernización, ampliación, operación, y mantenimiento del sistema de señalización y tareas de redragado y mantenimiento de la vía navegable troncal, comprendida entre el kilómetro 584 del río Paraná, tramo exterior de acceso al puerto de Santa Fe y la zona de aguas profundas naturales en el río de la Plata exterior hasta la altura del kilómetro 205,3 del canal Punta Indio por el canal Ingeniero Emilio Mitre, conforme a la concesión que le fuera otorgada por decreto 253 de fecha 21 de febrero de 1995.

Como resultado de dichas negociaciones, la Unidad de Renegociación y Análisis de Contratos de Servicios Públicos (UNIREN) y la empresa Hidrovía Sociedad Anónima manifiestan haber alcanzado un acuerdo sobre la adecuación del contrato de concesión, instrumentado en un acta acuerdo de renegociación contractual ad referéndum del Poder Ejecutivo nacional.

El acta acuerdo ha sido remitida con sus anexos a esta Comisión Bicameral, en cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 4º de la ley 25.790, que expresa lo siguiente: “...Los procedimientos llevados a cabo para arribar a esta instancia se han ajustado a lo dispuesto por las leyes 25.561, 25.790, 25.820 y 25.972,

26.204, 26.339 y 26.456 y a las normas reglamentarias dictadas para el proceso, el decreto 311/03 y la resolución conjunta 188/03 y 44/03 de los ministerios de Economía y Producción y de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios....”.

Por último, la UNIREN manifiesta en la nota de elevación que: “...La presente remisión responde a las previsiones generales del artículo 20 de la ley 25.561 y, particularmente, al requerimiento supuesto en el artículo 4º de la ley 25.790 a efectos de que el Honorable Congreso de la Nación se expida sobre las propuestas de renegociación contractual...”.

En referencia a lo citado anteriormente, esta Comisión Bicameral actúa dentro de su competencia y atribuciones para considerar y dictaminar el tema traído a su conocimiento, de acuerdo con lo dispuesto por las leyes 25.561, 25.790, 25.820, 25.972, 26.077, 26.204, 26.339 y 26.456 dentro de los plazos establecidos, y en virtud de las siguientes consideraciones.

2. Intervención de la Comisión Bicameral

La ley 25.561, en su artículo 20, prescribe lo siguiente: “...Créase, a todos los efectos de esta ley, la Comisión Bicameral de Seguimiento, la cual deberá controlar, verificar y dictaminar sobre lo actuado por el Poder Ejecutivo. Los dictámenes en todos los casos serán puestos en consideración de ambas Cámaras del Congreso...”.

La Comisión Bicameral creada tiene –según se desprende del citado texto– competencia exclusiva y excluyente para controlar, verificar y dictaminar respecto del ejercicio por el Poder Ejecutivo nacional de las facultades delegadas por la ley 25.561, debiendo sus dictámenes ser puestos a consideración de ambas Cámaras del Congreso.

La ley 25.790, en su artículo 4º, estableció que: “... El Poder Ejecutivo Nacional remitirá las propuestas de los acuerdos de renegociación al Honorable Congreso de la Nación, en cumplimiento de la intervención de la Comisión Bicameral de Seguimiento prevista por el artículo 20 de la ley 25.561. Correspondrá al Honorable Congreso de la Nación expedirse dentro del plazo de sesenta (60) días corridos de recepcionada formalmente la propuesta. Cumplido dicho plazo sin que se haya expedido, se tendrá por aprobada la misma. En el supuesto de rechazo de la propuesta, el Poder Ejecutivo Nacional deberá reanudar el proceso de renegociación del contrato respectivo....”.

Cabe, por consiguiente, resaltar el carácter vinculante que dicha norma otorga a la resolución del Congreso de la Nación en lo que respecta a la propuesta de acuerdo remitida por el Poder Ejecutivo nacional.

3. Antecedentes del contrato

3.1. El contrato original

3.1.1. La licitación

El 5 de mayo de 199 el Poder Ejecutivo nacional dictó el decreto 863, facultando al entonces Ministerio

de Economía y Obras y Servicios Públicos a llamar a licitación pública nacional e internacional para la modernización, ampliación, operación, y mantenimiento del sistema de señalización y tareas de redragado y mantenimiento de la vía navegable troncal (comprendida entre el kilómetro 584 del río Paraná, tramo exterior de acceso al puerto de Santa Fe; y la zona de aguas profundas naturales en el río de la Plata exterior hasta la altura del kilómetro 205,3 del canal Punta Indio utilizando la ruta por el canal Ingeniero Emilio Mitre), por el régimen de concesión de obra pública por peaje.

La licitación preveía tres etapas de realización que llevaría el calado del río a 32 pies hasta puerto San Martín y 22 pies de allí hasta el acceso al puerto Santa Fe.

El concedente definió los kilómetros y la traza de hidrovía ofertada y un precio tope de referencia (peaje), que contemplaba un aporte estatal. El contrato, firmado el 20 de febrero de 1995, fue aprobado por decreto 253 (22/2/95).

La oferta se realizó con un precio tope de referencia de 2,03 u\$s/TRN modificado posteriormente a 1,70 u\$s/TRN (conforme resolución MEyOSP 1.538/93). En el sobre 2 los postulantes debían ofrecer la tarifa de dragado correspondiente al precio unitario de dragado para el trayecto ingreso marítimo (0.0) - San Martín (1.3) para 32 pies de calado.

El precio unitario más bajo ofertado fue el elemento de competencia en el proceso licitatorio resultando ganador el consorcio Hidrovía S.A. integrado por las firmas Jan De Nul del Reino de Bélgica y Kocourek S.A. - Albano S.A. - EMEPA S.A. de la República Argentina que ofreció un precio de referencia de 0,97 u\$s/Tonelada de registro neto (TRN).

Sin embargo, el procedimiento licitatorio presentaba serios problemas de diseño, que se remitían a falencias del pliego original preparado por la Secretaría de Transporte. Ciertas falencias fueron observadas por los actores interesados durante el trámite del proceso, y fueron resueltas por la administración a través de diversas circulares aclaratorias, algunas de las cuales modificaron el pliego original de manera sustancial. Entre ellas debemos considerar:

1) La modificación del precio único básico máximo, que era el punto de referencia para las cotizaciones de la tarifa por parte de los oferentes.

2) Los aportes del Estado definidos originalmente, los cuales se extendieron a la totalidad del período contractual, y aumentaron de u\$s 271 millones a u\$s 405 millones para los diez años de contrato original.

3) La incorporación de aportes adicionales compensatorios del Estado a favor del concesionario para el caso de la pérdida de tráfico como consecuencia del funcionamiento de una vía navegable alternativa (canal Martín García).

4) La definición de los equipos, bienes e instalaciones del Estado por los cuales el concesionario podría optar por incorporar a las tareas, bajo su custodia.

Otras falencias que no fueron subsanadas se fueron resolviendo con posterioridad a la adjudicación de la concesión. Entre los aspectos más relevantes se cuentan: la situación del subsidio frente al IVA, la vista de los equipos que entregaría el Estado y la verificación de su real estado, y el recálculo de la tarifa.

Al respecto, un punto fuertemente cuestionado de la licitación fue la omisión del IVA sobre el subsidio del Estado en la oferta del consorcio Hidrovía.

El plan económico financiero presentado por el entonces preadjudicatario ponía de manifiesto la intención del mismo de no tributar IVA por el subsidio a recibir del Estado. En función de ello, el consorcio se encontraba con mayores posibilidades de ofrecer una tarifa menor al resto. No obstante ello, la comisión asesora que evaluaba las ofertas aprobó el plan económico financiero, habilitando la adjudicación de la licitación.

En virtud del decreto 253 de fecha 21 de febrero de 1995, se procedió a adjudicar la licitación pública nacional e internacional al consorcio Jan De Nul N.V. - Kocourek S.A. de Construcciones C.I.F.e.l. - Horacio O. Albano Ingeniería S.A.C.I.F.I. y EMEPA S.A.

El mencionado consorcio constituyó la firma Hidrovía S.A., firmando con el Estado nacional el correspondiente contrato de concesión el 20 de febrero de 1995. Dicho contrato fue ratificado por el decreto 253/95.

La fecha de toma de posesión por parte del concesionario fue establecida al 1º de mayo de 1995. Las actas de inicio de las obras de señalización y dragado de apertura datan del 1º de mayo y 9 de mayo de 1995, respectivamente.

Sin perjuicio de ello, en el mes diciembre de 1995, Hidrovía S.A. solicitó autorización para que los accionistas Horacio O. Albano Ingeniería y Construcciones S.A.C.I.F.I. y Kocourek S.A. de Construcciones C.I.F.I., transfieran las participaciones accionarias de 16.111 acciones clase A2 y 15.479 acciones clase B2 que cada uno de ellos posee, a la empresa EMEPA S.A. También se requirió la conversión de 4.024 acciones clase A1 a clase A2 y de 3.866 acciones clase B1 a clase B2 y la transferencia de las mismas del accionista Jan De Nul N.V. a EMEPA S.A.

3.1.2. *El marco regulatorio*

El contrato se rige por el régimen de concesión de obra pública de la ley 17.520, con las modificaciones introducidas por la ley 23.696. La ley 17.520, aunque genérica y orientada a obras viales, sienta los principios regulatorios que rigen la estructura del presente contrato.

Así, el artículo 2º define las modalidades de la concesión. La concesión podrá ser:

a) A título oneroso, imponiendo al concesionario una contribución determinada en dinero o una participación sobre sus beneficios a favor del Estado;

b) Gratuita;

c) Subvencionada por el Estado, con una entrega inicial durante la construcción o con entregas en el período de la explotación reintegrables o no al Estado.

A su vez, el artículo 3º establece los principios que deben ser tenidos en cuenta para definir la modalidad de la concesión dentro de las alternativas fijadas en el artículo 2º. Se deberá considerar:

1. Que el nivel medio de las tarifas no podrá exceder al valor económico medio del servicio ofrecido (artículo 3º, inciso 1). Es decir, que la tarifa de peaje no podrá ser superior al beneficio que recibe el usuario con la mejora en la zona concesionada.

2. La rentabilidad de la obra, teniendo en cuenta el tráfico presunto, el pago de la amortización de su costo, de los intereses, beneficio y de los gastos de conservación y de explotación (artículo 3º, inciso 2).

Un punto muy importante que debe ser tenido en cuenta es lo preceptuado por el 2º párrafo del artículo 3º de la ley 17.520:

“...Si al definir la modalidad de la concesión a otorgar se optase por la gratuita o subvencionada por el Estado, deberán precisarse las obligaciones de reinversión del concesionario o de participación del Estado en el caso de que los ingresos resulten superiores a los previstos...”.

Por ello, veremos que es muy importante tener en cuenta si la modalidad de esta concesión es subvencionada o no. En caso de que lo fuere, si los ingresos de la concesionaria son superiores a los estimados en la oferta inicial, las obligaciones del Estado o de la concesionaria deberán readjustarse para mantener el equilibrio del contrato dentro de los márgenes de la razonabilidad, tanto de la tarifa como del beneficio del concesionario.

Esto está en sintonía con la prescripción del artículo 57 de la ley 23.696, que establece que:

“...Las concesiones que se otorguen de acuerdo con la ley 17.520 con las modificaciones introducidas por la presente ley, deberán asegurar necesariamente que la eventual rentabilidad no exceda una relación razonable entre las inversiones efectivamente realizadas por el concesionario y la utilidad neta obtenida por la concesión...”.

Como veremos en el punto 3.1.5, el pliego y el contrato original establecían una serie de aportes del Estado nacional que a nuestro entender hacen que la modalidad de la concesión sea la subvencionada. Esta posición es compartida por la UNIREN, quien en su informe de justificación de la carta de entendimiento señaló que “...el régimen determinado por el Estado nacional es el de ‘Concesión subvencionada’, según lo establecido por la ley 17.520...” (página 11).

Otro principio establecido por la ley 17.520 es el de la licitación pública –artículo 4º, inciso a)– para la selección del cocontratante. La ley, modificada al respecto por la ley 23.696, establece claras y restringidas excepciones para apartarse de este principio.

El contrato está basado también en el principio de riesgo empresario, lo cual está expresamente considerado en el artículo 1.9 del pliego de bases y condiciones. Por lo tanto, como señala dicho artículo, no pueden “... invocarse razones de modificaciones en las condiciones del mercado de bienes y/o servicios comprometidos en la concesión...” para justificar incumplimientos del contrato o solicitar modificaciones tarifarias.

Debemos señalar además que la concesión en bloque de la obra de dragado inicial (y su mantenimiento) y de ampliación y mejoramiento del balizamiento (y su mantenimiento) fue una decisión del regulador entre distintas opciones. Esta decisión podría haberse originado en consideración al logro de una mayor eficiencia, particularmente por ahorro en costos de coordinación. Sin embargo, el otorgamiento de derechos monopólicos exclusivos sobre toda la vía troncal deja de lado la posibilidad de introducir mecanismos de competencia.

Finalmente, cabe acotar que es de aplicación a este contrato el Tratado del Río de la Plata y su Frente Marítimo, en cuyo marco, la República Argentina y la República Oriental del Uruguay acordaron que la tarifa de peaje en el tramo comprendido entre La Plata y el kilómetro 277 del río Paraná (San Pedro) será igual para los buques que naveguen vía canal Emilio Mitre y vía los canales del área de Martín García (notas reversales del 10/6/94).

3.1.3. *El régimen tarifario*

La hidrovía fue regulada a través de un sistema de precio fijo (*price cap*) que se mantendría durante todo el período de la concesión, con un componente de transferencia de costos (*cost pass through*) ante ciertas alteraciones tributarias únicamente.

Así, el pliego establece que, con excepción del impuesto a las ganancias, o el que lo reemplace, todos los demás tributos nacionales, provinciales y municipales que pudieran afectar al concesionario serán considerados como costos a los efectos del cálculo tarifario. Cualquier modificación de esos impuestos permitirá readjustar los valores tarifarios de manera de reflejar adecuadamente tales modificaciones en los costos.

Sin embargo, el contrato establece que los valores tarifarios y precios vigentes en cada momento sólo podrán ser modificados por el MEyOSP en las circunstancias y formas establecidas en el artículo 1.9 del pliego es decir, “...previo análisis y decisión fundada, a propuesta debidamente justificada del concesionario o por el concedente directamente...”.

“...Toda modificación deberá estar debidamente justificada en análisis e informes técnicos, económicos, financieros y legales previos y en la prueba de los he-

chos, actos y sus consecuencias que hayan dado lugar a las mismas...

”...Las modificaciones no podrán ser un medio de penalizar al concesionario por beneficios pasados y/o logrados en la operación de los servicios ni tampoco deberán ser usadas para compensar déficits incurridos, derivados del riesgo empresarial o por cualquier otra causa, ni convalidar inefficiencias...

”...Como condición necesaria para su consideración toda propuesta de modificación por parte del concesionario deberá ser acompañada de la correspondiente certificación de los auditores técnico y contable....”. (párrafos 5º, 6º y 8º del artículo 1.9 del pliego).

La tarifa de peaje está compuesta por dos precios: el precio por dragado y el precio por balizamiento. En la licitación se fijó la tarifa básica de referencia a partir de la cual se construye la estructura tarifaria. La tarifa básica de referencia corresponde a la tarifa de dragado para la sección que va desde océano hasta San Martín. Las restantes tarifas de dragado –que se corresponden a las otras secciones–, y las tarifas de balizamiento, se calculan en función de esa tarifa.

El monto de la tarifa a abonar por una embarcación es función del recorrido de la vía navegable, calculado en la suma de los trayectos elementales entre subsecciones. Esta suma es igual a la distancia entre las subsecciones a las cuales pertenecen el puerto de inicio y el puerto de llegada.

Los buques pagan por el servicio potencial ofrecido por la vía navegable y no por la prestación efectivamente realizada; no se contempla si el buque está en lastre, parcialmente cargado o completo.

Cabe señalar aquí que la estructura tarifaria no contempla ningún mecanismo para regular la congestión (precios de pico o valle de tránsito; bandas horarias) ni es flexible por habitualidad en el consumo, lo que representa una falta de incentivos para el concesionario.

Finalmente, debemos agregar que por resolución MEyOSP 922/93, modificatoria del artículo 1.9 del pliego, se estableció que si “...se construyeran vías navegables alternativas que provoquen una pérdida del tráfico y por ende, disminución de los ingresos por el cobro de tarifas, el Estado nacional realizará aportes compensatorios adicionales [...] que cubran la recaudación caída...”.

Con la construcción del canal Martín García, la Comisión Administradora del Río de la Plata habilitó el canal de navegación entre el kilómetro 37 del río de la Plata por la Barra del Farallón y el kilómetro 0 del río Uruguay. El canal de navegación fue habilitado por resolución de la comisión administradora 14 (9/2/99), adjudicando a la empresa RIOVIA S.A. el dragado con el correspondiente cobro de la tarifa de peaje.

A partir de esa fecha, el Estado nacional debe pagar al concesionario una compensación trimestral variable

en función del tránsito pasante por el canal Martín García.

Consideramos que con la introducción de esta compensación en el pliego se acortó la posibilidad de introducir competencia en la provisión del servicio.

3.1.4. *El plazo original de la concesión*

El período de concesión originalmente establecido por pliego fue de 10 años contados a partir de la firma del acta de inicio de la concesión (1º/5/95), contemplando una etapa inicial de preparación o alistamiento y tres etapas de ejecución, con plazos máximos de realización:

Etapa 0: acondicionamiento de la flota y movilización de equipos, con una duración de 90 días corridos, a contar desde la firma del acta de inicio de la concesión.

Etapa 1: 6 meses corridos, contados a partir de la firma del acta de inicio de los trabajos de redragado. En esta etapa se realizarían los trabajos destinados a alcanzar las profundidades que permiten la navegación de buques con 8,53 m (28 pies de calado), desde el kilómetro 460 al océano y de 6,71 m (22 pies de calado), desde el kilómetro 460 hasta el kilómetro 584 del río Paraná.

Los trabajos de señalización consistían en la remodelación conforme el sistema I.A.L.A. región B, dando cumplimiento en lo referente a colores, formas, destellos y marcas de tope de todas las señales.

El 31 de diciembre de 1995 –finalizado el plazo para la ejecución de las obras de dragado para esta etapa–, el concesionario fue autorizado a iniciar el cobro de la tarifa correspondiente a la etapa 1, desde la subsección I.3 (Paraná inferior) hacia aguas abajo, es decir la sección I (resolución SETyC 28/95).

Por resolución SETyC 177/96 se autorizó el cobro por peaje de la etapa 1 en la sección II, a partir del 6 de marzo de 1996.

Etapa 2: 24 meses corridos, contados a partir de la fecha de finalización de la etapa 1. Se realizarían los trabajos necesarios para lograr las profundidades que permitan la navegación de buques con 9,75 m (32 pies de calado) desde el kilómetro 460 al océano, y para mantener la profundidad necesaria que permita la navegación de buques de 6,71 m (22 pies de calado) entre el kilómetro 460 y el 584 y se continuaría con los trabajos de actualización del sistema de señalización en las condiciones previstas para la etapa 1.

Los trabajos de dragado para esta etapa finalizaron hacia fin de enero de 1997 autorizándose el cobro del peaje en las secciones I y II, en fecha 1º de julio de 1997 (disposición SSPyVN 127/97).

Las tareas de señalización finalizaron el 20 de septiembre de 1996; la resolución MEyOSP 495/97 (21-4-97) autoriza al concesionario al cobro de la tarifa de peaje de la etapa 2 de señalización.

Etapa 3: se inició en el mes de marzo de 1997 y se extiende hasta el final de la concesión. En ésta se realizan las tareas de mantenimiento de dragado y de la señalización de la ruta navegable de las condiciones alcanzadas en la etapa 2.

Cabe destacar que artículo 1.3 del pliego prescribe que “...el período de concesión podrá renovarse al término del mismo, por un plazo no mayor del cien por ciento (100 %) del previsto inicialmente, de común acuerdo entre concedente y concesionario, de conformidad con las condiciones imperantes al momento de la prórroga y siempre que el concesionario hiciese saber al concedente su voluntad de realizar un nuevo contrato, con una anticipación de dos (2) años al vencimiento del plazo inicial...”. Esta cláusula sería obviada por el acta acuerdo de 1997, que prorrogó el plazo de la concesión por ocho años, más de siete años antes del vencimiento del término.

3.1.5. *Aportes del Estado*

El contrato original preveía diversos aportes del Estado nacional, tanto financieros como en instalaciones y equipos.

El artículo 2.2. del pliego establecía que el concedente debía aportar al concesionario, siempre que cumpliera el programa de trabajos ajustado en tiempo y forma, por todo concepto:

a) la suma de cinco millones de dólares estadounidenses (u\$s 5.000.000) a la fecha de la firma del acta de iniciación de los trabajos de redragado;

b) A partir de allí, la suma de diez millones de dólares estadounidenses (u\$s 10.000.000) por cada período trimestral, pagaderos a trimestres vencidos, hasta la finalización de la concesión.

Cabe señalar que el título del artículo (“Aportes financieros”) como la asociación del aporte con el cronograma de obras, parecen sugerir que los fondos son un apoyo del Estado a la financiación de la obra. Este carácter será reinterpretado con la reformulación contractual de 1997, en parte para justificar la permanencia del aporte aun después del período de apertura de la vía navegable (donde los costos iniciales de la obra eran más altos), y por todo el período de prórroga del contrato (véase al respecto el punto 3.2).

La importancia de los aportes financieros del Estado en la etapa inicial de la concesión puede apreciarse en el siguiente Cuadro I, que toma como base los ingresos y egresos de la concesión durante las etapas 0 a 2, volcados en el PEF del acta acuerdo:

El Estado también se comprometió, a través del artículo 2.1 del pliego, a aportar equipos, repuestos e instalaciones en tierra, conforme al listado y cronograma del anexo I del pliego (sección IX). Estos equipos, repuestos e instalaciones no podían ser utilizados sin la previa autorización expresa del concedente, en obras ajenas a las previstas en el pliego. Los equipos se entregarían a partir de la fecha de firma del acta de iniciación de la concesión y debían ser devueltos al

Cuadro I <i>Aporte estatal en etapa de apertura</i> 5/95-1/98		
	<i>Flujo de la concesión 5/95- 1/98</i>	<i>% del aporte estatal sobre egresos de la concesión</i>
Ingresos tarifarios	42.818	
Aportes del Estado	90.847	
Efecto adelantamiento etapa 2	-3.510	
A= ingresos netos	130.155	
Egresos operativos	163.104	55,70
Inversiones	72.915	124,59
Impuestos	12.832	
B = egresos	248.851	36,51
Ingresos- egresos (A-B)	-118.696	

finalizar la concesión o cuando el concesionario no los utilizará.

El artículo citado establece también que, al finalizar la contratación, el concesionario deberá reintegrar al concedente las instalaciones y sus accesorios en condiciones de uso y conservación y con las mejoras realizadas, las que no le otorgarán derecho a retribución alguna por parte del concedente. Los equipos, al momento de reintegrarlos, deberán ser entregados en condiciones de operatividad, sin derecho a percibir retribución alguna por parte del concedente.

En este sentido, se entiende que el concesionario ha adquirido sólo el derecho a la tenencia y uso en las condiciones preestablecidas del material flotante (buques y artefactos navales) y no flotante (equipos, muebles, útiles, inmuebles, muelles e instalaciones fijas) aportado por el concedente, los que siguen siendo propiedad del Estado nacional a lo largo de todo el plazo de la concesión.

El artículo 2.1.1, referido a la "...inspección de los equipos de la Dirección Nacional de Construcciones Portuarias y Vías Navegables...", señalaba que "... los adquirientes del pliego podrán inspeccionar, antes de la fecha de la presentación de las ofertas, la totalidad de los equipos, repuestos e instalaciones en tierra que aportará el concedente, por cuyo uso podrá optar el oferente en la presente licitación, no pudiendo con posterioridad a la presentación de la oferta alegar ignorancia o falta de información sobre el real estado de los mismos...".

Sin embargo, no se registraron objeciones sobre el estado del material ni de los equipos, por lo que

debería presumirse la aceptación de los equipos en las condiciones que presentaban al momento. Es dable suponer que cualquier costo accesorio a la aceptación del equipo y material ofrecidos se podría haber calculado en base a la información que se tenía en ese momento y agregarlo al Plan Económico Financiero (PEF) con la oferta.

El Estado, a través del ente licitante, tenía pleno conocimiento de las condiciones en que se encontraban los equipos y materiales ofrecidos. En el anexo II del pliego (información técnica relativa a equipos de la Dirección Nacional de Construcciones Portuarias y Vías Navegables - Estudio Ecoconsult - Evaluación de dragas), constaba el estado de las dragas al momento de la licitación. Además, existía un informe del año 1993 del Departamento de Construcciones Navales y Logística, dependiente del DNVN, en el que consta el estado de los equipos a entregar. Para la draga la 256-C "Capitán Núñez" se concluye que "todos los elementos se encuentran en buen estado de funcionamiento con excepción del ítem 8.5.6. que no funciona". El ítem en cuestión es el sistema automático de mezcla liviana "radioactivo", un instrumento que sirve para medir la cantidad de material succionado por la draga.

La intención del Estado al obligarse a aportar equipos –al menos de lo que surge de la lectura del pliego– era abaratar los costos de la empresa que resultara ganadora. En consecuencia, se puede inferir lógicamente que el PEF de cualquiera de las empresas licitantes debería reflejar cualquier costo accesorio a tales equipos y materiales para así llegar a un precio de oferta final más acorde con los gastos y una rentabilidad razonable.

Sin embargo, ya al momento de la firma del contrato de concesión se deja constancia de la existencia de conflictos respecto de la entrega del equipo, y en particular, de la draga 256-C “Capitán Núñez”.

Así, el artículo 13 del contrato de concesión señala que “...atento a la imposibilidad fáctica de que “El concedente” entregue a “El concesionario”, en las condiciones establecidas en “El pliego” el equipo comprometido, las partes acuerdan: [...] En sustitución de la draga 256-C “Capitán Núñez”, y a fin de realizar los trabajos previstos en el proyecto de ingeniería y plan económico financiero asignados a la misma, “El concedente” proveerá a “El concesionario” las dragas 259-C y 261-C, con su indispensable tripulación. Esta sustitución finalizará con la entrega definitiva a “El concesionario” de la draga 256-C...

Cabe agregar que el mismo artículo 13 establecía expresamente lo siguiente:

“...Ambas partes renuncian en forma expresa a reclamar de la otra, todo tipo de indemnización y/o compensación, fuera de la prevista en la presente cláusula, por la sustitución acordada precedentemente,

en tanto se cumplan las condiciones, previstas en el presente artículo...”.

Como veremos en el punto 3.2, este conflicto dará lugar al reconocimiento por parte del Estado de una cuantiosa indemnización por la falta de entrega de la draga, ya que el Estado no habría dado cumplimiento de las previsiones señaladas en el artículo 13 del contrato.

Finalmente, según la cláusula séptima del acta acuerdo del 3 de octubre de 1997 se establece, que para una mejor operatoria de apoyo logístico, solicitada oportunamente por “El concesionario” para el cumplimiento del objeto del contrato, se hace necesario instrumentar la asignación de espacios en la zona de la isla Demarchi. Por ello las partes acuerdan asignar el espacio delimitado en el anexo IV, que forma parte de la citada acta.

A modo de resumen de las obligaciones de aportes del concedente, y teniendo en cuenta además las modificaciones que serán reseñadas en el punto 3.2, presentamos el siguiente cuadro II:

Cuadro II <i>Aportes del Estado nacional al concesionario</i>		
Concepto	Importe en u\$S	Periodicidad
Dragado	5.000.000	Unica vez, a la firma del acta de inicio de las obras de dragado.
Dragado y redragado (Según acta de 1997: subsidio e indemnización para reducir la tarifa).	9.800.000 10.000.000/trimestre menos la deducción del 2 % para financiamiento del órgano de control (art. 18 del Pliego de Bases y Condiciones)	Por trimestre vencido hasta la finalización de la concesión. \$/año: 39.200.000
Mantenimiento del canal Punta Indio.	623.398	Anual.
Señalización del canal Punta Indio.	330.568	Anual.
Mantenimiento de la zona de cruce de dicho canal.	59.613	Trimestral. \$/año: 238.452
Compensación por la habilitación del tráfico en canal Martín García.	Variable según tráfico	Trimestral.
Compensación por reparación de la draga 256-C Capitán Núñez.	9.952.000 + IVA	Unica vez.
Indemnización por gastos de sustitución de equipos, incluyendo a la draga Capitán Núñez y a los balizadores 573-B y 574-B.	22.722.073 + IVA	Unica vez.
Compensación por falta de entrega balizador 574-B.	80.792 + IVA	Mensual, hasta la entrega del equipo.

Descripción	Clasificación/Identificación
Draga Capitán Nuñez	256-C
Balizadores	573-B; 574-B; 562-B
Embarcación apoyo dragado	294-B
Oficinas	Cuarto piso de la delegación Rosario de la Dirección Nacional de Vías Navegables.
Talleres	Isla Demarchi de la Dirección Nacional de Vías Navegables
	Sede Rosario de la Dirección Nacional de Vías Navegables.

3.1.6. Los requisitos patrimoniales

El pliego establecía diversos requisitos patrimoniales que debían ser cumplidos por el concesionario, respecto a garantías, seguros, capital mínimo, etcétera.

El artículo 7.1.1 del pliego establecía que el preadjudicatario debía presentar al Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos una garantía de cumplimiento de contrato por un valor de dólares estadounidenses treinta millones (u\$s 30.000.000).

La garantía de cumplimiento de contrato, según el artículo 7.1.4 del pliego, debía cubrir:

a) La no devolución en el plazo indicado en el artículo 2.1, de los bienes pertenecientes a la Dirección Nacional de Construcciones Portuarias y Vías Navegables transferidos al concesionario para su uso;

b) La no ejecución en tiempo y forma de los trabajos definidos contractualmente;

c) El incumplimiento en la toma de posesión y pago de las multas;

d) Toda otra obligación a cargo del concesionario derivada de la ejecución del contrato de concesión.

El artículo 7.1.2 establecía que la garantía contractual le sería devuelta al concesionario de la siguiente forma:

1) El sesenta por ciento (60 %) al finalizar la etapa 2 y deducidas las indemnizaciones por daños y perjuicios, multas o cualquier otra deuda a cuyo pago se encuentre obligado el concesionario.

2) El cuarenta por ciento (40 %) restante al finalizar la concesión, deducidos los importes por los conceptos referidos en el inciso anterior cuando corresponda.

Si como consecuencia de las deducciones efectuadas al finalizar la etapa 2 el monto de la garantía restante resulta inferior al cuarenta por ciento (40 %), el concesionario quedaría obligado a cubrir su valor mediante la constitución de un nuevo depósito.

Cabe añadir que estas garantías fueron ampliadas por el acta acuerdo de 1997, como consecuencia de la ampliación del contrato de concesión.

El artículo 9.1.1 del pliego establecía requisitos de capital y patrimonio neto mínimo:

1) El capital social suscrito inicialmente por el concesionario no podía ser inferior a dólares estadounidenses treinta millones (u\$s 30.000.000). La integración del capital social debía realizarse de acuerdo a lo estipulado en la ley 19.550, debiendo el concesionario cumplimentar la integración antes de finalizar el primer año de concesión.

2) El patrimonio neto de la sociedad anónima concesionaria debía cumplir con los siguientes requisitos:

a) No podía ser inferior a dólares estadounidenses treinta millones (u\$s 30.000.000);

b) Debía representar como mínimo el treinta y cinco por ciento (35 %) del total del pasivo societario.

Estos requisitos deberían mantenerse durante toda la vigencia de la concesión y acreditarse anualmente. El concedente tendría derecho a intervenir y objetar la valuación de los aportes en especie en cualquier momento durante la vigencia del contrato.

Además, toda modificación al Estatuto Social del Concesionario, salvo el simple aumento del capital social, requeriría la previa autorización del Ministerio de Economía Obras y Servicios Públicos, en decisión inapelable.

3.1.7. El Plan Económico Financiero (PEF) de la concesión

La propuesta tarifaria ganadora se sustentó en el PEF confeccionado por el concesionario.

El pliego de bases y condiciones aportó dentro de su estructura los primeros elementos metodológicos para la confección de un PEF que permitiera el análisis de la marcha del contrato desde un punto de vista económico.

El formato para elaborar el Plan Económico Financiero (PEF) se estableció en la sección IX, anexo 3 del pliego. Según estas normas, en dicho instrumento debían ser expuestos los ingresos, los egresos operativos, inversiones, impuestos y el flujo de fondos con el correspondiente cálculo de rentabilidad por medio de la TIR. El PEF debía complementarse con las planillas de respaldo de los rubros anteriores (desagregado de ingresos por dragado y por balizamiento, desagregado de tráfico previsto, desagregado de mano de obra de mantenimiento y redragado, necesidades de combusti-

bles y lubricantes por draga, mantenimiento de equipos y otros gastos, desagregado de los costos de balizamiento, costos de operación de los equipos de dragado y redragado, cálculo del impuesto a las ganancias y posiciones de IVA, movilización y desmovilización de equipos).

Este PEF debía respaldar la oferta presentada por la empresa al momento de la licitación y debía formalizarse antes de la firma del contrato de concesión (según sección II, artículo 6.10 del pliego).

El contrato de concesión estableció la importancia del análisis económico y de costos en la redeterminación tarifaria en su artículo 11:

“...Toda modificación de tarifas a lo largo de la concesión deberá estar debidamente justificada en análisis e informes técnicos, económicos, financieros y legales previos y en la prueba de los hechos, actos y consecuencia que hayan dado lugar a la misma...

”...Toda modificación en el valor de la tarifa deberá estar debidamente fundada en un examen detallado de la estructura de costos y de todos los demás elementos que conforman el servicio concesionado...”.

En el marco del PEF original queda determinada la rentabilidad contractual, expresada en este caso, en una tasa interna de retorno (TIR) de 19,38 %, siendo ésta la expresión del retorno del capital invertido en la concesión, aunque es dable señalar aquí entendemos que el marco regulatorio de esta concesión no garantiza la TIR, aunque ésta funciona como rentabilidad tope en función del marco de la ley 17.520.

Posteriormente, el acta acuerdo de 1997 introdujo coeficientes de ajuste de los rubros de costos (a los efectos de su seguimiento y actualización) resaltando que “...todo análisis deberá necesariamente realizarse sobre el PEF contenido en la oferta...”.

Desde el punto de vista regulatorio el PEF constituye entonces el punto de referencia al momento de evaluar el equilibrio y neutralidad de la ecuación económico-financiera de la concesión para definir la tarifa aplicable. De ello surge la necesidad de controlar el valor de los ingresos –los que se encuentran directamente relacionados con el tráfico de la vía navegable– y los egresos para hacer frente a las obligaciones contractuales conforme la estructura de costos del PEF y con el alcance y limitaciones que establece el marco regulatorio.

3.1.8. *El organismo de control*

El artículo 18 del pliego establece el cumplimiento de las obligaciones del concesionario que será fiscalizado por el concedente a través de un órgano de control, que tendrá a su cargo la supervisión técnica y ambiental y auditoría económico-administrativa, contable y legal de las obras y actividades que se contraten por el régimen de la presente licitación.

A través del este órgano de control se debían desarrollar las relaciones entre el concesionario y el concedente. Según el mismo artículo 18, a todos los efectos

de la concesión, el concesionario debía “...entenderse exclusivamente con el órgano de control....” El órgano podía además requerir al concesionario información complementaria de la exigida en el pliego.

El artículo también preveía la constitución de un consejo consultivo integrado por representantes de los usuarios, al cuál el órgano de control podía solicitarle su opinión.

Para financiar las actividades del órgano de control se preveía destinar los siguientes recursos:

El cero coma cinco por ciento (0,5 %) de los ingresos percibidos por el concesionario conforme lo establece la ley 17.520.

a) El dos por ciento (2 %) del aporte financiero del Estado nacional indicado en el artículo 2.2. del pliego.

b) El producido de las ventas de los pliegos; las multas y todo otro recurso que se prevea en el presupuesto general de la Nación a tal efecto.

Sin embargo, por disposición SSPyVN 1/95 del 18/4/95), y ante la no constitución del órgano de control, se crea la Comisión de Seguimiento para el Control de las Concesiones de Dragado y Balizamiento con el objeto de prestar apoyo técnico al subsecretario en todos los temas relacionados al cumplimiento del contrato. La integración de la comisión fue sucesivamente modificada. La disposición 3/04 establece que continúa vigente el artículo 4º de la disposición 80/00, el cual preveía que la comisión tendría como objeto asistir al señor subsecretario en los aspectos referidos al control, supervisión, inspección técnica y ambiental y auditorías económico-financiera, legal y técnica, como asimismo en toda otra cuestión vinculada o relacionada con las concesiones o que resultasen necesarias para su buen funcionamiento. El artículo 6º de la disposición 80/00 autoriza a la comisión a requerir el apoyo necesario para el cumplimiento de los objetivos propuestos a las distintas áreas de la Dirección Nacional de Vías Navegables.

En apoyo de la comisión en la supervisión técnica y ambiental y auditorías económica, administrativa, contable y legal de la concesión se ha contratado a una consultora. La contratación fue adjudicada por decreto 687/05 (17/5/95) al consorcio integrado por Deloitte & Co., el Estudio Gradowczky y Asociados S.A.T., Hydroceano Consultores S.A., y Servergnini, Robiola, Grinberg & Larrechea.

El contrato fue inicialmente firmado por 4 años renovables por otros dos. El 17/11/00 se suscribió un acta de prórroga entre el MIV y la consultora, renovable por 2 años, con vigencia hasta el 28-2-02. Una nueva prórroga fue suscrita entonces (en \$), para que preste sus servicios de acuerdo a los alcances y conceptos definidos en los anexos A y B del acta del 17-11-00. Inicialmente el contrato fue pactado en u\$s 8.550.000 (pagadero en 48 cuotas de u\$s 178.125/mes); las renovaciones fueron pactadas en u\$s 52.291 y en \$ 52.291, respectivamente.

La Comisión de Seguimiento en Nota Cosedra 34 (6/02/06) dirigida al secretario de Transporte con motivo de la renovación del contrato advierte que a partir de la firma del acta acuerdo del 17/11/00 (primera renovación) las tareas de la consultora se redujeron significativamente por razones presupuestarias, con lo cual las actividades de apoyo al órgano de control se vieron afectadas.

La actuación de la Comisión de Seguimiento fue reiteradamente cuestionada por los organismos de control (AGN, SIGEN, OA).

Por ejemplo, el control en la aplicabilidad del régimen tarifario fue delegado en la Subcomisión Contable dependiente de la Comisión de Seguimiento. Sin embargo, según consta en el informe de AGN 40/00, las tareas de campo sobre el tema fueron realizadas por el consorcio consultor y no por la Subcomisión Contable, destacando que "...la información detallada por el consorcio consultor [...] al resultar incompleta por la falta de registro de datos, no refleja el estado de trámite actual de las actuaciones...".

Por otro lado, la auditoría efectuada por SIGEN (informe de febrero de 2002) sobre el control realizado por la Subsecretaría de Transporte, ha señalado diversas falencias que se citan a continuación:

"...En relación a los aspectos técnicos, los procedimientos de control utilizados para cada actividad (vgr. dragado, balizamiento, etcétera), no se encuentran plasmados en un manual formalmente aprobado.

"Respecto de las inspecciones de dragado, que deben contemplar entre otros aspectos, las zonas dragadas y de descarga, el material dragado, etcétera, a la fecha de la presente auditoría no se están realizando por parte de inspectores de la Subsecretaría. Tampoco se encuentra formalmente instrumentada la realización de inspecciones periódicas a los efectos de verificar el mantenimiento técnico de los equipos e instalaciones en tierra entregados al concesionario.

"No se halla establecida la rotación en forma periódica de los inspectores de la Dirección Nacional de Vías Navegables, [...] se realizan tareas de relevamiento batimétrico y control de balizamiento para la concesión con otros inspectores de la SSTFFyM...".

3.2. La reformulación del contrato de 1997

El 3 de octubre de 1997 fue firmada entre el concedente (representado por el ministro de Economía, Roque Fernández) y el concesionario el acta acuerdo de reformulación del contrato, a través de la cual ambas partes acordaron principalmente las siguientes modificaciones contractuales:

1) Compensación al concesionario, en particular por el retraso del Estado nacional en el cronograma de entrega de equipos de dragado y balizamiento, sobre los siguientes conceptos:

a) Draga 256-C "Capitán Núñez", hasta el 28 de febrero de 1997, por gastos de sustitución de equipos: u\$s 14.682.927 más IVA;

b) Draga 256-C "Capitán Núñez", desde el 1º de marzo de 1997 hasta el 31 de agosto de 1998, por gastos de sustitución de equipos: u\$s 6.725.146 más IVA;

c) Balizadores 573-B y 574-B, hasta el 18 de abril de 1997, por gastos de sustitución de equipos: u\$s 1.314.000 más IVA y u\$s 80.792 más IVA mensuales desde esa fecha hasta la efectiva entrega del balizador 574-B;

d) Diferencias de señales existentes, por u\$s 785.225 más IVA.

2) Aceptación por parte del Estado nacional de que las tareas de reparación de la draga 256-C "Capitán Núñez" sean realizadas por el concesionario, en las condiciones y plazos acordados, reconociendo por dichas tareas un valor de u\$s 9.952.000 más IVA.

Este punto mereció un detenido análisis de la Oficina Anticorrupción, en su caso de estudio de abril de 2003:

"...10. Adjudicación directa de la reparación de las dragas".

La reparación de las dragas comprometidas por el Estado en el pliego a la empresa Hidrovía S.A. se adjudicó en forma directa, en lugar de realizarse un llamado a licitación. Esto, a su vez, generó que la deuda del Estado con la concesionaria aumentara.

La actuación 233/99, aprobada por resolución AGN 4 del 23/02/01, que realiza un informe acerca del programa 91, "Formulación y conducción de políticas portuarias y de vías navegables" –ejercicio 1998–, en ámbito de la Subsecretaría de Puertos y Vías Navegables, analiza los expedientes que dan cuenta del procedimiento empleado para gestionar la reparación de embarcaciones que concluyó con su pago mediante legítimo abono (resoluciones 128, 195, 286 y 288/98 de la Secretaría de Transporte), y formula los siguientes comentarios que dan cuenta de diversas irregularidades:

"No hay elementos que demuestren la necesidad de los trabajos realizados ni quién los autorizó. Se desconoce si todos los servicios prestados eran los que efectivamente se requerían.

"La real prestación de los servicios pagados descansa en los agentes o funcionarios que conformaron los remitos de las empresas, emitidos en oportunidad de la finalización de los trabajos. Entre las personas que certifican dichas prestaciones figuran capitanes, jefes de máquinas, técnicos e ingenieros. Existen servicios por valor de \$ 184.140 conformados en 1994 por una persona que fue dada de baja en el año 1990.

"Asimismo, se compulsaron remitos que amparan servicios por \$ 581.812, recibidos de conformidad por personas cuyas funciones o capacidad técnica no guardan relación con las prestaciones certificadas.

"El informe técnico encomendado a fin de merituar la autenticidad de los trabajos reclamados por las prestatarias sólo se refiere a las firmas, sellos y aclaraciones de los responsables de las unidades. No se expide acerca del estado previo ni posterior de las unidades reparadas, ni hace mención de haber analizado documentación de las embarcaciones o de algún otro elemento técnico que dé cuenta de la realización de los trabajos.

"En las actuaciones se incluyó un cuadro comparativo integrado con cotizaciones solicitadas a distintas empresas del ramo, sin agregar las constancias que acrediten tales requerimientos y sin adjuntar las respuestas que testimonien las cotizaciones obtenidas. Habiéndose solicitado la confirmación de los precios cotizados a diversas empresas consultadas, la firma Proamar S.A. informó que no le fueron requeridas cotizaciones por las reparaciones consignadas en el expediente 554-002671/97- MEyOSP.

"Con posterioridad, el organismo auditado informó que lo actuado con relación a este punto tuvo carácter excepcional, para establecer si los precios reclamados se ajustaban a valores de mercado. Asimismo señala que la solicitud de cotización a Proamar S.A. se realizó en forma telefónica...".

3) Ampliación del objeto del contrato de concesión, consistente en:

a) Asegurar en el tramo comprendido entre el km 205,3 y el km 239,1 del canal Punta Indio las mismas características técnicas de la ruta navegable concesionada.

En este sentido, el anexo II-a del mencionado acta acuerdo de reformulación especificó las obras de dragado y señalización para el tramo correspondiente entre el km 205,3 al km 239,1 (prolongación canal Punta Indio).

b) Dar cumplimiento a las normas básicas de seguridad en la navegación en el canal Punta Indio, a cuyo efecto se establece la construcción de zonas de cruce en dicho canal.

En este sentido, el anexo II-b definió las especificaciones de las obras de dragado y señalización para las zonas de cruce del canal Punta Indio.

c) Estudiar la tasa de sedimentación de la ruta concesionada para calados de 28 y 36 pies, según la zona, a cuyo efecto se hace necesaria la construcción de áreas de dragado experimental.

d) Reconocimiento al concesionario, vía subsidio, de las ampliaciones de obra. El monto del subsidio anual quedó establecido en la suma de u\$s 41.192.418.

e) Ampliación de las garantías correspondientes.

4) Extensión del plazo de la concesión por ocho años adicionales, finalizando el 10 de mayo de 2013.

Esta extensión del plazo se concedió "...a los efectos de lograr una fórmula conciliatoria que contemple la equidad de las prestaciones debidas y las distintas

incidencias que esta circunstancia tiene en la ecuación económico-financiera..."

Esta ampliación del plazo de la concesión se otorgó en las mismas condiciones establecidas en el pliego de bases y condiciones, la oferta y el contrato de concesión. Ello incluía la prolongación del subsidio por los años prorrogados, aunque éste hubiera sido previsto originalmente para sostener los costos iniciales de apertura del canal. Esto se justificó con la "interpretación" que analizamos en el punto 9).

5) Establecimiento de un procedimiento para el reajuste tarifario:

A través de la "Cláusula sexta: régimen tarifario", se estableció que, manteniendo el espíritu de riesgo empresario consagrado en el pliego de bases y condiciones, todo reajuste de tarifa deberá fundarse en el análisis de la evolución de los precios de los insumos contenidos en el PEF, debiéndose tener en cuenta la neutralidad de la ecuación económico-financiera del concesionario.

EL punto b) de dicha cláusula establece, asimismo, las pautas principales de la metodología de redeterminación tarifaria:

a) Procederá la realización de los análisis tendientes a la redeterminación de la tarifa cuando alguna de las partes invoque fundamentalmente un incremento o una disminución en el costo total de la explotación a cargo de la concesión del 2 %. Se podrá redeterminar tarifa como máximo una vez en el año, salvo que la variación exceda el 5 %. La variación de costos será medida mediante la aplicación de los precios testigos, precios específicos e índices de precios que más adecuadamente representen su evolución, utilizándose específicamente los previstos en el anexo III del acta acuerdo.

b) Para la determinación de los nuevos importes se considerarán las variaciones de los indicadores respectivos tomando como base de cálculo de los costos de explotación al mes de febrero de 1995 (mes de firma del contrato de concesión). Como vemos, se trata de un mecanismo de indexación automática, que se remite a la aplicación de los índices del anexo III del acta acuerdo.

c) Reformados los valores del PEF mediante la aplicación de índices, la autoridad de aplicación, a su criterio, resolverá el mantenimiento de la neutralidad de la ecuación financiera a través de la tarifa o a través del subsidio o mediante ambos rubros.

Además, la "Cláusula décima: Proyecto Definitivo y Plan Económico Financiero", estableció que a los 60 días de la suscripción del acta acuerdo, el concesionario debía presentar el Plan Económico Financiero (PEF) con las nuevas condiciones establecidas en el acta.

Finalmente, en el anexo III régimen tarifario del acta acuerdo de 1997, se detalló el mecanismo de actualización de costos mediante la aplicación de índices, tomando como base una serie de indicadores y ponderadores de la estructura de costos de explota-

ción a febrero de 1995. Cabe destacar que varios de estos ponderadores se determinaron a partir de índices extranjeros.

6) Redeterminación tarifaria a partir de la aplicación de la metodología reseñada en el punto anterior, arribando a una nueva tarifa de u\$s 1,222 por TRN con vigencia a partir del 10 de enero de 1998.

Este punto fue particularmente cuestionado por la Oficina Anticorrupción, en su caso de estudio de abril de 2003:

“...Aun tomando como válida la premisa que debe mantenerse la TIR, en el cálculo para una readecuación de la tarifa deberían haberse tomado los datos reales de inversión y gastos efectuados y de los ingresos reales percibidos en lugar de los proyectados en el plan económico financiero original presentado al momento de la oferta (que son los datos que utilizó la subcomisión contable para argumentar la validez del aumento en el peaje). Esta observación es compartida por la AGN, en su actuación N° 361/99 (aprobada por resolución 21/2 del 22/4/2002), en la que informa que “[...] para autorizar un recálculo tarifario, deben adecuarse los datos de la nueva proyección a los valores reales ya verificados. [...]” En tal sentido, cabe destacar que la variación sufrida en el tráfico pasante (medido en tonelaje neto de registro) que surge del tercer informe anual elaborado por el consorcio consultor y presentado a la Comisión de Seguimiento; que para los ejercicios 1996 y 1997 refleja un incremento del 16,60 % y 34,52% respectivamente [...]. Ignorar las variaciones en el tráfico ya producidas implicaría aceptar un presupuesto fundado en estimaciones a priori que convalidan conclusiones que potencian los desvíos producidos hasta la fecha. Al haber existido ingresos superiores a los proyectados, la TIR queda subvaluada y por lo tanto la variable de ajuste, que fue la tarifa, resulta superior a lo que debería ser...”.

7) Otorgamiento de la facultad al concesionario para constituirse como agente recaudador de la tasa de protección ambiental (cuya aplicación se encontraba pendiente de reglamentación por parte de la autoridad correspondiente).

8) Modificación del régimen de penalidades:

a) Determinación de un plazo máximo de 10 días para subsanar incumplimientos de este tipo y un monto máximo de multa hasta el 0,5 % del monto del subsidio trimestral; y

b) Revisión de la fórmula de ponderación de las anormalidades del sistema de señalización.

9) Determinación del carácter del subsidio que recibe el concesionario como indemnización por reducción de peaje.

Según lo establece la “Cláusula décima primera: Subsidio”, “El concedente” declara que las sumas comprometidas en el artículo 2.2 del pliego y referido al artículo 12 del Contrato de Concesión, en concepto de subsidio, tiene el carácter de indemnización a fin de

reducir el precio del peaje, y no constituye el mismo, pago en concepto de construcción alguna.

Además, se estableció que, respecto a su encuadramiento fiscal, dicha indemnización no reviste la calidad de hecho imponible prevista en el artículo 3º inciso a) de la Ley de Impuesto al Valor Agregado.

De esta manera, se trata de salvar la laguna del pliego en cuanto a la naturaleza del subsidio y su carácter de imponible o no respecto del IVA. Este último punto daría lugar a una acalorada discusión (por 77 millones de pesos) que involucró a la DGI y al Procurador del Tesoro de la Nación. Sin embargo, consideramos que lo más preocupante de esta “interpretación” es la aparente intención de desdibujar el hasta entonces claro carácter de “concesión subvencionada” de la Concesión de Hidrovía, lo que, como ya vimos, tiene importantes efectos en el marco de la ley 17.520.

10) Provisión a cargo del concesionario de dos equipos de radar con fines de control de tráfico del canal Punta Indio.

Esta renegociación, así como también el proceso licitatorio original, fue fuertemente cuestionada por la Oficina Anticorrupción (OA), en su caso de estudio de abril de 2003. En 2005, la OA logró que la Sala II de la Cámara Federal ordenara al juez Rodolfo Canicoba Corral que reabriera una causa iniciada contra Roque Fernández y otros trece funcionarios por la licitación de Hidrovía, y que la aceptara como querellante. En su escrito de denuncia, la OA señaló las siguientes irregularidades:

1) ResPECTO DEL ANÁLISIS DE LAS OFERTAS EN EL PROCESO DE LICITACIÓN:

a) INCUMPLIMIENTO DE REQUISITOS MÍNIMOS: INCUMPLIMIENTO DEL CONSORCIO EN LO QUE RESPECTA AL PATRIMONIO NETO MÍNIMO EXIGIDO EN EL PLIEGO, INCUMPLIMIENTO EN LA CONSTITUCIÓN DE LA GARANTÍA DE CONTRATO Y OMISIÓN DEL IVA AL SUBSIDIO DEL ESTADO EN LA OFERTA DEL CONSORCIO.

b) PUNTUACIÓN FRAUDULENTA: EL CONSORCIO GANADOR NO REALIZÓ EL RELEVAMIENTO DE LA VÍA NAVEGABLE EN LA OFERTA SOBRE 1, NO OBSTANTE SE LE OTORGÓ UN PUNTAJE SUPERIOR AL QUE LE CORRESPONDÍA.

c) INCUMPLIMIENTO DE PLAZOS: PRESENTACIÓN DEL PLAN ECONÓMICO FINANCIERO FUERA DE PLAZO Y DEMORA EN LA VISTA DEL EXPEDIENTE AL RESTO DE LOS OFERENTES.

d) INCUMPLIMIENTO DE LOS DERECHOS DE LOS DEMÁS PARTICIPANTES: DEMORA EN LA VISTA DEL EXPEDIENTE AL RESTO DE LOS OFERENTES.

2) RESPECTO DE LA RENEGOCIACIÓN Y AMPLIACIÓN DEL CONTRATO: SE REALIZÓ UNA RENEGOCIACIÓN DE MANERA FRANQUEMATE ILEGAL AL NO RESPETARSE LOS PLAZOS PARA REALIZAR LA MISMA. EL CONTRATO SE RENEGOCIÓ CON EL OBJETO DE SALDAR UNA DEUDA –CUESTIONABLEMENTE CALCULADA– QUE EL ESTADO MANTENÍA CON LA CONCESIONARIA POR INCUMPLIMIENTOS EN EL CONTRATO. LA RENEGOCIACIÓN SE PRODUJO 7 AÑOS ANTES DE LO ESTIPULADO EN EL PLIEGO Y A POCO DE COMENZADA LA OBRA. ES MÁS, MEDIANTE ESTAS RENEGOCIACIONES Y ACTAS ACUERDO SE APROVECHÓ PARA “REDISEÑAR”

y “reescribir” ciertas cláusulas del pliego y el contrato original, como la no tributación del IVA sobre el subsidio, el mantenimiento del subsidio en la ampliación de la concesión no obstante menor volumen de trabajo y sustancial incremento del beneficio, y aumentos de tarifa de peaje –de un modo que el pliego expresamente prohibía– y se otorga la posibilidad de realizar ajustes cada cierto tiempo.

3) Adjudicación directa de contrato público: como consecuencia de la renegociación y debido a la indemnización por falta de entrega de equipos a la que el Estado se había comprometido, se resuelve adjudicar en forma directa la reparación de equipos en plazos irrazonables; la reparación llevó más de un año teniendo en cuenta que no se le realizó reparación alguna durante el período en que no fue usada por falta de entrega, que derivó en el reclamo de la concesionaria, y además que ésta fue enviada a España aun cuando existen astilleros y talleres especializados en el país (Cfm. OA, Caso de Estudio de Abril de 2003).

Con posterioridad a la renegociación de 1997, y hasta el momento de la declaración de emergencia de la ley 25.561, existieron otras normas que merecen ser consideradas en el análisis de la evolución del Contrato de Hidrovía:

El decreto 1.106, de fecha 24 de octubre de 1997, modificado por el decreto 1.462 de fecha 15 de diciembre de 1998, instruyó al ex Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos para que suscriba los instrumentos necesarios con el concesionario para la Ejecución de las obras de dragado y señalización en los tramos de las vías navegables comprendidos al norte del puerto de Santa Fe entre el km 583 al km 1.619 por los ríos Paraná-Paraguay y km 1.240 a 1.927 por el río Alto Paraná.

El artículo 2º del decreto establecía que “...la metodología a emplearse para la instrumentación del artículo 1º, será por ampliación de contrato, por un monto máximo del veinte por ciento (20 %) y en los términos de las leyes 13.064 y 17.520 modificada por su similar 23.696, con la empresa concesionaria del tramo Santa Fe - océano...”.

Los instrumentos previstos por el decreto 1.106/97 nunca se suscribieron. Sin embargo, se ha incorporado esta ampliación en el acta acuerdo de 2009.

La resolución MEyOSP 1.708/98 instrumentó una reducción tarifaria de u\$s 1,222 a u\$s 1,136, al considerarse una disminución en el costo total de la explotación.

La resolución MEyOSP 50/01 prorrogó ciento ochenta días la obligación del concesionario para la presentación de estudios de factibilidad técnica y económica de la eventual profundización de la red troncal a 28 y 36 pies respectivamente justificando dicha decisión en la inclusión, entre las obligaciones del contratista, de la evaluación del impacto ambiental que produciría dicha profundización.

3.3. *Las modificaciones contractuales posteriores a la ley 25.561*

3.3.1. *El decreto 576/02*

El decreto 576/02, como una norma aclaratoria, estableció los alcances de la ley de emergencia 25.561 respecto de la tarifa de la Concesión de Hidrovía:

a) Pesificó la tarifa de peaje para la navegación de buques dedicados al cabotaje nacional.

b) Estableció que la tarifa de peaje para la navegación internacional en la red troncal concesionada se regirá en dólares estadounidenses.

El decreto tiene como antecedente una presentación de Hidrovía S.A. (15/2/02) ante la Secretaría Legal y Técnica de la Presidencia de la Nación en la que se agravia por la incorrecta inclusión del contrato en el decreto 293/02 (Boletín Oficial 14/2/02), sosteniendo que ello conlleva posibles confusiones interpretativas. A saber:

—Las vías fluviales “...no se encuentran comprendidas dentro de los alcances del artículo 8º de la ley 25.561. Siendo ello así, no puede considerarse susceptible de la renegociación, (...) sin descartar otras vías de renegociación dentro del marco regulatorio de la concesión...”.

El pliego y el contrato establecieron la tarifa en dólares estadounidenses por la conexidad del servicio de mantenimiento de la vía navegable con el transporte internacional “... y sirva como ejemplo de ello que casi la totalidad del peaje que pagan los buques que navegan por esta vía son armadores extranjeros...”

El decreto 71/02 (9/1/02) dispuso que los gastos de los buques extranjeros en nuestro país serán liquidados en dólares; además recalca la importancia de la vía para el comercio exterior y agrega que en el marco del Tratado del Río de la Plata y su frente Marítimo, ambos Estados se comprometieron a garantizar el mismo valor en la tarifa de peaje –que se expresa en dólares estadounidenses– en los tramos concesionados en sus respectivos territorios (canal Emilio Mitre y canal Martín García).

La concesión está basada en un presupuesto de cálculo económico financiero de toda la obra, concebida en dólares por tratarse de una obra internacional que incluye los intereses de los buques y de las compraventas internacionales de mercaderías.

Finalmente Hidrovía S.A. solicita que “...se proceda a aclarar que (i) la tarifa de peaje de las vías fluviales concesionadas no se encuentran comprendidas en lo dispuesto por el artículo 8º de la ley 25.561, y (ii) que se encuentran excluidas las vías fluviales, en particular la concesionada a Hidrovía S.A. de la renegociación prevista en el artículo 1º del decreto 293/02...”.

El 8 de marzo de 2002 el director general de Asuntos Jurídicos de la Presidencia de la Nación dictaminó que, conforme surge de la documentación acompañada a la presentación, se trata de un contrato de concesión de obra pública a cobrarse en dólares, “...pero sin cláusula

de ajuste o indexación alguna [...] al no contener el contrato celebrado por Hidrovía, ninguna de las cláusulas a las que se refiere el artículo 8º de la mencionada ley, no se debe aplicar la consecuencia prevista en la última parte del citado artículo 8º. Y ello es así ya que la relación de cambio 1 peso igual un dólar prevista en dicho artículo, se aplica únicamente a los precios y tarifas resultantes de dichas cláusulas, es decir las tarifas de ajuste o indexación a los que se refiere la mencionada norma. Concluye que la tarifa que percibe Hidrovía S.A. "...no se deriva de cláusulas de ajuste en moneda extranjera ni de indexación a las que refiere el artículo 8º de la ley 25.561, y que por ende no han sido convertidas por ésta a pesos a la relación de cambio un dólar igual a un peso...".

Respecto a la inclusión del contrato de concesión entre los que deben ser renegociados, señala que dicha inclusión (en alusión al artículo 1º del decreto 293/02) "... lo ha sido en lo que se refiere a Hidrovía S.A., no por estar incluida en el artículo 8º de la ley 25.561 (que como ya se vio no la incluye), sino por la alteración de las condiciones económicas imperantes al momento de celebrarse el contrato de concesión...".

Finalmente entiende procedente el dictado de una norma aclaratoria por la cual se precise que la empresa en cuestión no se encuentra comprendida en el artículo 8º de la ley 25.56 y por ende no se aplica, a la tarifa en dólares que percibe por contrato, la conversión a pesos prevista en ese mismo artículo, sin perjuicio de que su contrato esté incluido entre los que deberán ser renegociados de conformidad con el decreto 293/02.

Toma entonces intervención la Secretaría de Transporte, para opinar sobre el proyecto de decreto, señalando que la tarifa no se encuentra alcanzada por el artículo 8º de la ley 25.561 por cuanto la tarifa del contrato aprobado por decreto 253/95 no establecía ningún mecanismo de ajuste, previsión que tampoco fue establecida en el acta acuerdo de 1997. Considera que los contratos celebrados por la administración pública nacional bajo normas de derecho público, incluyendo los de obras y servicios públicos, no es procedente la inclusión de las situaciones tarifarias de marras en las previsiones y mecanismos establecidos en el decreto 293/02 por cuanto del mismo artículo 9º de la ley surgen los criterios de renegociación: el impacto de la modificación del régimen tarifario en la economía general y en la economía empresaria específica. Al no constatarse modificación en el régimen tarifario, no puede sostenerse la necesidad de renegociación a través de los mecanismos establecidos por el decreto 293/02, concluyendo improcedente jurídicamente la inclusión dentro de la casuística del decreto 293/02.

Sostiene finalmente que la adecuación del contrato podría sobrevenir de las evaluaciones técnico económico-financieras que deberán realizarse sobre la estructura de costos y sobre la aplicación de los términos del artículo 3º de la ley 17.520 (ingresos mayores a los previstos).

Los firmantes aconsejan no dar intervención a ningún organismo técnico por tratarse de una cuestión exclusivamente jurídica, considerando procedente el proyecto de decreto.

Como consecuencia de estas observaciones, los considerandos del decreto 576/02 parecen sustraer el contrato de la renegociación del decreto 293/02, al señalar que: "...no constando modificación alguna al régimen tarifario no puede sostenerse la necesidad de negociación a través de los mecanismos establecidos por el decreto 293/02 que fijan un sistema concreto en atención al impacto de la pésificación de las tarifas para aquellos contratos públicos que sí preveían cláusulas de ajuste en dólares estadounidenses, o cualquier otro tipo de mecanismo indexatorio, situaciones que no se dan en este contrato...".

Es destacable, sin embargo, que el sistema tarifario vigente por el acta acuerdo de 1997 en su anexo III, fija un procedimiento de ajuste de las tarifas basado en la aplicación de índices –locales y extranjeros–, a los rubros de costos (verbigracia costo de la construcción GBA, precios mayoristas USA, etcétera) quedando consiguientemente comprendido en la casuística del artículo 8º de la ley 25.561 y su reglamentario, el decreto 293/02. Recuérdese que si bien el decreto 253/95 había establecido una tarifa en dólares sin cláusulas de ajuste (sistema de precio tope o *price cap*), este sistema regulatorio fue modificado por el régimen tarifario del acta acuerdo 1997 con las características comentadas.

3.3.2. *El acta acuerdo del decreto 2687/02*

A través del acta acuerdo del 27 de diciembre de 2002, firmada entre el concesionario y el Ministerio de la Producción, y ratificada por el decreto 2.687/2002, se estableció una adecuación transitoria del régimen tarifario de la concesión, desde el 1º de enero de 2003 al 10 de diciembre de 2003.

Los considerandos del decreto señalaban que la ley 25.565, por la cual se había aprobado el presupuesto nacional para el ejercicio fiscal 2002, no había provisto partida para la atención de los aportes estatales comprometidos en el marco normativo de la concesión apuntada.

Esto había originado la acumulación de "...retrasos en el pago de dichos aportes contractualmente comprometidos por el Estado nacional, deudas que a su vez devengan crecientes intereses ante las circunstancias económicas por las que atraviesa la Nación..."

Correspondía entonces, "...el marco de la emergencia apuntada, y en razón de la eliminación de los aportes presupuestarios...", "...proceder a un aumento de la tarifa que constituye el ingreso de la concesión, con el propósito de asegurar la óptima prestación del servicio y evitar el progresivo deterioro de la posición relativa del Estado nacional, que se produciría por la acumulación de deudas y el decurso de sus correspondientes intereses....".

Así, el artículo segundo del acta acuerdo de 2002 estableció las tarifas de aplicación para los usuarios de la vía navegable por peaje, por el plazo de vigencia del acuerdo (hasta diciembre de 2003):

- 1) Para el transporte internacional, una tarifa de u\$s 1,65 por tonelada de registro.
- 2) Para el cabotaje nacional, una tarifa de \$ 1,65 por tonelada de registro.

A su vez, el artículo tercero señalaba que la diferencia, neta de toda incidencia tributaria, entre la nueva tarifa (u\$s 1,65/\$ 1,65) y la tarifa vigente a la entrada en vigencia del acta acuerdo (u\$s 1,136/\$ 1,136), sería computada como pago a cuenta de las obligaciones a cargo del Estado nacional, y sujeta al resultado definitivo que arroje al 10 de diciembre de 2003.

Asimismo, y de conformidad a lo dispuesto por el artículo quinto del acta acuerdo, el concesionario se obligó, por el período de vigencia establecido, a realizar las prestaciones objeto de la concesión en las condiciones establecidas en el contrato de concesión.

Cabe señalar que, si bien la mención a las obligaciones pendientes del Estado es recurrente en este acta acuerdo, ni el decreto 2.687/02 ni el decreto 576/02 resolvieron la pesificación de los aportes estatales, manteniendo en suspenso las definiciones acerca de la aplicación de las normas esenciales de la ley de emergencia a las obligaciones contractuales.

El informe 113/07 de la AGN es ilustrativo en la descripción de parte del procedimiento que dio lugar al acta acuerdo:

“...El acta acuerdo que se aprueba por el decreto 2.687/02 está enmarcada en la negociación habilitada por el decreto 576/02. En la misma, se otorgó un aumento de la tarifa (45 %, en u\$s y \$) en compensación a los aportes del Estado con fundamento en un informe elaborado por la Subsecretaría de Transporte Fluvial y Marítimo.

Dicho informe ilustra sobre los criterios seguidos para determinar el aumento tarifario e incluir las demás cláusulas de la norma *sub exámine*. Se argumenta que conforme el informe producido en conjunto por la Comisión de Seguimiento y la Subsecretaría en diciembre de 2001 (estando vigente la Ley de Convertibilidad), la eliminación del 100 % de los aportes financieros del Estado nacional –situación que se dio con la sanción de la Ley de Presupuesto del año 2002–, se compensaría con una tarifa de u\$s 2,29630. La tarifa resultante excedía el límite legal –beneficio al usuario– por lo que el informe juzgó imposible la eliminación plena del aporte estatal, recomendando no llevarla más allá de u\$s 1,70...” (Informe 113/07 de la AGN, páginas 30 y 31).

El Informe AGN continúa cuestionando la pertinencia del análisis realizado para justificar el aumento tarifario:

“...Es la Nota SECAD N° 474 (21/12/01) de la Comisión de Seguimiento que ilustra sobre los montos que el

Estado debe pagar por distintos conceptos (subsidios por pliego, prolongación canal Punta Indio, mantenimiento zona de cruce y compensación por canal Martín García) calculados en \$ 42,3 millones/año y el aumento tarifario requerido para compensarlo (102,12 %) calculado sobre los ingresos de 2000, registro que por otra parte, resultaba el más bajo del período 1998-2002 (cuando se toma la decisión).

”Consiguientemente, el soporte de análisis –realizado en diciembre de 2001– no resultaba apto para tomar la decisión, ello por cuanto (i) resultaba inapropiada la base para determinar la compensación, esto es, el tráfico del año 2000 de 36,8 millones de TRN cuando a la fecha de decidir el aumento ya se contaba con los datos de tráfico del año 2001, 40 millones de TRN, y al menos, con un estimado del año 2002 que lo ubicaba en un registro similar; (ii) el cálculo no tomó en cuenta el impacto de la dolarización de la tarifa de peaje internacional de la vía navegable en una economía pesificada. Es así, que al dólar promedio de 2002 (3,30 \$/u\$s) y teniendo en cuenta el tráfico de los años 2001 y 2002 (40 millones de TRN) el aumento equivale a una compensación por valor de unos \$ 65 millones. Téngase presente que el monto a compensar –necesarios para hacer viable la concesión, según los argumentos decisarios– era de \$ 42 millones...” (Informe 113/07 de la AGN, página 31).

Como consecuencia del análisis reseñado, el informe AGN concluye que “...el aumento tarifario autorizado por decreto 2.687/02 en compensación al aporte del Estado se sustentó en cálculos que no reflejaban las circunstancias de una economía pesificada por lo que al momento de la decisión la compensación resultó excesiva...” (Informe 113/07 de la AGN, página 30).

Finalmente, cabe agregar que a través del decreto 1.306/2003 se prorrogaron, hasta el 31 de diciembre de 2004 o hasta que se expida la UNIREN sobre la renegociación del contrato, las tarifas de aplicación, en las condiciones y con las modalidades establecidas en las cláusulas primera, segunda y tercera del acta acuerdo aprobada por decreto 2.687/2002. La medida se fundó en la persistencia de las restricciones presupuestarias que afectaron el cumplimiento de los aportes financieros del Estado nacional.

3.3.3. *La profundización de la vía navegable*

Las tratativas para profundización de la vía navegable se remontan a los primeros años del contrato, aun antes de la emergencia. Recuérdese que por resolución MEyOSP 50/01 se prorrogó ciento ochenta días la obligación del concesionario para la presentación de estudios de factibilidad técnica y económica de la eventual profundización de la red troncal a 28 y 36 pies. Sin embargo, no hemos podido encontrar, en el expediente de renegociación, antecedentes de esta norma.

Los considerandos del decreto 2.687/02 señalaban que “...el concesionario ya ha presentado ante el Estado nacional los estudios inherentes a los trabajos a

realizar destinados a la profundización de la vía navegable mencionada...”.

En consecuencia, el artículo quinto del acta acuerdo de 2002 estableció que “...en la oportunidad que el concedente disponga la realización de los trabajos destinados a la profundización de la vía navegable, el concesionario se compromete a proveer el financiamiento necesario para el emprendimiento, obteniendo como retribución un incremento de la tarifa, la extensión del plazo de la concesión, o una combinación de ambas, u otros recursos que disponga oportunamente el Estado nacional...”.

A su vez, el artículo 2º del decreto 1.306/03 instruyó “...a la Subsecretaría de Puertos y Vías Navegables dependiente de la Secretaría de Transporte del Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios, para que efectúe la determinación, dentro de los noventa (90) días de emitido el [...] decreto, del alcance de las obras de profundización de la vía navegable y de los requisitos que deberán ser satisfechos con carácter previo al inicio de su ejecución, así como el cronograma al que deberá sujetarse el cumplimiento de los mismos, los que serán financiados exclusivamente por el concesionario. Previo a su aprobación deberán ser sometidos a consideración de la UNIREN...”.

El artículo 3º del decreto señalaba que “el impacto de la ejecución de tales trabajos en la ecuación económico-financiera será determinado en el ámbito de la UNIREN...”.

La decisión del decreto se basó en el argumento de que para la mejora “...de la obra concesionada resulta necesaria la profundización de la vía navegable con la finalidad de adecuar su capacidad posibilitando el transporte de mayor cantidad de toneladas con el consiguiente beneficio para el comercio exterior...”. Los considerandos del decreto también destacan que “con carácter previo al inicio de las obras deberán cumplirse la totalidad de los actos, condiciones y tareas preparatorias que garanticen su debida ejecución, en orden al interés público comprometido”.

Lo que las normas reseñadas no aclaran es que lo que se estaba configurando con estos compromisos de financiar y realizar las obras de profundización, era una importante reforma del contrato de concesión, que alteraría profundamente su ecuación económico-financiera (ver punto 4.3.5).

Este procedimiento ni siquiera fue instrumentado a través de un acuerdo expreso. Las normas que determinan las obligaciones y responsabilidades de las partes no se configuraron de manera clara y precisa. Nótese por ejemplo que, según el artículo quinto del acta acuerdo de 2002, el concesionario sólo se “compromete a proveer el financiamiento” (no a la realización de la obra) a cambio de una retribución indeterminada.

Hoy sabemos que esta retribución se compone de un aumento de tarifa del 36 %, una prórroga de la concesión de 8 años, una dispensa temporal para cumplir con los requisitos patrimoniales del contrato de con-

cesión, y una disminución de la TIR de la concesión que le da derecho a la concesionaria a reclamar futuras compensaciones.

En conclusión, la profundización avanzó más como un hecho consumado que como un mecanismo normado y plenamente justificado.

El 16 de febrero de 2005, el MPFIPyS y la empresa Hidrovía S.A. suscribieron un acta acuerdo ad referéndum del Poder Ejecutivo nacional, vinculada a su vez con el acta acuerdo aprobada por decreto 2.687/02.

Por dicha acta, las partes acordaron dar inicio a la obra de profundización a 34 y 25 pies, conforme el cronograma de obra anexo al acta, que prevé la ejecución en tres etapas (la primera, etapa 0, a iniciar en febrero de 2005 y finalización en diciembre de 2005).

En la cláusula tercera del acta las partes acuerdan mantener, hasta tanto se expida la UNIREN sobre la renegociación del respectivo contrato, las tarifas de aplicación para la navegación internacional y de cabotaje en \$/u\$s 1,65, “en orden a la posibilidad de ejecución y financiamiento de la obra de profundización”. También se determinó que “...en caso que el órgano de control verifique el incumplimiento de las tareas y cronograma previstos, se producirá, automáticamente, la suspensión de la aplicación del valor de la tarifa prevista en esta cláusula...”.

En septiembre de 2005 la Subsecretaría de Puertos y Vías Navegables ordenó el inicio de las obras para el mejoramiento del sistema de señalización y profundización del río Paraná entre el kilómetro 239,1 del canal Punta Indio y el puerto de Santa Fe. En la primera etapa, finalizada el 14 de junio de 2006, se profundizó de 22 a 25 pies el tramo Océano-San Martín y de 32 a 34 pies el tramo San Martín-Santa Fe.

Por disposición 6/06, la Subsecretaría de Puertos y Vías Navegables aprobó las etapas 0 y 1 del anexo II de acta acuerdo de 2005 (la profundización a 34 y 25 pies; la etapa 2 es la profundización a 36 y 28 pies), remitiendo las actuaciones a la UNIREN a fin de que establezca una nueva tarifa transitoria de peaje, y sugiriéndole que la establezca en u\$s 2,25 para la navegación internacional y \$ 2,25 para el cabotaje.

El artículo 3º de la disposición establece además que el presupuesto detallado y el PEF de la obra de profundización a 36 y 28 pies debían ser presentados a la UNIREN para su aprobación en el marco del proceso de renegociación del contrato establecido por el decreto 311/03.

La UNIREN recibió las actuaciones y realizó al respecto un escueto e ilustrativo Informe:

“...El equipo técnico de transporte de esta unidad de renegociación ha recibido el miércoles 23 de agosto de 2006 el expediente por el cual la Subsecretaría de Puertos y Vías Navegables, dependiente de la Secretaría de Transporte, solicita a esta unidad que se expida sobre un aumento tarifario provisorio para la empresa Hidrovía S.A., que llevaría la tarifa de u\$s/\$ 1,65 a u\$s/\$ 2,25

por TRN equivalente para los tráficos internacionales y de cabotaje respectivamente, como consecuencia de la obra de profundización a 34 y 25 pies de la vía navegable troncal.

"Dado que la correcta determinación de la tarifa de equilibrio de la concesión proviene del análisis exhaustivo del plan económico financiero (PEF) de la concesión y dado que el proceso de renegociación del contrato aún no ha finalizado, tal como lo mencionan los diversos organismos que han intervenido en el seguimiento de este tema, algunos de los componentes del PEF permanecen bajo análisis. Por lo tanto el equipo técnico ha procedido a analizar los valores incrementales de los ingresos y de las obras previstas (algunas de ellas ya realizadas), en forma separada del resto de los componentes del PEF para, de esta manera, analizar la razonabilidad del incremento tarifario solicitado.

"Bajo este tipo de análisis, se ha determinado que los valores actualizados a agosto de 2006 de los ingresos y los costos de mantenimiento previstos junto con los costos de apertura ya realizados de la nueva vía navegable troncal se encuentran en valores equiparables, según las premisas incorporadas en las presentes actuaciones.

"Respecto de los ingresos incrementales previstos, el valor actualizado a agosto de 2006 es de \$ 595.811.900.

"Respecto de los costos incrementales de apertura y mantenimiento de la nueva vía navegable, el valor actualizado a agosto de 2006 es de \$ 586.272.470.

"Por lo tanto la nueva tarifa de referencia generaría ingresos incrementales del orden de magnitud de los costos incrementales, siendo los primeros superiores en un 1,62 % respecto de los segundos...".

Ahora bien, de este informe se desprende:

1) La UNIREN no realizó en ese momento un análisis del impacto en el PEF del aumento tarifario sugerido.

2) Sin embargo, estimó que el resultado incremental del aumento tarifario en relación a los costos de apertura y mantenimiento era neutro (o ligeramente positivo a favor de la concesionaria).

Finalmente, la resolución 1.534 del Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios, de septiembre de 2006, ratificó la disposición Nº 6/06 de la Subsecretaría de Puertos y Vías Navegables y aprobó el informe producido por la UNIREN. Como consecuencia de ello, estableció una nueva tarifa transitoria de peaje, de u\$s 2,25 por tonelada de registro neta para el tráfico internacional y de \$ 2,25 para el de cabotaje, hasta tanto la UNIREN se expida en forma definitiva sobre la renegociación del respectivo contrato de concesión.

4. Análisis de la propuesta

Las razones del proyecto de resolución se fundan en las siguientes consideraciones:

4.1. Consideraciones de forma

Analizando la taxativa redacción del artículo 4º de la ley 25.790, el mismo deja poco margen al Congreso para expedirse de una manera distinta de la ordenada; éste sólo tiene que limitarse a la aprobación o rechazo del acta acuerdo que se pone a su consideración.

La comisión no encuentra a veces forma de conciliar una fórmula que permita contemplar los aciertos y desaciertos de una misma propuesta. La norma impide la aprobación o el rechazo "parcial" de cláusulas que facultaría al Poder Ejecutivo a reanudar el proceso de renegociación sobre los puntos observados.

A pesar de dicha circunstancia, teniendo en cuenta la trascendencia de esta negociación, la comisión eleva su dictamen a los fines de que el Congreso ejerza con plenitud la condición de revisor técnico y político sobre las cláusulas del acuerdo.

4.2. Consideraciones de forma

El artículo 1º del decreto 311/03 establece en su inciso b) que "la Unidad de Renegociación y Análisis de Contratos de Servicios Públicos debe suscribir los acuerdos integrales o parciales de renegociación contractual con las empresas concesionarias y licenciatarias de servicios públicos ad referéndum del Poder Ejecutivo nacional".

El acta acuerdo en análisis ha sido suscripta por los ministros de Economía y Finanzas Públicas y de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios, como presidentes de la UNIREN, y por el señor Benjamín Gabriel Romero, como vicepresidente del directorio en ejercicio de la presidencia de la empresa Hidrovía S.A. Sin embargo en la cláusula vigésimo segunda –Condiciones para la entrada en vigencia del acuerdo– establece como "...condiciones requeridas para la ratificación y entrada en vigencia del presente Acuerdo de renegociación contractual...", en el inciso 1.3. "... la presentación del acta de asamblea de accionistas del concesionario que aprueba y ratifica la suscripción del presente acuerdo...".

Esto quiere decir que el acuerdo enviado al Congreso Nacional aún no ha sido aprobado por los accionistas de la empresa.

El acuerdo integral y definitivo debe ser el producto de un proceso de renegociación contractual "sin cuentas o tareas pendientes" que se encuentra motivado en y por la ley de emergencia, y que para su vigencia requiere, como todo acto complejo, la conformidad de ambos poderes del Estado.

La UNIREN es la encargada de renegociar y finalizar los contratos en toda su dimensión de acuerdo con las normas de la emergencia, sin desdoblamientos ni atajos.

Es evidente que la comisión bicameral está considerando un acta acuerdo que en el futuro puede ser rechazada por los accionistas de la empresa, dejando

abierta una vía de renegociación que excluya la participación del Congreso Nacional.

4.3. Consideraciones sustanciales

Previo a analizar puntualmente el acuerdo bajo examen, debemos reflexionar sobre el marco político general que supuso el proceso de renegociación de los contratos de servicios públicos. Consideramos que esta reflexión es aplicable a todos los contratos contenidos en el decreto 311/03.

Nada mejor que recordar el pensamiento del gobierno que inició esta renegociación, manifestado con claridad y contundencia por el entonces presidente de la Nación, Néstor Kirchner, en oportunidad de su discurso ante la Asamblea Legislativa Nacional el día 1º de marzo de 2005: "...Tenemos absolutamente en claro que se trata de la más importante discusión de intereses pendientes...". "...Tenemos plena conciencia de que en esa discusión de intereses económicos y del modo que la resolvímos se perfilará la Argentina que sustituirá a la Argentina del saqueo, del negociado, la explotación, el aprovechamiento de las ventajas que dan las posiciones dominantes y la ganancia fácil, garantizada a costa de los que menos tienen...". "...No nos va a temblar el pulso para tomar las decisiones que tengamos que tomar, ni tendremos exigencias exorbitantes a lo que la realidad económica de los servicios indique, pero es forzoso aclarar desde el Estado que el gobierno defenderá con uñas y dientes los derechos del pueblo argentino...".

Creemos que una buena metodología de análisis es introducirnos en el acuerdo que hoy nos ocupa y verificar en su texto y anexos si los postulados generales manifestado por el señor presidente –que compartimos totalmente– se cumplen en este caso.

4.3.1. El procedimiento de renegociación

El procedimiento de renegociación de los contratos tiene su origen en los artículos 8º y 9º de la ley 25.561.

Estos artículos se encuentran en el capítulo II de la ley, el que trata "De las obligaciones originadas en los contratos de la administración regidos por normas de derecho público".

El artículo 8º dispone que "en los contratos celebrados por la administración pública bajo normas de derecho público, comprendidos entre ellos los de obras y servicios públicos, quedan sin efecto las cláusulas de ajuste en dólar o en otras divisas extranjeras y las cláusulas indexatorias basadas en índices de precios de otros países y cualquier otro mecanismo indexatorio. Los precios y tarifas resultantes de dichas cláusulas, quedan establecidos en pesos a la relación de cambio un peso (\$ 1) = un dólar estadounidense (u\$s 1).

El artículo 9º autoriza "al Poder Ejecutivo nacional a renegociar los contratos comprendidos en lo dispuesto en el artículo 8º".

El proceso de renegociación fue establecido de esta manera a los efectos de dar "un trato especial" a este tipo de contratos (contratos de la administración regidos por normas de derecho público), frente a las otras dos alternativas que presentaba la ley: Obligaciones con el sistema financiero (capítulo I), pesificadas a una relación 1 \$ = 1u\$s o 1u\$=\$ 1,40 más CER, según el caso; y obligaciones originadas en los contratos entre particulares (capítulo III), no vinculadas al sistema financiero, pesificadas a una relación de cambio de un 1 \$=1u\$s.

Cabe considerar que en el caso bajo análisis, en virtud del artículo 8º de la ley 25.561 se deja sin efecto el procedimiento de actualización establecido en la cláusula sexta del acta acuerdo de 1997.

Sin embargo, no todos los contratos de la administración pública entraron automáticamente en el proceso de renegociación. El decreto 293/02 encomendó al Ministerio de Economía la renegociación de los contratos alcanzados por lo dispuesto en el artículo 8º de la ley 25.561, que tengan por objeto la prestación de obras y servicios públicos. Qué contratos eran alcanzados por la renegociación fue determinado por el mismo decreto, en una lista en la que se incluía las vías fluviales por peaje (artículo 1º del decreto 293/02).

El decreto buscaba de esta manera (según sus considerandos) "centralizar el proceso de renegociación de los contratos, a fin de adecuar la aplicación de criterios homogéneos por parte del Estado nacional en todos los casos, como también para posibilitar que su tratamiento se realice en forma ordenada y rápida", arbitrando "los recaudos necesarios para evitar que una inadecuada implementación del proceso de renegociación de los contratos, derive en importantes perjuicios para el Estado nacional, o que puedan verse afectadas las prestaciones de los servicios públicos que constituyen el objeto principal de su actividad".

Por estos motivos se consideró "apropiado encomendar al Ministerio de Economía la misión de llevar a cabo el proceso de renegociación de los contratos de obras y servicios públicos". Para llevar a cabo el desarrollo del proceso, se estimó "conveniente la creación de una comisión de renegociación", que tendría "como finalidad asistir al Ministerio de Economía en la tarea encomendada".

La centralización del proceso de renegociación se vio acentuada por las prescripciones de la resolución 38/02, del 9 de abril del 2002 (vigente hasta el 8/8/2003), que a través de su artículo 1º dispuso que los organismos centralizados, descentralizados y descentralizados de la administración pública nacional, incluyendo a los organismos de regulación y control, deberían abstenerse de adoptar cualquier decisión o ejecutar acciones que afecten directa o indirectamente los precios y tarifas de los servicios públicos sometidos a su ámbito de competencia, haciendo observar el cumplimiento de lo dispuesto en los artículos 8º y 10 de la ley 25.561. A su vez, según el artículo 2º de la

resolución, los organismos comprendidos en el artículo 1º deberían interrumpir los procesos de revisión tarifaria, o cualquier otro mecanismo de fijación de precios y tarifas, en los casos que se encontraran en curso en virtud de las normas aplicables.

El mismo decreto 293/02 señalaba las razones de complejidad por las cuales se debía aplicar el mecanismo de renegociación: "...el conjunto de los contratos a renegociar –incluidos los de obras y servicios públicos– abarca diversas áreas y contienen una gran diversidad de cláusulas y mecanismos contractuales de ejecución, tanto en lo que respecta a los derechos y obligaciones asumidos por las partes como en lo relacionado con el régimen tarifario, y pueden ser impactados por la reforma del régimen cambiario de diversas maneras, sea en lo relativo al sistema de fijación y reajuste de tarifas, a las deudas vinculadas con el sistema financiero en la plaza nacional o internacional, a los compromisos de inversión y ejecución de obras, al pago del canon, eliminación de subsidios, compensaciones tributarias, aduaneras o de cargas sociales, alícuotas diferenciales y otros aspectos".

Cabe recordar que esta renegociación debía sujetarse a los principios establecidos por el artículo 9º de la ley 25.561, tomando en consideración el impacto de las tarifas en la competitividad de la economía y en la distribución de los ingresos, la calidad de los servicios y los planes de inversión –cuando estuvieran previstos contractualmente–, el interés de los usuarios y la accesibilidad de los servicios, la seguridad de los sistemas comprendidos y la rentabilidad de las empresas.

Vemos que la renegociación de las concesiones de obra y de servicios se hacía necesaria por la complejidad misma de los contratos celebrados por la administración. Se trataba de no someterlos a la pesificación automática, teniendo en cuenta las inversiones ya comprometidas y los perjuicios que tal pesificación podría acarrear al Estado y a los usuarios. La renegociación debería readecuar la ecuación económico-financiera del contrato a la nueva situación económica, pero teniendo especialmente en cuenta la circunstancia de la emergencia.

Sin embargo, desde el principio de la renegociación se buscó que la concesión de Hidrovía estuviera especialmente amparada, apartándola del régimen general de renegociación establecido por el decreto 293/02 y habilitando la no pesificación de sus tarifas.

A través del artículo 2º del decreto 576/02 se procedió a "aclurar" que la tarifa de peaje por vía fluvial para la navegación internacional en la red troncal concesionada, se regiría en dólares estadounidenses. Pero lo más curioso del decreto es la contradicción entre su artículo 3º y uno de sus considerandos: mientras el artículo 3º establecía que el contrato de Hidrovía S.A. debía ser renegociado a fin de "...permitir su adecuación a los parámetros vigentes, de preservar intangible la ecuación económico-financiera y de garantizar el interés general...", el considerando 11º del decreto señalaba:

"...Que al no constatarse en el presente caso modificación alguna en el régimen tarifario, no puede sostenerse la necesidad de renegociación a través de los mecanismos establecidos por el decreto 293 de fecha 12 de febrero de 2002, que fijan un sistema concreto en atención al impacto de la pesificación de las tarifas para aquellos contratos públicos que sí preveían cláusulas de ajuste en dólares estadounidenses, o cualquier otro tipo de mecanismo indexatorio, situaciones que no se dan en este contrato...".

Como vemos, esta contradicción es consecuencia de la parcial interpretación de Hidrovía acerca del marco de renegociación establecido por la ley 25.561, interpretación que fue compartida por los sucesivos gobiernos al frente de dicha renegociación. Esta interpretación, cuyo decurso puede seguirse en el punto 3.3.1, niega la existencia de los mecanismos indexatorios del acta acuerdo de 1997 y justifica así el mantenimiento de la tarifa en dólares.

Sin embargo, por los fundamentos expuestos, nosotros consideramos la pertinencia de la aplicación del proceso renegociador abierto por la ley de emergencia al caso de Hidrovía, la cual ha sido también ratificada por el artículo 4º inciso i), decreto 311/03, el cual encomienda a la UNIREN la renegociación del contrato de concesión de las vías fluviales por peaje.

4.3.2. *El cuadro tarifario*

La cláusula quinta del Acta Acuerdo reconoce la vigencia del cuadro tarifario actual, amparando las modificaciones parciales reconocidas con posterioridad a la sanción de la ley de emergencia:

"...De acuerdo a los antecedentes citados en la cláusula cuarta y luego de haberse realizado el análisis de la rentabilidad del contrato de concesión (anexo I), se establece la continuidad del cuadro tarifario establecido por la resolución 1.534, de fecha 28 de agosto de 2006, del Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios, siendo las tarifas de peaje de aplicación para los usuarios de la vía navegable troncal [...] las siguientes:

"1) Para el transporte internacional, una tarifa de dólares estadounidenses dos con veinticinco centavos (u\$s 2,25) por tonelada de registro neto.

"2) Para el cabotaje nacional, una tarifa de pesos dos con veinticinco centavos (\$ 2,25) por tonelada de registro neto...".

Esta cláusula sanea el sendero normativo que dio lugar a un aumento tarifario en dólares, que desde 2002 alcanza al 98% (conforme cuadro III). Su aceptación lisa y llana omite considerar la fundamentación de estos aumentos, evitando el análisis detallado de su justificación económica y jurídica. En particular, nosotros analizaremos la no pesificación de las tarifas por el decreto 576/02 y el aumento tarifario del decreto 2.867/02.

Cuadro III <i>Evolución de la tarifa desde el inicio del contrato</i>			
<i>Periodo</i>	<i>Tarifa</i>	<i>Sustento normativo</i>	<i>Variación respecto tarifa a diciembre de 2002</i>
Mayo 1995 - Diciembre 1997	u\$ 0,97/TRN	Artículo 11 contrato de concesión	-
Enero 1998 - Diciembre 1998	u\$ 1,222/TRN	Acta acuerdo-cláusula 6 ^a	-
Enero 1999 - Diciembre 2002	u\$ 1,136/TRN	Resolución MEyOSP, 1.708/98	-
Enero 2003 - septiembre de 2006	Tráfico Internacional: u\$ 1,65/TRN Tráfico nacional: \$ 1,65/TRN	Decreto 2.687/02 y 1.306/03	45.2 %
Desde septiembre de 2006	Tráfico internacional: u\$ 2,25/TRN Tráfico nacional: \$ 2,25/TRN	Resolución 1.534/06	98 %

4.3.2.1. *El mantenimiento de la tarifa en dólares*

Con motivo de la devaluación del peso (ley 25.561), las relaciones jurídicas –en particular las obligaciones dinerarias– sufrieron el impacto de una nueva realidad legal y económica de la Argentina. Como vimos anteriormente, el artículo 8º de la ley establecía que “en los contratos celebrados por la administración pública bajo normas de derecho público, comprendidos entre ellos los de obras y servicios públicos, quedan sin efecto las cláusulas de ajuste en dólar o en otras divisas extranjeras y las cláusulas indexatorias basadas en índices de precios de otros países y cualquier otro mecanismo indexatorio. Los precios y tarifas resultantes de dichas cláusulas, quedan establecidos en pesos a la relación de cambio un peso (\$1) = un dólar estadounidense (u\$1)”.

En virtud de ello, la tarifa de hidrovía debería haber sido pesificada, dejándose de aplicar el mecanismo de ajuste establecido en la cláusula sexta del acta acuerdo de 1997 (nótese que el artículo 8º hace referencia a “...los precios y las tarifas resultantes de dichas cláusulas...”).

Sin embargo, en el caso de Hidrovía, el Poder Ejecutivo nacional, con fecha 4 de abril de 2002, emitió el decreto 576/02. Se trata de un decreto autónomo (99, inciso 1) dictado por el Poder Ejecutivo en uso de las facultades que le son propias. Se encuentra estructurado como una norma aclaratoria y posee tres artículos centrales:

1) El artículo 1º “aclara” que la tarifa de peaje por vía fluvial para el cabotaje, entendiéndose por tal la navegación de buques dedicados al cabotaje nacional en los términos del decreto ley 19.492/44 ratificado por la ley 12.980, se ha pesificado.

2) El artículo 2º “aclara” que la tarifa de peaje por vía fluvial para la navegación internacional en la red troncal concesionada, se regirá en dólares estadounidenses, de acuerdo con los compromisos internacionales suscriptos por la República Argentina. (Este último punto se relaciona con la aplicación del Tratado del Río de la Plata y su frente marítimo, en virtud del cual los considerando del decreto señalan que “...la tarifa por peaje de la vía fluvial tiene rango internacional e idéntico valor, tanto sea en la República Argentina (canal Ingeniero Emilio Mitre), como en la República Oriental del Uruguay (canal Martín García), siendo aquélla fijada en dólares estadounidenses, por lo que no puede establecerse su valor en otra moneda...”).

3) El artículo 3º establece que el contrato de concesión de hidrovía deberá ser renegociado a fin de permitir su adecuación a los parámetros vigentes, de preservar intangible la ecuación económico financiera y de garantizar el interés general.

Como vemos, a través de estos tres artículos, disfrazados de una “medida aclaratoria”, se modifica el cuadro tarifario original del contrato de concesión, pesificando las tarifas de cabotaje (equivalentes a sólo 3% del tráfico), en abierto violación a la disposiciones del artículo 8º de la ley 25.561. Se establece por lo tanto

una discriminación en cuanto a la moneda de pago entre las tarifas de navegación internacional en la red troncal concesionada y las de cabotaje, que no estaba incluida en el contrato original.

Además, a través del artículo 3º del decreto se intenta establecer una discriminación entre las tarifas, las que aparecen como no afectadas por la emergencia y como si sólo necesitaran una nota aclaratoria de la administración que deslindara los efectos de la pesificación; y el contrato de concesión, el cual se aclara que se encuentra comprendido en el proceso de renegociación a los efectos de readecuar su ecuación económico-financiera a los parámetros de origen de la concesión.

Los argumentos del Ejecutivo parecen dirigidos a obviar el hecho de que la tarifa es la contraprestación por la concesión de obra pública de hidrovía, y por lo tanto, uno de los ejes centrales de la renegociación del contrato.

Consideramos que nada en la ley 25.561 obsta a que la tarifa de hidrovía sea expresada y recaudada en dólares u otra moneda extranjera. Lo que sí cuestionamos son los siguientes puntos:

1) Que no se hayan pesificado las tasas en dólares con motivo de la emergencia, como lo establecía el artículo 8º de la ley 25.561.

2) Que la tarifa en dólares funcione como mecanismo indexatorio futuro, prohibido por la ley de convertibilidad.

3) Que el nuevo esquema tarifario no sea el resultado del proceso de renegociación legal establecido en la ley 25.561, cumpliendo con los parámetros de su artículo

9º, y en especial, con la debida consideración de la razonabilidad de la tarifa dentro del esquema de la ley 17.520, en cuanto a la evaluación de los costos reales y la rentabilidad de la empresa concesionaria.

Argumentar que el “rango internacional” de un régimen tarifario especial exige que el mismo se mantenga inamovible en su monto expresado en moneda extranjera, implica desconocer la facultad de los Estados para modificarlos en su carácter de tarifas, en especial teniendo en cuenta los criterios de razonabilidad y proporcionalidad en su percepción.

Nada impide la expresión de las tarifa en una divisa internacionalmente aceptada. Cuestionamos su inmovilidad como tarifa. Cuestionamos una “dolarización” automática que no tiene en cuenta los efectos de una medida macroeconómica como lo es la devaluación, y que de un día para el otro, multiplica por tres o por cuatro los ingresos de una concesionaria de obra pública, sin considerar de qué manera la medida devaluatoria afectó efectivamente la ecuación económico financiera del contrato original.

Respecto a este último punto, cabe considerar el importante aumento de rentabilidad que para la empresa supuso la no pesificación de la tarifa. Esta rentabilidad no sólo provino del excedente generado por la “dolarización” en un contexto de economía pesificada, sino también de otro efecto resultante de la devaluación: el aumento de las exportaciones y el consecuente aumento del flujo de transporte fluvial (en particular, a partir de 2005). Este aumento fue sensiblemente superior incluso al tráfico previsto en la oferta inicial de la concesionaria, según puede observarse en el cuadro IV.

Cuadro IV
Evolución del tráfico hidrovía 1996-2005

Año	TRN equivalentes según PEF oferta	TRN equivalentes registrados.	Diferencia
1996	15.913.000	17.492.125	9,9 %
1997	20.901 .000	25.977.672	24,3 %
1998	28 921 000	41.618.113	43,9 %
1999	29.208.000	37.726 .915	29,2 %
2000	29.990.000	36.810.702	22,7 %
2001	30.472.000	40.037.419	31,4 %
2002	31.087.000	39.4813.274	27,0 %
2003	31.998.000	40.414.670	26,3 %
2004	32.854.000	39. 92.557	20,8 %
2005	33.751.000	46.010.633	36,3 %
Total	285 105.000	365.267.680	28,1 %

El aumento de la rentabilidad de la empresa fue analizado tanto por la UNIREN como por el informe AGN 113/07. Nos remitimos al punto 4.3.5 para su análisis.

4.3.2.2. Los aportes estatales

La “cláusula séptima” del acta acuerdo, referida a los aportes del Estado, señala que “...a partir de la fecha de entrada en vigencia del acta acuerdo de renegociación contractual, quedan eliminados los aportes financieros por parte del Estado nacional previstos en el artículo 2.2 del pliego de bases y condiciones...”.

Esta eliminación de subsidio, que parece una concesión a favor del Estado, natural en un proceso de renegociación, no es tal: recuérdese que a través del decreto 2.867/02 esta obligación del Estado se había trasladado al usuario a través de un aumento tarifario (en dólares) del 45%.

Sin embargo, la condición de este aumento era que la diferencia –neta de toda incidencia tributaria– entre la tarifa aprobada de u\$s 1,65 (o \$ 1,65 para el tráfico nacional) y la vigente hasta ese momento u\$s 1,136 (o \$ 1,136) sería computada como pago a cuenta de las obligaciones a cargo del Estado nacional y sujetas al resultado definitivo que arroje al 10 de diciembre de 2003 (conforme cláusula 3^a del pliego).

Sin embargo, como bien señal el informe AGN 113/07, a su fecha de cierre:

“No se han obtenido evidencias de algún informe o estudio referenciado realizado por el organismo de control sobre el resultado definitivo que arrojó el aumento tarifario en concepto de pago a cuenta de las obligaciones a cargo del Estado nacional (conforme lo establecido en la cláusula 3^a del acta acuerdo aprobada por decreto 2.687/02), a pesar que los cálculos previos indican que se habría compensado en exceso...” (informe AGN 113/07, pág. 31).

“...De los antecedentes tenidos a la vista no consta que la autoridad con competencia haya realizado algún estudio, mención o que obre alguna información sobre el resultado que arrojó dicho pago a cuenta. Esto es extensivo a los años 2003, 2004 y 2005. Téngase presente que dicho aumento tenía carácter transitorio sujeto a resultados....” (informe AGN 113/07, pág. 32).

El informe AGN realiza un análisis preliminar sobre la compensación, comparando las obligaciones a compensar con los ingresos percibidos por el aumento. Según la AGN, el monto de las obligaciones a cargo del Estado nacional a compensar ascendía a \$ 42.325.335 anuales (conforme nota SECAD 474/01):

A su vez, el resultado de la compensación calculado a partir del aumento tarifario dispuesto por decreto 2.687/2002 (u\$s/\$ 0,514/TRN) y el tráfico (TRN) arroja el siguiente resultado:

Cuadro V
Obligaciones del Estado nacional a compensar

Concepto	\$/año	incidencia
Subsidio por Pliego	39.200.000	92,62 %
Prolongación Canal Punto Indio	953.966	2,25%
Mantenimiento Zona de Cruce	238.452	0,56%
Martín García	1.932.917,50	4,57%
Total obligaciones a compensar	42.325,335	

Fuente: Nota SECAD N° 474/01

Cuadro VI
Análisis de compensación AGN I

	Internacional	Cabotaje	Total
Composición del Tráfico	97%	3%	100,00%
TRN anuales 2003	38.937.420	1.204.250	40.141.670
Cotización del dólar	\$ 2,85		
Resultado compensac.2003	\$ 57.039.426,41	\$ 618.984,55	\$ 57.658.410,96
TRN anuales 2004	38.501.780	1.190.777	39.692.557
Cotización del dólar	\$ 2,969		
Resultado compensac.2004	\$ 58.756.257,84	\$ 612.059,23	\$ 59.368.317,07
TRN anuales 2005	44.630.314	1.380.319	46.010.633
Cotización del dólar	\$ 2,969		
Resultado compensac.2005	\$ 68.108.804,78	\$ 709.483,96	\$ 68.818.288,74

Consiguentemente, según la AGN, los importes compensados en exceso son:

Cuadro VII
Análisis de compensación AGN II

Año	Compensado de más
2003	\$ 15.333.075,96
2004	\$ 17.042.982,07
2005	\$ 26.492.953,74
Total	\$ 58.869.011,77

Las AGN cita también el informe del 15/9/05 de la Unidad de Auditoría Interna del Ministerio de Planificación Federal, en el que señala:

“...Transcurridos más de dos años y medio desde la vigencia del acta acuerdo de fecha 27/12/02, aún no se ha logrado ningún avance en la determinación de la incidencia del aumento de tarifas dispuesto por la misma y su cómputo como pago a cuenta de las obligaciones a cargo del EN. Urge definir este aspecto, dado que todos los elementos analizados parecen indicar que dicha incidencia supera con amplitud las obligaciones que para con el concesionario ha asumido el concedente y el acta acuerdo mencionada nada refiere acerca de esta posibilidad y su aplicación o afectación en caso de que tal hecho ocurriese...”.

Si bien los cálculos de la AGN parten del supuesto de que el subsidio estatal debería haberse pesificado con la emergencia, no parece propia de una renegociación integral esta indefinición: o el Estado ha aceptado que sus obligaciones se han mantenido en dólares luego de la emergencia y luego las ha trasladado al usuario vía tarifa, o el Estado ha aceptado compensar de más (en pesos) a la empresa Hidrovía a través de un aumento tarifario.

En este último caso, el cuadro tarifario de la cláusula quinta del acta acuerdo no es neutral: supone un aumento no justificado por todo el monto compensado en exceso.

4.3.2.3. Los mecanismos de redeterminación tarifaria

4.3.3.1. La modificación del mecanismo de redeterminación del acta acuerdo de 1997

El Acta Acuerdo necesitaba adecuar el mecanismo indexatorio previsto en la revisión contractual de 1997 a los principios establecidos por la ley de emergencia económica, en particular el artículo 8º, en cuanto señalaba que quedaban “...sin efecto las cláusulas de ajuste en dólar o en otras divisas extranjeras y las cláusulas indexatorias basadas en índices de precios de otros países y cualquier otro mecanismo indexatorio...”.

Esta adecuación tiene lugar través del punto 3 de la cláusula novena del acta acuerdo:

“...Sin perjuicio de lo expuesto en el apartado anterior, y de acuerdo al marco normativo establecido por la ley 25.561 y normas complementarias, se sustituye la cláusula sexta del acta acuerdo de reformulación del

3 de octubre de 1997 y su correspondiente anexo III. Régimen tarifario. Procedimiento de redeterminación de tarifas, siendo su nueva redacción la siguiente:

I) Procederá la realización de los análisis tendientes a la redeterminación tarifaria del contrato de concesión cuando alguna de las partes invoque fundadamente un incremento o una disminución en el costo total de la explotación a cargo del concesionario superior al cinco por ciento (5%), que se haya producido sin culpa de la parte que lo invoque. Los mencionados análisis podrán comenzar a realizarse luego de transcurridos seis (6) meses a partir de la publicación del decreto ratificatorio del Acta Acuerdo de Renegociación Contractual en el Boletín Oficial, y en ningún caso en un plazo inferior a seis (6) meses transcurridos desde la última modificación tarifaria, salvo que la mencionada variación en el costo total de la explotación exceda el diez por ciento (10%).

Dicha variación será medida sobre la base de una estructura de costos de explotación e inversiones con indicadores oficiales de precios representativos de tales costos. En este sentido, y a los efectos citados, los indicadores a utilizar serán los que se detallan en el anexo II de la presente acta acuerdo.

II) Para la determinación de los nuevos importes se considerarán las variaciones de los indicadores detallados en el anexo II. Dichas variaciones serán calculadas a partir de los valores que tenían los indicadores mencionados a la fecha de celebrarse el contrato de concesión, es decir, el mes de febrero de 1995.

III) Los costos recalculados deberán compararse con los ingresos obtenidos por el concesionario, utilizando los ingresos expresados en el Estado de Ejecución del Plan Económico-Financiero (PEF), los que deben responder a estados contables auditados, en función al PEF que por la presente acta acuerdo se aprueba. Tanto los costos como los ingresos serán medidos en el mismo trimestre en el que se plantee la revisión tarifaria. La metodología a utilizar se encuentra expresada en el anexo II de la presente acta acuerdo.

IV) Toda solicitud de redeterminación tarifaria peticionada por el concesionario al órgano de control, o a quien ejerza las funciones del mismo, deberá ser aprobada o rechazada por éste teniendo en cuenta las pautas establecidas precedentemente dentro de los treinta (30) días a partir de la fecha de su recepción.

Las modificaciones respecto del acta acuerdo de 1997 son las siguientes:

1) Se modifican los porcentajes de incrementos de costos que disparan la revisión tarifaria (de 2% y 5%, a 5% y 10%).

2) Como contrapartida, se disminuye el lapso de tiempo mínimo entre revisiones (de un año a 6 meses).

3) Se establece un tiempo mínimo entre la ratificación del acta acuerdo y la primera revisión: 6 meses.

4) Se realiza la comparación con los ingresos reales de la concesionaria (utilización del tráfico real en vez del proyectado en el PEF original).

Sin embargo, se mantiene el mecanismo indexatorio automático del acta acuerdo de 1997, ya que en el punto II reformado se establece que "...para la determinación de los nuevos importes se considerarán las variaciones de los indicadores detallados en el anexo II...". Esto violenta la letra del artículo 8º de la ley 25.561, que dejaba sin efecto "cualquier otro mecanismo indexatorio", en consonancia con la prohibición de indexación de la Ley de Convertibilidad.

Nótese que los índices son utilizados no sólo para disparar el proceso de revisión, sino también para calcular la variación de costos de la concesionaria. No se trata de una revisión de los costos reales, sino de una aplicación automática de índices al PEF, como se aprecia claramente en lo dispuesto en el anexo II:

"...Metodología de redeterminación de ingresos

"La metodología a aplicar, cuando a juicio de alguna de las partes se requiera analizar la necesidad de redeterminar los ingresos con el objetivo de mantener la neutralidad de la ecuación económica financiera, es la siguiente:

"a) Ajuste de costos de explotación en el plan económico - financiero del concesionario a partir de la variación porcentual de los indicadores detallados precedentemente;

"b) Aplicación al plan económico - financiero de los ingresos reales percibidos por el concesionario.

"c) Nueva estimación de ingresos futuros en función de la evolución del tráfico real en la concesión, ocurrido en el período anual inmediato anterior y de la eventual tarifa a aplicar cuando corresponda...".

Además, en el anexo II, se mantiene provisoriamente la aplicación de los índices de precios de los Estados Unidos. Al respecto de los índices, el anexo II señala:

"...Se mantiene la estructura de costos establecida en el anexo III del acta acuerdo de reformulación del 3 de octubre de 1997, sustituyéndose los índices de precios mayoristas U.S.A. y los índices de precios al consumidor nivel general U.S.A., por el índice de precios internos mayoristas (IPIM) y por el índice de precios al consumidor nivel general, respectivamente, publicados por el Instituto Nacional de Estadísticas y Censos (INDEC) de la República Argentina.

"De conformidad con la cláusula decimoquinta, para el caso particular de alquiler de equipos de dragado y mantenimiento de los mismos, el indicador a aplicar será el previsto en el acta acuerdo de reformulación de fecha 3 de octubre de 1997.

"Estos indicadores serán aplicables hasta tanto el INDEC elabore un indicador representativo de aquellos insumos que por sus características técnicas no hayan sido adquiridos en el país.

"Los seguros y los valores correspondientes a los equipos de dragado y su mantenimiento se expresarán en pesos al tipo de cambio comprador del dólar estadounidense publicado por el Banco de la Nación Argentina...".

Como podemos observar en el cuadro VIII, el índice a aplicar para alquileres y mantenimiento conforme al acta acuerdo de 1997 era el índice de precio mayorista de Estados Unidos: (Ver cuadro VIII).

Es de destacar sin embargo la buena perspectiva de la UNIREN al aclarar taxativamente la aplicación del concepto de "rentabilidad tope" derivado de la ley 17.520, en las prescripciones del anexo II:

"...En los casos en que la tasa interna de retorno, resultante del plan económico-financiero supere el 19,38% anual, calculada en pesos constantes al trimestre mayo-julio de 1995, el órgano de control, o quien ejerza las funciones del mismo, en oportunidad de efectuarse la revisión tarifaria prevista en la cláusula octava, definirá las obligaciones de reinversión del concesionario, la disminución de la tarifa de peaje o la participación del Estado Nacional, a los efectos de mantener la neutralidad de la ecuación económica financiera...".

Sin embargo, debemos resaltar que en el anexo II figura un procedimiento transitorio de readecuación que permite un aumento tarifario mayor que el aumento de costos, mediante la omisión de los ingresos resultantes de la ampliación a 34 y 25 pies en el cálculo de costos, siempre que no se sobreponga la "rentabilidad tope" de 19,38 %. Este procedimiento tiende a acelerar la convergencia entre la TIR resultante de la renegociación y la TIR contractual:

"...Procedimiento transitorio

"En virtud de la reducción temporaria de la tasa interna de retorno prevista en la cláusula segunda de la presente carta, y siempre que de la aplicación de la metodología de redeterminación de ingresos prevista precedentemente resulte una tasa interna de retorno inferior a los valores establecidos en el plan económico - financiero de la presente acta acuerdo, se establece un procedimiento transitorio de redeterminación de los ingresos del concesionario hasta tanto se restituya la tasa interna de retorno a los valores previstos en la oferta original calculada en pesos constantes del trimestre mayo-julio de 1995, en los términos que se detallan a continuación:

"a) Reformulación del plan económico financiero aprobado por la presente acta acuerdo, considerando los ingresos tarifarios netos de la incidencia del incremento del tráfico producido entre el trimestre noviembre de 2006 - enero 2007 y el período en análisis, y los costos ajustados de acuerdo a la metodología prevista precedentemente;

"b) Redeterminación de ingresos hasta que la tasa interna de retorno alcance los valores establecidos en

Cuadro VIII
Coefficientes de ajuste de los rubros de costos
 (Anexo III - acta acuerdo/97)

INDICE UTILIZADO Y COEFICIENTES DE AJUSTE			
<i>ítem</i>	Concepto	<i>Incidencia</i> %	Referencia
2.1	Egresos por Dragado de Mantenimiento	57,34	
2.1.1	Gastos en personal	17,05	43% Costo de la Construcción-GBA-Mano de obra + 57% Precios Mayoristas USA
2.1.2	Combustibles y lubricantes	11,44	95% variación de precio
2.1.3	Mantenimiento	11,55	Precios mayoristas U.S.A.
2.1.4	Otros Gastos	6,54	I.P. Internos al por Mayor Nivel Gral.
2.1.5	Alquiler de Equipos	10,76	Precios mayoristas U.S.A.
2.2	Egresos por Mantenimiento Balizamiento	8,85	Estructura de costos
2.3	Gastos Administrativos	8,32	Índice precios al Consumidor N.Gral
2.4	Seguros	2,67	
2.5	Órgano de Control	1,57	
2.6	Otros Gastos Corrientes	3,17	Índice precios al Consumidor N.Gral
3	Ingresos-Egresos Operativos		
4	Inversiones	18,14	
4.1	Alquiler Equipos de Dragado	1,83	Precios mayoristas U.S.A
4.2	Balizamiento	2,27	Estructura de costos
4.3	Gastos Operativos Redragado	7,53	
4.3.1	Gastos en Personal	2,52	45,2% Costo Construcc.GBA + 54,8% Prios Mayoristas USA
4.3.2	Combustibles y Lubricantes	1,12	95% variación de precio
4.3.3	Mantenimiento	1,93	Precios mayoristas U.S.A
4.3.4	Otros Gastos Redragado	0,96	I.P. Internos al por Mayor Nivel Gral.
4.4	Movilización y desmovilización	1,17	Precios mayoristas U.S.A
4.5	Infraestructura y otros equipos	2,51	Precios mayoristas U.S.A
4.6	Estudios y Relevamiento	2,83	
5	Impuestos		
5.1	Impuesto a las Ganancias		
5.2	Variación crédito fiscal no aplicado		

el plan económico financiero aprobado por la presente acta acuerdo;

”c) Aplicación de la evolución del tráfico real al plan económico financiero ajustado conforme los puntos anteriores, y nueva estimación de ingresos futuros a las tarifas vigentes en cada período;

”d) La autoridad de aplicación resolverá la percepción de los ingresos redeterminados de acuerdo al inciso b), teniendo en cuenta que la tasa interna de retorno resultante de la aplicación del inciso c) no podrá superar la tasa interna de retorno prevista en la oferta original...”.

4.3.3.2. *La revisión tarifaria integral (RTI).*

La cláusula novena, en sus puntos 9.1 y 9.2, establece la realización de una RTI:

”...9.1. A los dos (2) años contados a partir de la fecha de entrada en vigencia del acta acuerdo de renegociación contractual, se realizará un proceso de revisión tarifaria integral del contrato de concesión, el cual seguirá las pautas que se encuentran expresadas en el anexo II de la presente acta acuerdo.

”En dicha oportunidad se realizará un análisis del estado de ejecución del plan económico - financiero ejecutado auditado.

”9.2. El proceso de revisión estará a cargo del órgano de control, o quien ejerza las funciones del mismo...”.

Ahora bien: ¿Cuál es el objetivo de esta revisión si ya existen mecanismos periódicos de reestructuración tarifaria? La norma es clara, no se trata sólo de una revisión tarifaria, como lo señalaría el nombre, sino de una revisión contractual plena (revisión del contrato de concesión).

Quizás la clave de la respuesta esté dada por el plazo estipulado para iniciar la revisión (dos años). Para esa fecha, si las obras de ampliación en el tramo Santa Fe -confluencia están avanzadas, será necesario recalcular los costos incrementales de apertura y mantenimiento del canal ampliado para el momento que termine el plazo de peaje cero. Además, cabe también incluir en el PEF los costos incrementales de la profundización del canal a 36 y 28 pies.

Como vemos, el contrato deja abierta numerosas puertas de readecuación futura, con resultados inciertos. Cabe considerar, a modo de ejemplo, que la profundización del canal a 34 y 25 pies sólo podía realizarse con una disminución de la TIR proyectada (luego recuperable a través de aumento tarifario) y una ampliación del contrato por 8 años adicionales.

Esta norma habilita un nuevo proceso de adecuación contractual, cuyo control se sustraerá del Congreso de la Nación. Valen aquí las consideraciones vertidas por esta minoría en sus informes anteriores acerca de la división temporal de la renegociación de las tarifas.

Se persiste en negociar una “tarifa transitoria” que regirá durante el presente año, para luego abrir las puertas a “nuevas revisiones” que determinarán “nuevas tarifas” para períodos posteriores. Estas revisiones exceden incluso el alcance y la vigencia de la misma ley de emergencia 25.561 y de la ley 25.790, que autorizan la actual readecuación contractual.

En este caso la revisión debería quedar acordada antes del 30 de diciembre del corriente año, obligando al Poder Ejecutivo a remitir el acuerdo al Congreso por estar comprendido dentro del ámbito temporal de vigencia de la ley de emergencia.

Esta circunstancia imprudente e impropia, que viola el cometido requerido por la ley, impulsa de nuevo el procedimiento impuesto por las normas para su aprobación, contrariando los principios de razonabilidad y de economía procesal.

Un verdadero dispendio de actividades y recursos por falta de una “toma de decisión definitiva” sobre todos los aspectos del contrato sometido a revisión, y que medida por su actual resultado tendrá una acotada vigencia.

La interpretación de las cláusulas octava y novena del acta acuerdo y del anexo II, nos permite aseverar desde ya que el proceso de renegociación contractual no ha concluido: sólo lo ha hecho en forma parcial y transitoria. Por lo que la cláusula citada no transcribe el verdadero resultado esperado por la ley.

El acuerdo integral y definitivo debe que ser el producto de un proceso de renegociación contractual “sin

cuentas o tareas pendientes” que se encuentra motivado en y por la ley de emergencia, y que para su vigencia requiere, como todo acto complejo, la conformidad de ambos poderes del Estado.

La UNIREN es la encargada de renegociar y finalizar los contratos en toda su dimensión de acuerdo con las normas de la emergencia, sin desdoblamientos ni atajos.

Las atribuciones y alcances conferidos a la Comisión Bicameral por los artículos 20 de la ley 25.561 (“controlar, verificar y dictaminar sobre lo actuado por el Poder Ejecutivo”) y 4º de la ley 25.790 (“El Poder Ejecutivo nacional remitirá las propuestas de los acuerdos de renegociación al Honorable Congreso de la Nación, en cumplimiento de la intervención de la Comisión Bicameral de Seguimiento prevista por el artículo 20 de la ley 25.561”) no pueden sortearse.

La UNIREN no puede concertar actividades negociadoras para el futuro, fuera de la vigencia de la ley de emergencia. Como órgano del Poder Ejecutivo nacional tiene la obligación de remitir las propuestas al Congreso Nacional en tiempo y forma.

Si este proceder no contemplado en la ratio de las leyes 25.561 y 25.790 se concreta, implicará un desvío y limitación de las funciones del Honorable Congreso de la Nación en el ejercicio de sus facultades de verificación y control. Se sustraerán de su competencia y de la comisión los acuerdos finalizados en el período de “revisión” que recién darían forma integral y definitiva a la renegociación contractual.

4.3.3. *La ampliación del plazo*

La cláusula tercera del acta acuerdo establece que “...en virtud de haberse realizado ya la obra de profundización de la vía navegable troncal, aprobada mediante disposición 6, de fecha 23 de agosto de 2006, y habiéndose ya establecido en el acta acuerdo firmada en fecha 27 de diciembre de 2002, ratificada por decreto 2.687 del 27 de diciembre de 2002, que el concesionario obtendría como retribución un incremento de la tarifa, la extensión del plazo del contrato, una combinación de ambas u otros recursos que dispusiera oportunamente el Estado nacional, se establece una extensión del plazo del contrato por un término de ocho (8) años, hasta el año 2021...”.

Esta ampliación de plazo se otorga en las mismas condiciones establecidas en el pliego de bases y condiciones, la oferta, el contrato de concesión y sus modificaciones, y el acta acuerdo de reformulación.

Como vemos, esta cláusula violenta la cláusula de prórroga del pliego original, que exigía que la concesión se renovase a su término, por un plazo no mayor a diez años. Con la prórroga otorgada en 1997, la duración de la concesión ya casi dobla la prevista en el pliego. Con esta prórroga, superaría en 6 años la previsión de prórroga de 100 % del plazo original del artículo 1.3 del pliego.

Es de destacar la actitud recurrente del Poder Ejecutivo en habilitar, a través de sucesivas actas acuerdo, la concertación de obligaciones adicionales no previstas en el contrato original, que generan a su vez la necesidad de compensaciones en tarifas o en años de concesión. Esta estrategia desplaza hacia delante la persistencia de la relación contractual, sin plantear la posibilidad de alternativas a la concesión existente.

4.3.4. *Las nuevas obras*

Ante de analizar el impacto de las nuevas obras en la estructura contractual resultante del acta acuerdo, queríamos citar algunas consideraciones vertidas en el Informe de la Subsecretaría de Puertos y Vías Navegables, de octubre de 2003, firmado por el entonces subsecretario ingeniero Juan José Chiappino. Bajo un acápite sugestivo (“...La pretensión de sobredraguar el río...”), Chiappino reflexiona sobre el problema del dragado óptimo del río. Comienza con una descripción de la dinámica del río Paraná:

“...Los dragados de apertura y mantenimiento de los canales de los ríos de la cuenca del Plata y del Paraná significan la remoción de millones de metros cúbicos de barros, que se descargan a distancias de no más de 3 a 4 millas náuticas de las áreas de donde son extraídos, volviendo a depositarse en el lecho una parte de los mismos. Ello importa la realización de un trabajo continuo y sin fin, cuya intensidad y tasa de esfuerzo—medido en costos dinerarios— depende de cuánto se quiera modificar y violentar la naturaleza...”.

“...Es de destacar además que el río Paraná de las Palmas, desde su inicio en el kilómetro 48 del canal Emilio Mitre hasta su unión con el río Paraná en el kilómetro 179, es decir una extensión de 130 kilómetros, es profundo, sinuoso y estrecho en varios tramos. Su navegación por buques de porte exige particular pericia y atención por parte de los prácticos que lo pilotean...”.

“...Es por ello que se ha regulado la navegación limitando las esloras de los buques que pueden navegarlo. La regulación actual dispone que la eslora máxima admisible es de 230 metros. La misma reglamentación dispone los lugares donde está permitido el cruce o adelantamiento diurno y nocturno de los buques según sus esloras respectivas, como así también las zonas autorizadas para espera, maniobra de los buques y lugares de fondeo. Todas ellas resultan actualmente insuficientes y dan lugar a maniobras de alto riesgo...”.

“...Otra de las características de esta vía acuática es su gran desarrollo en los últimos años por la instalación de nuevas terminales portuarias habiéndose intensificado el tráfico por tal motivo. Otras obras de infraestructura importantes en el río son el puente del Complejo Ferrovial Zárate-Brazo Largo y la Central Nuclear de Atucha...”.

“...Las zonas de maniobra —con los buques tipo “Panamax” que operan mayoritariamente (constituyen el 85 % de la flota mundial de bulk - carriers) y con los

calados con que bajan por el Paraná de las Palmas—han quedado reducidas en la actualidad a dos: el tramo entre el kilómetro 122 a 125 y la zona de Escobar entre el kilómetro 63 a 66. La maniobra en ambos es considerada riesgosa y muy ajustada por los prácticos...”.

“...En general resulta menester tener en cuenta que los márgenes de seguridad (léase esloras del buque, tipo de carga, etcétera) deben ser mayores cuanto mayores son los riesgos. En la navegación por el río Paraná de las Palmas debe considerarse el daño que puede producirse a terminales y obras de infraestructura, lo que en algunos casos podría tener consecuencias económicas de nivel nacional, aparte del impacto ambiental (como las colisiones frecuentes a los muelles de la empresa ESSO en Campana, del muelle de la Central Nuclear de Atucha y de un pilar principal del puente Zárate-Brazo Largo)...”.

Luego, analiza las alternativas de navegabilidad del río, haciendo hincapié en las consecuencias inciertas de aumentar su dragado:

“...Si como pretende el concesionario [...] se sobredragara el Paraná se deberá previa y exclusivamente desde el punto de vista técnico, y en forma ineludible, realizar minuciosos estudios técnicos y de impacto ambiental, los que deberían y tal como se hace habitualmente, ser discutidos en audiencia pública, y fuera del alcance de la actual renegociación del contrato, ya que no la integra actualmente...”.

“...Un punto interesante a tener en cuenta es el de la profundización óptima de los canales de navegación. En tal sentido es necesario hacer evaluaciones periódicas por parte del concedente, a fin de merituar los resultados a que se llegue, dragar más o no...”.

“...En general se debería considerar que existen muchas maneras de mejorar el transporte fluvial: se puede dragar, estabilizar el río, construir defensas, etc. El dragado y la estabilización fueron los métodos más usados, pero se deberían considerar otras alternativas tales como la operación de estaciones de transferencia en la desembocadura de las cuencas...”.

La posición de Chiappino se mantiene y aclara en la nota que remite a la UNIREN en diciembre de 2003:

“...Uno de los temas que nos interesan destacar es la posición de esta Subsecretaría referida al de la anunciada profundización de la vía navegable, aspiración que entendemos tiene la propia empresa concesionaria y un grupo de terminales exportadoras situadas sobre la margen derecha de la vía navegable.

“Este asunto, como decimos, objeto de algunos reclamos para su concreción, no integra el actual contrato de concesión, hoy en proceso de renego-

ciación, por lo que entendemos debería reverse la posición de la UNIREN de incluirlo en dicho proceso.

"El actual contrato sólo contempla la realización de estudios sobre la factibilidad de obtener condiciones que permitan la navegación con calados superiores a los actuales (32 y 22 pies). Los mismos tenían por objeto procurar al concedente elementos de juicio que le permitiesen sacar conclusiones sobre la viabilidad técnico-económica de una profundización.

"Tal como informáramos en la oportunidad anterior, el sobredragado de la vía navegable a 34, 36, 38 y hasta 40 pies como se pretende desde algunos sectores, puede acarrear consecuencias que, a la fecha, no se encuentran suficientemente ponderadas como para decidir ahora su concreción y autorizarlo, tales como la adecuación de los puertos ubicados sobre los ríos Paraná y de la Plata: vasos portuarios, canales de acceso, radas, zonas de maniobra, áreas de fondeo así como también taludes y obras de protección del canal y costas adyacentes, así como el mantenimiento de la vía navegable.

"Otro tema es el vinculado a la seguridad náutica, de relativa reciente aparición e impulsado por el concesionario tratando de superar el límite impuesto por la ordenanza marítima 4/2000 (230 metros de eslora, resulta vital, ya que de lo que se trata es del aumento de las esloras máximas permitidas. Estas no se rigen y por lo mismo no están impuestas en base a criterios comerciales...".

"...La problemática ambiental no debería ser dejada de lado en una definición de esta envergadura por el impacto al medio que involucraría. Se tienen más dudas que certezas acerca de las consecuencias de un sobredragado en el régimen hidráulico y de sedimentación, de prevención de inundaciones y de aceleramiento de procesos iniciados a partir del dragado comercial sobre los que no se tienen datos, sólo indicios. En este aspecto el río de la Plata y la llamada Franja Costera Sur podrían ser los grandes damnificados...".

En la misma nota, Chiappino asevera que las consecuencias económicas para al concesión de autorizar una profundización a 34 pies deberían ser cuidadosamente ponderadas:

"...Otro aspecto a considerar lo constituye el referido a la situación económica que quedaría planteada con una decisión favorable al sobredragado de la vía navegable. Se está en condiciones de afirmar que el calado de 34 pies –dos (2) más que el de contrato– está actualmente garantizado en la vía, ya que por una parte, el sistema que impone el pliego no es por metro cúbico dragado sino por profundidad garantizada. Al concesionario le resulta más conveniente dragar un poco más de lo necesario y así la vía se mantiene por más tiempo hasta el próximo repaso por la draga. Esto lo comprobamos diariamente en la Subsecretaría, a través de los informes sobre el trabajo de las dragas empleadas (3 para toda la extensión, y según la empresa concesionaria, probablemente sólo 2 a partir del año 2004). Sólo que con un calado a garantizar contractualmente de 32

y 22 pies (desde el canal Punta Indio hasta el kilómetro 460 del río Paraná, y desde éste hasta el kilómetro 584, respectivamente) el concesionario no puede cobrar dicho sobredragado de 34 pies más que hasta lo que contractualmente tiene permitido...".

"...Es decir que dándole al concesionario la posibilidad de facturar 34 pies de calado, le permitiría al mismo incrementar sensiblemente sus ingresos, con solo mínimos incrementos de costos...".

La posición de Chiappino y su informe fueron duramente criticados por Hidrovía en el expediente de la renegociación. Sin embargo, consideramos que su opinión como técnico debe ser rescatada, al menos, para advertir que las obras de profundización no deben ser tomadas a la ligera: deben ser evaluadas rigurosamente y abiertas a la discusión pública de sus pros y contras.

4.3.4.1. *La profundización a 36 y 28 pies*

La cláusula del acta acuerdo establece los pasos a seguir respecto de la continuación de la obra de profundización:

"...Cláusula: Profundización 36 y 28 pies.

"Al momento de la ratificación del acta acuerdo por parte del Poder Ejecutivo nacional, el concesionario deberá presentar el presupuesto de la obra de profundización a treinta y seis (36) pies hasta el puerto de San Martín y de veintiocho (28) pies hasta Santa Fe, procediéndose en caso de aprobarse el mismo a la adecuación del factor de corrección a las nuevas profundidades alcanzadas y a evaluar el impacto de la obra en la ecuación económico financiera del concesionario, en los términos previstos en el decreto 2.687 de fecha 27 de diciembre de 2002, el decreto 1.306 de fecha 22 de diciembre de 2003, el Acta Acuerdo de fecha 16 de febrero de 2005 y resolución 1.534 de fecha 29 de agosto de 2006 del Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios...".

Caben aquí nuestras consideraciones respecto de la ampliación a 34 y 25 pies (ver punto 3.3.3). Esta profundización implica una nueva redeterminación tarifaria, con impactos sustanciales en el PEF de la concesión.

4.3.4.2. *El dragado de accesos*

Respecto del dragado de los accesos a los puertos, la cláusula establece un mecanismo particular:

"...Cláusula. Dragado de accesos.

"Respecto de las solicitudes que efectúen ante la Subsecretaría de Puertos y Vías Navegables, los responsables de cada puerto referentes a tareas de dragado y balizamiento de sus accesos, las partes acuerdan la instrumentación, en el ámbito de la citada Subsecretaría, de un procedimiento que evalúe la viabilidad técnica y económica de dichas tareas y que asegure en todos los casos que el costo económico de las mismas para los usuarios sea inferior a los beneficios producidos.

El resultado de esa evaluación deberá ser remitido al Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios para su consideración y/o instrumentación, si procediere. En caso de resultar pertinente la participación de la concesionaria en dichas tareas, su realización se instrumentará por acuerdo separado del contrato objeto de renegociación...”.

Cabe aclarar que por resolución 1.198/06 del Ministerio de Planificación Federal, se autorizó a Hidrovía S.A. a modificar su estatuto social para permitirles realizar actividades de dragado y balizamiento fuera del área de la concesión (tramo Santa Fe-Océano), lo que le permitiría encarar el dragado de accesos por acuerdos separados.

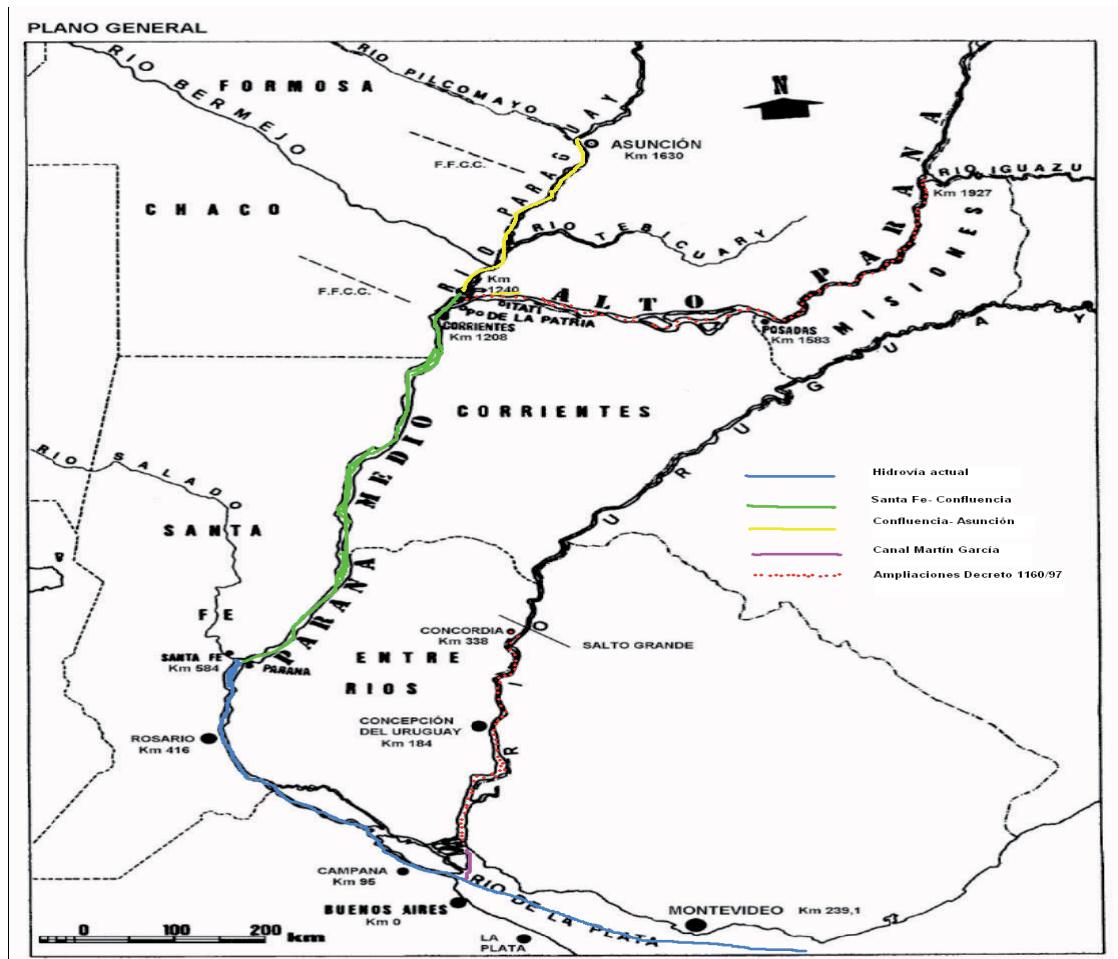
4.3.4.3. Extensión de la obra al tramo Santa Fe - Asunción

A través de la cláusula vigésimo primera del Acta Acuerdo el Estado nacional e Hidrovía acuerdan extender la obra de modernización, ampliación, operación y mantenimiento del sistema de señalización y tareas de redragado y mantenimiento de la vía navegable troncal, desde la zona comprendida al norte del puerto

de Santa Fe, entre el km 583 al km 1.619 por los ríos Paraná - Paraguay, en las condiciones que se establecen en el anexo III del acta acuerdo.

Las obras de ampliación serán realizadas en dos etapas, abarcando la primera de ellas la zona comprendida desde el km 584 del río Paraná, tramo exterior de acceso al puerto de Santa Fe, hasta la altura del km 1.238 del río Paraná, denominado Confluencia.

La cláusula también acuerda que, en el plazo de cinco (5) años a contar desde la entrada en vigencia del acta acuerdo de renegociación contractual, las partes acordarán la forma y condiciones de realización de la segunda etapa de la obra de ampliación. No queda claro en el texto de la cláusula si esto se refiere al tramo km 1.240 a 1.927 por el río Alto Paraná, o al tramo que va desde el km 0 del río Uruguay hasta el km 338,2 del mismo –Concordia– (conforme artículo 1º del decreto 1.106/97), o incluso a ambos trayectos. (Estos puntos geográficos figuran en el plano general del anexo III del acta acuerdo, que reproducimos a continuación).



A diferencia del decreto 1.106/97, que sólo daba instrucciones al Ministerio de Economía para suscribir los instrumentos necesarios para la ejecución de las obras de dragado y señalización (competencia que nunca se ejecutó en la práctica, porque dichos acuerdos nunca se firmaron), la cláusula del acta acuerdo proyecta para dentro de 5 años la realización de un acuerdo adicional, lo que podría habilitar reclamos de responsabilidad pre-contractual del Estado en caso de no cumplirse. Consideramos que esta cláusula es de una extrema gravedad, dada la antelación con la que genera obligaciones para el Estado (“obligación de acordar”).

La cláusula vigésimo primera también señala que los instrumentos que se encuentran en el anexo III (“Contrato de ampliación” y “Condiciones generales de las tareas de dragado y balizamiento secciones Santa Fe - Confluencia y Santa Fe - Asunción”), serán suscritos una vez que el acta acuerdo de renegociación contractual sea ratificada por el Poder Ejecutivo nacional, de conformidad con lo dispuesto por la ley 25.561 y el decreto 311/2003.

Antes de analizar la pertinencia de estos instrumentos, procederemos a describir sus principales cláusulas y obligaciones.

I) *El “Contrato de ampliación”*

Según el artículo 2º (Objeto) de este contrato “...el concedente concede al concesionario por el régimen de concesión de obra pública por peaje, previsto en la ley 17.520 y las modificaciones efectuadas por la ley 23.696, el proyecto, ejecución, modernización, ampliación, operación y mantenimiento del sistema de señalización y tareas de redragado y mantenimiento de la vía navegable troncal, comprendida desde el kilómetro 584 del río Paraná, tramo exterior de acceso al puerto de Santa Fe hasta la altura del km 1.238 del río Paraná denominado Confluencia.”

Como vemos, se trata de un nuevo contrato, porque aunque existe una identidad de sujetos contratantes con el contrato de Hidrovía, el objeto es completamente distinto (“...el proyecto, ejecución, modernización, ampliación, operación y mantenimiento del sistema de señalización y tareas de redragado y mantenimiento de la vía navegable troncal desde Santa Fe hasta Confluencia...”). Nótese también que el concedente “concede” un nuevo contrato (que en adelante, llamaremos “Contrato Santa Fe - Confluencia”).

Consideramos que aunque su introducción haga referencia a la celebración de la ampliación del contrato de concesión de obra pública por peaje para la modernización, ampliación, operación y mantenimiento del sistema de señalización y tareas de redragado y mantenimiento de la vía navegable troncal, comprendida entre el kilómetro 584 del río Paraná, tramo exterior de acceso al puerto de Santa Fe y las zonas de aguas profundas naturales en el río de la Plata exterior hasta la altura del kilómetro 239,1 del canal Punta Indio por el canal Ingeniero Emilio Mitre (en adelante, “Con-

trato de Hidrovía”), esta ampliación no se justifica ni fundamenta en las cláusulas del “Contrato Santa Fe - Confluencia”, las que establecen un objeto disímil y sólo se limitan a establecer alguna conexidad supletoria a través de remisiones al “Pliego de licitación y al contrato de Hidrovía”.

Esta disimilitud se acentúa con el artículo 4º (“Disposiciones relativas a la operación y prestación de servicios”) que establece que el concesionario operará en la vía navegable concesionada con sujeción a lo establecido en el anexo “Condiciones generales”, como así también a las órdenes de servicio que emanen del órgano de control, o quien ejerza las funciones del mismo, y a la legislación aplicable; y en el artículo 5º (“Obligaciones y derechos del concesionario”), que prevé que “...las obligaciones y derechos del concesionario son todas las establecidas en el presente instrumento y en el anexo ‘Condiciones generales’ ...”. El principio es la aplicación de las Condiciones generales, no del “pliego” o del “contrato de Hidrovía”, que según la cláusula quinta es de aplicación supletoria:

“...Para los aspectos que no se encuentren previstos o contemplados en los documentos señalados, resultarán de aplicación las disposiciones establecidas en el pliego, en el contrato de concesión de fecha 21 de febrero de 1995, y en el acta acuerdo de renegociación contractual...”.

Cabe señalar que las “Condiciones generales”, se aplican tanto para la sección Santa Fe - Confluencia como para la sección Confluencia - Asunción. El “Contrato Santa Fe - Confluencia” es de objeto más restringido que las “Condiciones generales”, por lo que el artículo 5º debe ajustar las obligaciones y derechos del concesionario a las obras de esa etapa. De más está decir que la etapa Confluencia - Asunción requerirá a su vez de su propio “Contrato de ampliación”, el cual no está previsto en la presente renegociación.

El artículo 11 regula las tarifas de esta nueva concesión. Establece en forma transitoria que para los próximos tres (3) años el valor de la tarifa será cero (0), debiendo el concedente abonar al concesionario, para la realización de la obra, el subsidio establecido en el punto 3º, del capítulo III del anexo “Condiciones generales”.

Se establece de esta manera una relación entre subsidio y tarifa de peaje que permite entrever que el objetivo del contrato es que el subsidio no se considere destinado a financiar la obra, sino a reducir la tarifa. Al respecto, recuérdese la reinterpretación del acta acuerdo de 1997 acerca del carácter indemnizatorio del subsidio, según analizamos en el punto 3.2. Sin embargo, éste no parece ser el carácter económico real de la concesión, en la que el subsidio efectivamente financia la obra de apertura.

Téngase en cuenta además, que según los cronogramas de obra, la apertura involucra 18 meses, por lo que durante este período el peaje cero será sólo para el mayor tráfico que pueda hacer uso de la obra de pro-

fundización en las subsecciones en las que la apertura se haya concluido. Sólo en los 18 meses restantes será efectivo en toda la vía ampliada.

Cabe señalar también que el peaje será cero en toda la vía navegable ampliada, pero Hidrovía seguirá cobrando peaje en el tramo Santa Fe- Océano, por lo que el mayor tránsito esperado pagará la tarifa al usar esta parte del canal (por ejemplo, la “soja guaraní” que se procesaría como aceite en la zona de Rosario).

Luego de tres años, el artículo 11 prevé que “...si la autoridad de aplicación, luego de realizar los estudios pertinentes, determinara la factibilidad y conveniencia de solventar parte o el total del costo de la obra objeto del presente contrato, mediante el cobro de tarifa a los usuarios, se le asignará un valor a esta última...”.

Queda abierta entonces una nueva readecuación tarifaria que entendemos modificará sustancialmente la ecuación económico financiera de la concesión.

Esta tarifa de peaje se sujetará al régimen de redeterminación de tarifas del acta acuerdo. Así, el artículo 11 establece que “...los valores tarifarios y precios vigentes en cada momento sólo podrán ser modificados por el Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios en las circunstancias y formas establecidas en la cláusula octava (nota: léase novena, ya que existe un error de remisión) del acta acuerdo de renegociación contractual...”.

Finalmente, cabe añadir al tema tarifario que la mora en el pago del subsidio acarrea consecuencias onerosas para el Estado nacional, ya que el artículo 12 señala que “...la mora en el pago del subsidio [...] resultará de lo establecido en el Código Civil, debiendo aplicarse intereses compensatorios, cuya tasa será la que fije el Banco de la Nación Argentina para el descuento de certificados de obra en operaciones a treinta (30) días...”.

El artículo 14 del contrato regula la garantía por la realización de la obra. Según este artículo, el concesionario entrega como garantía de cumplimiento del contrato correspondiente a la ejecución del primer tramo de la ampliación la suma de pesos argentinos equivalentes a dólares estadounidenses tres millones setecientos cincuenta mil (u\$s 3.750.000.). Esta garantía será devuelta al concesionario de la siguiente forma:

1) El sesenta por ciento (60 %) al finalizar la etapa 1 de la obra correspondiente al primer tramo de ampliación y deducidas las indemnizaciones por daños y perjuicios, multas o cualquier otra deuda a cuyo pago se encuentre obligado el concesionario.

2) El cuarenta por ciento (40 %) restante al finalizar la concesión deducidos los importes por los conceptos referidos en el inciso anterior cuando corresponda.

Cabe señalar que esta garantía es sensiblemente superior a la garantía de cumplimiento del “contrato de Hidrovía”. El siguiente cuadro analiza la relación porcentual entre la garantía de ese contrato y los distintos flujos (ingresos y egresos) que reflejan los costos de apertura de la vía navegable (tomados del PEF de la renegociación):

Así, si consideramos que el ingreso total por subsidio para los 36 meses de la obra alcanza los u\$s 112.500.000 y consideramos este aporte como una aproximación al costo de la obra; y luego aplicamos el mínimo porcentaje (12 %, sobre egresos totales) en que la garantía guardaba relación con los flujos de la obra original de Hidrovía; el resultado nos da que una garantía similar debería rondar en los u\$s 13.500.000. Si tomamos la relación garantía / aportes del Estado (33 %), la garantía del “contrato Santa Fe - Confluencia” debería elevarse a u\$s 37.125.000.

Cuadro IX
Relación garantía con flujos de apertura 95-97
(etapas 0 a 2)

	Flujo considerado	Garantía en relación al flujo considerado (%)
Egresos operativos	163.104	18,39
Inversiones	72.915	41,14
Impuestos	12.832	
Egresos totales	248.851	12,06
Aportes del Estado	90.847	33,02

Un último artículo a considerar es el artículo 9º, que trata de la responsabilidad civil, el cual en su segundo párrafo establece que el concesionario:

“...Tampoco es responsable de las consecuencias que pudieran resultar de la correcta ejecución del proyecto que se encuentra expresado en el pliego y en el anexo “Condiciones generales”, la disposición y ubicación del material resultante del dragado y de cualquier daño que se produzca como consecuencia del fiel cumplimiento por el concesionario de las obras de trabajos comprometidos por éste bajo el presente contrato o de las consecuencias o daños ambientales que resulten del proyecto mismo, siempre y cuando el concesionario dé cabal cumplimiento con el proyecto definitivo.

El concesionario será responsable de los daños y perjuicios producidos como efecto del cumplimiento defectuoso de los trabajos comprometidos...”.

Lo que este artículo nos dice es que una vez aprobado el proyecto ejecutivo, el concesionario se libra de cualquier responsabilidad en su ejecución (siempre que sea correcta), incluidas las responsabilidades ambientales y por disposición y ubicación de materiales de dragado. El desequilibrio entre las responsabilidades asumidas por el Estado y las asumidas por el concesionario es gigantesco, sobre todo si se tienen en cuenta los daños ambientales que la obra podría acarrear (téngase presente lo observado por el ingeniero Chiappino, citado en el punto 4.3.4).

Consideramos que, a fin de que este artículo no resulte en un perjuicio para el Estado, es menester la inmediata puesta en funcionamiento del órgano de control independiente, a fin de garantizar el cumplimiento estricto de las obligaciones por parte del concesionario.

Pero además, consideramos urgente la participación de la autoridad ambiental nacional y de las autoridades provinciales en la materia, en la evaluación del impacto ambiental del proyecto sobre la cuenca del río Paraná, a los efectos de evitar daños ambientales futuros.

II) Las “condiciones generales de las tareas de dragado y balizamiento, secciones Santa Fe - Confluencia y Confluencia - Asunción”

Las “condiciones generales” describen la obra completa de ampliación, y son válidas para el “contrato Santa Fe - Confluencia” como para la etapa “Confluencia - Asunción”. Establecen obligaciones detalladas sobre los siguientes puntos:

– Capítulo I

Plazos, etapas y condiciones generales.

– Capítulo II

Proyecto ejecutivo, planes de trabajo, programación de las tareas y trabajos en aguas de jurisdicción compartida.

– Capítulo III

Aportes del concedente

– Capítulo IV

Medios a proveer al órgano de control para uno no exclusivo.

– Capítulo V

Peaje.

– Capítulo VI

Especificaciones técnicas de dragado.

- Capítulo VII

Especificaciones técnicas de señalización.

– Capítulo VIII

Especificaciones particulares para el desarrollo del estudio de impacto ambiental.

Según la introducción de las “condiciones generales”, los trabajos a realizar comprenden el dragado para la adecuación de profundidades y anchos, la señalización y el mantenimiento de la vía de navegación fluvial desde: el tramo exterior del canal de acceso al puerto de Santa Fe (km 584 del río Paraná) hasta la Confluencia de los ríos Paraná y Paraguay (a.m. 1.238) denominada sección A; el río Paraguay desde su confluencia con el río Paraná (km 1.238) hasta Asunción (a.m. 1.630) denominada sección B.

Cabe aclarar que en esta sección B los trabajos se realizarán en aguas binacionales del río Paraguay, lo que requerirá de un acuerdo internacional entre la República del Paraguay y la República Argentina a los efectos de poder extender hasta allí las tareas de dragado y balizamiento, y determinar el financiamiento de la obra.

Al respecto, el punto 2 del capítulo II señala que “...el concedente se obliga a gestionar ante las autoridades nacionales o extranjeras que pudieran resultar competentes toda autorización, aprobación, permiso o acto administrativo que resulte necesario para que el concesionario pueda iniciar, continuar o finalizar las tareas comprometidas. El concesionario no será responsable por las demoras que se produzcan como consecuencia de la falta de obtención en tiempo oportuno de la autorización, aprobación, permiso o acto administrativo necesario para iniciar, continuar o finalizar las tareas comprometidas...”.

Otro punto que consideramos merece particular análisis es el referido a los “Aportes del concedente” (capítulo III). Las “condiciones generales” regulan el subsidio y otros aportes (personal y bases de operaciones):

1) Personal:

El concedente transferirá al concesionario ciento ochenta (180) personas pertenecientes al plantel del personal embarcado de la Dirección Nacional de Vías Navegables. Dicha transferencia deberá ser efectivizada dentro de los ciento veinte (120) días corridos a contar desde la fecha de la firma del acta de iniciación de las tareas.

El “contrato Santa Fe - Confluencia” limita esta obligación a 90 personas para esta primera etapa.

2) *Bases de operaciones:*

Dentro de los ciento veinte (120) días corridos a partir de la firma del acta de iniciación de las tareas, el concesionario recibirá de parte del concedente en concepto de usufructo como base de operaciones los siguientes distritos y delegaciones:

<i>Distrito / Delegación</i>
Distrito Paraná Medio
Delegación Goya
Distrito Paraná Superior
Distrito Río de la Plata
Delegación Formosa

Cabe considerar que esta última base está exceptuada de transferencia al concesionario de acuerdo al artículo 5º, inciso d) del anexo III, “contrato de Santa Fe - Confluencia”.

La Dirección Nacional de Vías Navegables en conjunto con el concesionario determinará el área a otorgar, en usufructo, en estos distritos.

El concesionario tiene la guarda y responsabilidad de todos los bienes que se encuentren en los sectores de los distritos y delegaciones, que hayan sido otorgados en virtud de lo considerado en el presente punto. La entrega se realizará previo inventario de bienes.

Cabe agregar que conforme con el artículo 9º del “contrato de Santa Fe - Confluencia”, el “...concesionario no será responsable por los daños que fueron consecuencia de o tuvieran relación con vicios ocultos de los bienes afectados a la concesión entregados por el concedente, salvo en el supuesto de un cumplimiento defectuoso de los trabajos comprometidos por el concesionario en el presente contrato...”.

3) *Subsidio:*

El concedente efectuará un aporte mensual en pesos argentinos equivalentes a dólares estadounidenses tres millones ciento veinticinco mil (u\$s 3.125.000) cotizados al tipo de cambio comprador publicado por el Banco de La Nación Argentina, en concepto de subsidio para el pago de las tareas correspondientes a la sección A.

Con posterioridad se establecerá el aporte correspondiente a efectos de llevar a cabo las tareas previstas para la sección B. El concesionario deberá indicar en su propuesta el monto de subsidio solicitado, el que no podrá superar el monto del “contrato de Santa Fe - Confluencia”.

Sin embargo, el precio de este subsidio podrá ser reajustado, ya que el punto 4 del capítulo III de las “condiciones generales” establece que “...se utilizará la misma fórmula de actualización de costos que en el contrato Santa Fe - Océano...”.

El pago del subsidio deberá realizarse al vencimiento de cada mes calendario, contado el primero de ellos desde el vencimiento del mes en curso al momento

de la firma de la ampliación. El concedente depositará los montos establecidos previa retención establecida en el artículo 18 del pliego de bases y condiciones del contrato de concesión (2 % del monto del subsidio para el órgano de control), dentro de los treinta (30) días corridos, posteriores a cada uno de los vencimientos establecidos anteriormente, en una cuenta que el concesionario abrirá a tal efecto en el Banco de la Nación Argentina.

Finalmente, comentaremos las regulaciones del capítulo V de las “condiciones generales” referido al peaje. En este punto se establece que “a los efectos del análisis de la aplicación, de una tarifa en carácter de peaje por la utilización de la vía navegable, se ha subdividido la misma en tres (3) subsecciones...” Dichas subsecciones son:

- Subsección II.2: Santa Fe (km 584) - Esquina (km 853).
- Subsección II.3: Esquina (km 853) - Confluencia (km 1.238).
- Subsección II.4: confluencia (km 1.238) - Asunción (km 1.630).

Se considera para estas subsecciones la aplicación de una tarifa de peaje cero. Transcurrido el plazo de tres años desde el acta de iniciación de las tareas y siempre que el resultado de los estudios pertinentes aconsejara que mediante el cobro de tarifa a los usuarios se permitiera solventar el costo de las tareas del contrato, se le asignará el valor correspondiente a la tarifa de peaje.

Sin embargo, a continuación se señala “...este criterio podrá ser modificado en las zonas de aguas de jurisdicción compartida con la República del Paraguay, solamente por acuerdo entre ambos Estados, mientras que en la sección de jurisdicción exclusiva de la República Argentina, podrá hacerlo ésta a su solo arbitrio...”.

Esta cláusula es al menos confusa, y merece algunos comentarios:

- 1) No queda claro si el criterio que puede ser modificado es el de “peaje cero” o “el valor correspondiente a la tarifa de peaje”.
- 2) No queda claro si la República Argentina puede modificar el criterio de “peaje cero” a su solo arbitrio, aun antes de transcurridos los tres años. En tal caso se aumentaría el beneficio del concesionario de manera excesiva, sumando al aporte de concedente la posibilidad de cobrar peaje.
- 3) Si el criterio a ser modificado es la tarifa de peaje, se afecta la flexibilidad de la tarifa si se sujeta su modificación a un acuerdo internacional.

Realizadas las consideraciones vertidas sobre las cláusulas y obligaciones resultantes del “contrato de ampliación” y de las “condiciones generales”, debemos ahora analizar la pertinencia de esta ampliación.

¿Había alguna norma habilitante del marco regulatorio o del contrato que autorizara la ampliación?

Ni en el pliego ni en el contrato ni en las renegociaciones posteriores se acordó realizar la ampliación desde Santa Fe a Asunción. Como antecedente, sólo figura el decreto 1.106/97, que autoriza al Ministerio de Economía a suscribir los instrumentos para ampliar la Hidrovía. Esta norma no genera obligaciones con la concesionaria, ya que se trata de una norma de competencia.

Sin embargo, es interesante el artículo 2º del decreto:

“...Artículo 2º: La metodología a emplearse para la instrumentación del artículo 1º, será por ampliación de contrato, por un monto máximo del veinte por ciento (20 %) y en los términos de las leyes 13.064 y 17.520 modificada por su similar 23.696, con la empresa concesionaria del tramo Santa Fe - océano...”.

¿Está habilitada la administración para prorrogar un contrato de concesión de obra pública en un 20 %?

En primer lugar debemos señalar que la escueta ley 17.520 nada dice al respecto. Por ello es necesaria una aplicación supletoria de la ley 13.064 (ley de obra pública). Al respecto esta ley señala:

“...Artículo 30: Las alteraciones del proyecto que produzcan aumentos o reducciones de costos o trabajos contratados, serán obligatorias para el contratista, abonándose, en el primer caso, el importe del aumento, sin que tenga derecho en el segundo a reclamar ninguna indemnización por los beneficios que hubiera dejado de percibir por la parte reducida, suprimida o modificada. Si el contratista justificase haber acopiado o contratado materiales o equipos para las obras reducidas o suprimidas, se hará un justiprecio del perjuicio que haya sufrido por dicha causa, el que le será certificado y abonado.

La obligación por parte del contratista, de aceptar las modificaciones a que se refiere el presente artículo, queda limitada de acuerdo con lo que establece el artículo 53...”.

“...Artículo 37: El contratista no podrá, bajo pretexto de error u omisión de su parte, reclamar aumento de los precios fijados en el contrato.

“Las equivocaciones del presupuesto, en cuanto a extensión o valor de las obras, se corregirán en cualquier tiempo hasta la terminación del contrato.

“En estos casos el contratista tendrá el derecho que le acuerden los artículos 38 y 53:

”Artículo 38: Si en el contrato de obras públicas celebrado, la administración hubiera fijado precios unitarios y las modificaciones o errores a que se refieren los artículos 30 y 37 importasen en algún ítem un aumento o disminución superiores a un 20 % del importe del mismo, la administración o el contratista tendrá derecho que se fije un nuevo precio unitario de común acuerdo. En caso de disminución, el nuevo precio se aplicará a la totalidad del trabajo a realizar en

el ítem, pero si se trata de aumentos, sólo se aplicará a la cantidad de trabajo que excede de la que para este ítem figura en el presupuesto oficial de la obra. Si no se lograra acuerdo entre los contratantes la administración podrá disponer que los trabajos del ítem disminuido o los excedentes del que se ha aumentado, se lleven a cabo directamente o por nuevo contrato, sin derecho a reclamación alguna por parte del contratista.

“La supresión total de un ítem, sólo dará al contratista el derecho que le confiere el artículo 53...”.

“...Artículo 53: El contratista tendrá derecho a rescindir el contrato, en los siguientes casos:

”a) Cuando las modificaciones mencionadas en el artículo 30 o los errores a que se refiere el artículo 37 alteren el valor total de las obras contratadas, en un 20 % en más o en menos...”.

En conclusión, se podrá alterar el proyecto de la misma obra, en un 20 % de su valor sin ajuste, en más de un 20 % si el ajuste recae sobre un ítem específico con reajuste del precio unitario. Sin embargo, nótese que la normativa circunscribe la ampliación del contrato a la misma obra o proyecto, no siendo por lo tanto directamente aplicable al “Contrato de ampliación”.

En un sentido similar, el artículo 12 a) del decreto 1.023/01 de contrataciones del Estado nacional, es más claro al respecto:

“...*Facultades y obligaciones de la autoridad administrativa.* La autoridad administrativa tendrá las facultades y obligaciones establecidas en este régimen, sin perjuicio de las que estuvieren previstas en la legislación específica, en sus reglamentos, en los pliegos de bases y condiciones, o en la restante documentación contractual.

”Especialmente tendrá: [...]”

b) La facultad de aumentar o disminuir hasta un veinte por ciento (20 %) el monto total del contrato, en las condiciones y precios pactados y con la adecuación de los plazos respectivos...”.

Entendiendo entonces que es facultad de la administración aumentar hasta un 20 % el monto del contrato, debemos hacer las siguientes consideraciones:

1) Se requiere una unicidad del contrato, cosa que no queda claro en el objeto y las obligaciones del “contrato de ampliación”.

2) El aumento permitido es un 20 % del valor total del contrato. Sin embargo, hay que considerar previamente dentro de este 20 % la ampliación de 1997 y la profundización iniciada en 2005.

3) Ni se fundamentó la ampliación en este plexo normativo, ni existió ningún informe previo (ni de la UNIREN, ni del Ministerio de Planificación) que analice que el importe involucrado en la ampliación se encontraba dentro del límite del 20 % del contrato.

4) La cantidad de kilómetros que se amplía la obra difícilmente implique un aumento del valor del contrato menor al 20 %. Son 654 km adicionales en el tramo Santa Fe - Confluencia y otros 392 km en el tramo

Confluencia - Asunción. Más de 1.000 km, contra los 700 km que tiene la actual concesión.

Consideramos que el “contrato de ampliación” debió licitarse de manera independiente al “contrato de Hidrovía”. Esto hubiera permitido una competencia (a la que podría haberse presentado Hidrovía S.A.) que hubiera habilitado a otros oferentes a proponer tarifas alternativas a la aquí contratada de forma directa (y que se haya influida además por la TIR de la concesión original).

La ampliación del contrato de concesión a todo lo largo del río Paraná no sólo violenta el esquema normativo del Estado argentino, otorgando una ampliación contractual que más que duplica el área de concesión.

Crea además un monopolio indebido, que no estimula la competencia y que tampoco genera incentivos para una asignación eficiente de los recursos del concesionario y del Estado nacional.

4.3.5. *El PEF de la concesión y la TIR*

La cláusula cuarta del acta acuerdo, reformulada por la adenda modificatoria del 21 de abril de 2009, señala que

“...El concesionario acepta la reducción temporaria de la tasa interna de retorno hasta tanto la evolución del tráfico y/o las modificaciones tarifarias posibiliten la restitución de la misma a los niveles previstos en la oferta original, en todos los casos calculada en pesos constantes del trimestre mayo - julio de 1995, renunciando en consecuencia a la percepción de la tasa interna de retorno calculada en dólares estadounidenses, tal como se encontraba fijada en el plan económico - financiero del contrato original, modificado por acta acuerdo de reformulación del 3 de octubre de 1997.

Se deja constancia de que el cálculo de la tasa interna de retorno del nuevo plan económico - financiero se vincula con el análisis de la rentabilidad del proyecto, considerando los ingresos efectivamente producidos, los egresos previstos y el tratamiento tributario expresado en el anexo I de la presente, en particular el impuesto al valor agregado y el impuesto a las ganancias. Sin perjuicio de este análisis, la autoridad de aplicación realizará evaluaciones adicionales basadas en la compulsa del Estado de ejecución del plan económico - financiero, cuya presentación trimestral es exigida por el pliego de bases y condiciones en el artículo 10.15...”.

La tasa interna de retorno que figura en la planilla anexa correspondiente es del 10,22 %. El acta acuerdo original preveía una TIR de 15,42 %, que luego fue modificada por el recálculo del IVA resultante de la aplicación de la ley 26.453.

La UNIREN ha destacado la importancia de la TIR en el análisis de la evolución contractual, y sus implicancias para este caso concreto. En su informe técnico de octubre de 2005 señala:

“...El concepto de riesgo tiene en la técnica financiera, como contrapartida, el nivel de rentabilidad, la que en este caso, [...] se encuentra expresada por la TIR que resulta del PEF de la concesión. Así es que el nivel de riesgo que el concesionario está dispuesto a enfrentar se ve reflejado en el nivel tarifario ofertado; el nivel de rentabilidad (contractual) requerido al momento de presentar su oferta, todo lo cual encuentra sustento en el PEF de la concesión (al mismo tiempo respaldatorio de la tarifa ofrecida al momento del proceso licitatorio); y el nivel de costo de capital al cual accede el concesionario...”.

“...Las distintas clases de riesgos han sido previstos en el marco normativo particular de esta concesión. El nivel de riesgo que el concesionario ha estado dispuesto a afrontar se ha visto reflejado tanto en el nivel de tarifas propuesto el momento de su oferta como en el nivel de rentabilidad económica contractual propuesta y luego aceptada por el concedente. Cabe destacar que en este caso, el nivel de rentabilidad contractual excede el nivel de la tasa de descuento, 12 %, utilizada para descontar el flujo de fondos del proyecto, entiéndense que ese nivel representaría una rentabilidad adecuada para actividades económicas subsidiadas, como la constituye esta concesión, pudiéndose interpretar que el Estado nacional aceptó entregar una concesión con una rentabilidad mayor, 19,38 %, sólo porque se consideró a este proyecto como uno con alto riesgo por ejemplo de tipo operativo.

“Por último, la UNIREN concuerda con lo indicado por la empresa en relación con que la ecuación económica no puede ser utilizada, como lo indica la normativa particular, para castigar ni beneficiar al concesionario. Pero la UNIREN también asevera que la ecuación económica contractual tampoco puede ser utilizada para subsanar errores de oferta, o bien, compensar ofertas que pudieran considerarse agresivas, al diseñarse por ejemplo con tráficos teóricos que luego difieren sustancialmente respecto de la realidad...”.

Ahora bien: ¿Cómo evolucionó la TIR en la ejecución del contrato de Hidrovía?

En el informe de justificación de la carta de entendimiento de 2004, la UNIREN realizó un concienzudo análisis de la TIR contractual. Para ello, rediseñó el PEF original de la concesión con una visión regulatoria, que la hacía apartarse de los cálculos trimestrales de la concesionaria respecto de la TIR contractual. Con buen criterio, el informe de la UNIREN consideró los tráficos reales, que como vimos en el punto 4.3.2.1 se apartaban sustancialmente de los estimados contractualmente.

El análisis comenzó por tratar de entender qué elementos habían afectado el desempeño económico de la concesión hasta el momento. Para ello, dividió el PEF rediseñado en dos períodos: el primero, de 1995 a enero de 2002, el segundo, de febrero de 2002 a diciembre de 2003, luego de la emergencia. El primer período a la vez se subdividió en 3 subperíodos:

"...a) Desde mayo de 1995 a enero de 1997:

"Es el período de arranque de la concesión original. No estaba completamente desarrollada la metodología de análisis y seguimiento del contrato, por lo tanto no se produjo ninguna modificación a los valores originales de costos de explotación y de inversiones. Tampoco se incorporó durante este período el tráfico real de la vía navegable, para posibilitar el control de los ingresos de la concesión;

"b) Desde febrero de 1997 a septiembre de 1998:

"En febrero de 1997 se procede a la primera actualización de costos por medio de índices, según lo establecido en el acta acuerdo de 1997. Esta actualización de costos de explotación y de inversión, generó a partir de enero de 1998 un incremento tarifario. De esta forma la tarifa de referencia de u\$s 0,97 por TRN equivalente pasó a u\$s 1,222 por TRN equivalente;

"c) Desde octubre de 1998 a enero de 2002:

"Durante el mes de octubre de 1998 se procede a redeterminar costos, ya que el Estado detectó una baja en los índices de precios utilizados para medir los costos de explotación y de inversiones. Esta determinación generó una disminución de la tarifa de referencia que pasó de los u\$s 1.222 a u\$s 1,136 por TRN equivalente. Esta situación se mantuvo hasta enero de 2002...".

En todos estos sub períodos analizados, la UNIREN encontró que si bien se había utilizado la metodología acordada para la readecuación tarifaria, ésta sólo hacía referencia a la evolución de los precios de los insumos utilizados y no hacia mención a los ingresos de la concesión que, relacionados con el tráfico real de la vía navegable, habían sido mayores a los previstos en la oferta original.

La UNIREN observó entonces que, para este primer período, al incorporar al PEF el tráfico real se generaron mayores ingresos que los previstos al momento de la licitación. Por lo tanto, la rentabilidad de la concesión fue mayor que la esperada. De esta forma, en el año 7 de concesión la rentabilidad medida como tasa interna de retorno (TIR) se ubicó en el 19 %, cuando la esperada era del 5 %.

Para el período febrero 2002-diciembre 2003, la UNIREN consideró los cambios ocurridos como consecuencia de la ley 25.561. Incorporó en el análisis la suba de la tarifa desde u\$s 1,136 a u\$s 1,65 para los tráficos internacionales (como mecanismo de compensación por los aportes estatales) y el efecto del nuevo tipo de cambio en los ingresos y en los costos, expresando el flujo neto de fondos en términos reales (es decir, reconoció el menor poder adquisitivo de la moneda argentina) y determinando los mayores costos en los que incurría la empresa mediante la aplicación de índices de diciembre de 2002 y diciembre de 2003.

Para este período, la rentabilidad de la concesión, considerando el tráfico real de la vía navegable, alcanzó al año 9 de la concesión, una TIR de 22,08 %, cuando la rentabilidad esperada alcanzaba el 11 %.

A continuación, la UNIREN procedió a analizar la rentabilidad de la concesión como un proyecto integral con 73 trimestres de duración, es decir 18 años, considerando tanto los períodos transcurridos como los futuros. Los costos de explotación y de inversiones previstos fueron actualizados según los últimos índices de precios obtenidos a diciembre 2003. El tipo de cambio utilizado fue el del último trimestre de 2003, al igual que el índice de precios al por mayor (IPIM), índice utilizado para reflejar la pérdida del valor adquisitivo de la moneda, que corresponde al último trimestre de 2003.

Con esta información, la UNIREN estableció que la concesión registraba para los 73 trimestres una rentabilidad medida por medio de la tasa interna de retorno (TIR) de 26,55 %, cuando la TIR contractual, que en el marco de la ley 17.520 opera como rentabilidad tope, era de 19,38 %. Sobre esta base, la UNIREN calculó que, a partir de febrero de 2005, la tarifa que equilibraría nuevamente la rentabilidad contractual, resultaba de u\$s 1,136, un valor inferior a los u\$s 1,65 entonces vigentes.

De esta manera, la UNIREN concluía el análisis realizado en su informe de justificación de 2004:

"...En tal escenario, la propuesta de la UNIREN se centra, además de convertir la rentabilidad del concesionario a pesos constantes del trimestre mayo-julio de 1995, en mantener inalterada la ecuación económico financiera contractual. En tal sentido, se entiende procedente mantener inalterada la tarifa vigente al usuario pero al mismo tiempo capturar el beneficio financiero ya señalado a favor del concesionario. El reequilibrio de la ecuación económica financiera se lograría entonces a través de los siguientes instrumentos: (i) la eliminación de los aportes financieros comprometidos por el Estado nacional hasta el final de la concesión, (ii) la asunción por parte del concesionario, a su exclusivo cargo, de las obligaciones que resultan del decreto 1.306/2003. (nota: ampliación a 34 y 25 pies); y, (iii) la renuncia por parte del concesionario a cualquier acción que pudiera corresponderle, contra el Estado nacional respecto de la deuda por todo concepto por falta de pago de aportes financieros.

Adicionalmente, la UNIREN propone, de acuerdo a lo dictado por la ley de emergencia económica (25.561) la sustitución de los índices extranjeros previstos, para el ajuste de la estructura de costos de explotación de la concesión, por la incorporación de la variación de los precios locales. Complementariamente se sugiere proseguir con la metodología expuesta para el análisis de la ecuación económico financiera contractual a través de la implementación de revisiones ordinarias anuales, a cargo del órgano de control de la concesión, previéndose así mismo un mecanismo para casos extraordinarios..." (informe de justificación 2004, punto V.4).

La AGN, en su informe 113/07, también analizó la rentabilidad de la concesión, haciendo hincapié

en el impacto de las modificaciones tarifarias del período 2002-2006. Para ello tomó como base el modelo regulatorio proporcionado por la UNIREN y analizó la ejecución hasta el 2004, realizando cortes e incorporando luego la ejecución del 2005 (con los volúmenes reales y tarifas vigentes) para proyectar distintos escenarios de tarifas y tráficos. El objetivo era realizar simulaciones vinculadas con las condiciones de neutralidad y equilibrio que exigía el marco normativo de la concesión.

Los resultados de este análisis fueron volcados en el siguiente cuadro:

Cuadro X		
<i>Análisis AGN rentabilidad concesión de Hidrovía (2002-2006)</i>		
<i>Año</i>	<i>TIR</i>	<i>VAN (19,38 %)</i>
2002	20,24 %	\$ 1.559.442
2003	22,08 %	\$ 5.172.395
2004	23,58 %	\$ 8.727.986
2005 *	22,42 %	\$ 5.877.130
2005-2006 (1 ^{er} semestre)	23,15 %	\$ 7.774.418
2006	23,81 %	\$ 9.671.706

* Aclaraciones: se ha supuesto un valor de inversión u\$s 40 millones (\$ 120 millones) en profundización, en el año 2005. En 2005/06 se tomó el tráfico ejecutado en 2005 y se proyectó 2006 con igual tráfico que 2005 (es decir, situación al momento de decidir el incremento, decreto 1.534/06).

TIR superior (22,08 %) y un VAN descontado a la tasa del 19,38 % de \$ 5.172.395. Con este mismo esquema, la TIR y el VAN siguen aumentando en el 2004.

"De lo expuesto puede barruntarse que en términos de mantener la neutralidad y equilibrio de la ecuación económico financiera de la concesión, tales aumentos eran innecesarios...".

En segundo lugar analizó la TIR de la concesión que surge de la actualización del tráfico en el 2005. En este caso, la AGN estimó que si se consideraba el tráfico real de 2005 de 46 millones de TRN equivalente (en lugar de los 40,1 estimados por UNIREN) y se suponía que dicho tráfico se mantenía hasta el fin de la concesión, con ingresos calculados a la tarifa de \$/u\$s 1,136 se alcanza una TIR de 22,97 %. A la tarifa de \$/u\$s 1,65, la TIR ascendía a 28,53 %.

Entonces: ¿Cómo pasamos por una TIR estimada por la UNIREN en 2004 de 26,55 % a una TIR de 15,42 % en el acta acuerdo de 2009?

La respuesta está dada por la incorporación de la obra de profundización a 34 y 28 pies iniciada en el año 2005. Como vimos, ésta es una obligación habilitada por el Poder Ejecutivo a través del decreto 1.306/03, que modificó sustancialmente el contrato original.

Cuando ya estaban autorizadas e iniciadas las obras de profundización, la concesionaria presentó el documento "Presupuesto de la profundización A 34/25 pies", a partir del cual solicitó un aumento de setenta

Así, en un primer análisis, la AGN reprodujo la situación de la concesión al decidir la pertinencia de cada modificación tarifaria. Al respecto, el análisis de la AGN sostiene:

"...Se observa que al final de 2002 (cuando se decidió el aumento de tarifas del 45%) la TIR de la concesión registraba un valor superior al esperado en la oferta y un valor actual neto (VAN) descontado a la tasa del 19,38 % positivo, de \$ 1.559.442.

"Luego, cuando se decidió la prórroga de la tarifa, ya se había ejecutado el período 2003 registrándose una

centavos, respecto a la tarifa vigente, a los efectos de compensar el mayor costo de la profundización en la ecuación económico financiera de la concesión.

En dicho documento, el costo incremental presupuestado por la Hidrovía S.A. ascendía a u\$s 195.721.835. Para el repago de los costos de la profundización el concesionario requería a partir del trimestre 46 un ingreso tarifario adicional, consistente en una tarifa incremental de 0,70 u\$s/TRN para un aumento de volumen constante trimestral de 11.000.000 TRN, por sobre el valor de 1,65 u\$s/TRN vigente en ese momento. Asimismo, dado que consideraba insuficiente ese incremento tarifario para sufragar la totalidad de las nuevas inversiones necesarias, requería además una nueva extensión del plazo de la concesión de ocho (8) años a partir del año 2013, llegando a 104 trimestres.

Este documento fue analizado por la consultora Deloitte & Co., Estudio Dradowczyk y Asociados S.A.T., Hydroceano Consultores S.A., Severgnini, Robiola, Grinberg, & Larrechea, en sus informes de fechas 15 de junio de 2006 y de 15 de agosto de 2006, los cuales fueron elevados por la Comisión de Seguimiento de la Concesión, ante la Subsecretaría de Puertos y Vías Navegables.

La consultora determinó la tarifa adicional empleando su propio análisis de costos incrementales de las obras de profundización a 34/25 pies y manteniendo la extensión del plazo de concesión de 8 años y la TIR reducida de 15,19 % propuesta por el concesionario.

La tarifa adicional resultante era de 0,60 u\$s/TRN, con una TIR similar (15,17 %).

La consultora realizó también un análisis de sensibilidad que planteaba distintos escenarios de aumentos para el repago de la obra de profundización. Cabe acotar aquí que entre dichos escenarios no se preveía la posibilidad de aumentar solamente la tarifa, sin prologar el plazo de la concesión. El análisis resultante se presenta en el siguiente cuadro:

Estos análisis derivaron en el aumento tarifario ordenado por la resolución 1.534/06 y en el aumento de plazo de la concesión previsto en la Cláusula tercera del acta acuerdo.

Ahora bien, si bien parecen razonables el aumento tarifario y la ampliación del plazo en compensación de la obra de profundización ¿Es razonable la pretensión de Hidrovía de preservar la TIR contractual original de 19,38 %, aceptando una TIR transitoria reducida?

Cuadro XI <i>Análisis de sensibilidad del repago de la profundización a 34/25 pies.</i>				
Escenario	Costos	Aumento	Extensión	TIR
1-A	Hidrovía S.A.	0,7	8 años	15,19 %
2-A	Consultora	0,7	8 años	16,32 %
1-B	Hidrovía S.A.	0,6	8 años	13,98 %
2-B	Consultora	0,6	8 años	15,32 % *
2-C	Consultora	0,5	8 años	14,13 %
3	Consultora	Sin aumento	Sin extensión	Negativa

¿Se puede pretender que el contrato modificado por la profundización es el mismo contrato que el original, o debemos suponer que ha cambiado sustancialmente? ¿Esta obra, iniciada a instancias del concesionario, o al menos aceptada voluntariamente como obligación adicional, habilita a transformar el contrato en uno más oneroso para el concedente y los usuarios?

A estas reflexiones, cabe hacer unas consideraciones adicionales:

1) El informe de la UNIREN de 2004 estimaba que la rentabilidad excesiva de la concesión podía propiciar la asunción por parte del concesionario, a su exclusivo cargo, de las obligaciones que resultaban del decreto 1.306/2003. Como vemos, la obra se sustentó en aumento tarifario y prórroga de la concesión. Pero además, el análisis de la UNIREN del impacto incremental del aumento tarifario de 2006 (cfm. punto 3.3.3) estimaba que su resultado era neutro. ¿Podría implicar entonces una disminución de la TIR contractual?

2) Los análisis del PEF presentados parecen haber abandonado la estructura de costos regulatoria del informe de justificación. Los PEF del Acta Acuerdo y de la adenda fueron elaborados por los contadores de Hidrovía, tal cual puede observarse en las fojas 3356 y 3361 del expediente de renegociación. Cabe agregar que mientras el estudio de la UNIREN a diciembre de 2004 daba una TIR de 26,55 % para todo el período de la concesión, el PEF de ejecución de Hidrovía a noviembre-enero de 2004 daba una TIR de 14,08 %.

3) El PEF del acta acuerdo no hace estimaciones de tráfico futuro, por lo que mantiene constantes para los trimestres posteriores al 57 el tráfico promedio de

los últimos cuatro trimestres reales. No se contabilizan entonces los tráficos resultantes de las profundizaciones y ampliaciones previstas en el acta acuerdo. La subvaluación de los ingresos afecta de igual manera a la TIR.

4.3.6. Los requisitos patrimoniales

El acta acuerdo trae diversas cláusulas que modifican las previsiones del pliego y del contrato de Hidrovía acerca de requisitos patrimoniales:

“...Cláusula décima: Garantías.

”10.1. Se establece que las garantías de cumplimiento del contrato de concesión y de sus respectivas ampliaciones se extienden al cumplimiento de las obligaciones asumidas por el concesionario en la presente acta acuerdo.

”10.2. Los montos establecidos en el contrato de concesión y sus ampliaciones en concepto de garantías de ejecución de obras, mantenimiento, reparación, conservación, explotación y administración de la concesión quedan establecidos en pesos, en los términos de la ley 25.561 y sus normas complementarias.

”Cláusula décimo primera: Capital social y patrimonio neto.

”Los importes previstos en el pliego de bases y condiciones aprobado por el decreto 863/93, capítulo noveno, en concepto de capital social y patrimonio neto del concesionario, quedan establecidos en pesos en los términos de la ley 25.561 y sus normas complementarias...”.

Cabe considerar que si bien en principio es razonable esta pesificación por aplicación de la ley 25.561, un análisis más detallado nos permite cuestionar, al menos, la pesificación automática. En cuanto a las garantías de cumplimiento, cabe señalar que no se han aumentado las garantías por la obra de profundización comenzada en 2005. Además, el resto de la ecuación económica de la concesión, o sea mantenido en dólares (los ingresos), o se ha ajustado por índices (los egresos), por lo que una disminución de las garantías y de los requisitos de capital y patrimonio por motivo de la pesificación, disminuye las garantías del Estado ante obligaciones que son de mayor monto que las previstas en el contrato original.

Cabe señalar que el informe de justificación del año 2004 concluía respecto de las garantías:

“...Por otra parte, y dadas las características de la economía contractual, se recomienda la permanencia en dólares estadounidenses de los montos establecidos en concepto de garantías y seguros, previéndose su redeterminación, con motivo de la realización de las obras relacionadas con el decreto 1.306/2003...”.

Otro requisito patrimonial temporalmente dispensado por el acta acuerdo, es la relación pasivo/patrimonio neto:

“...Cláusula décimo octava: requisitos patrimoniales.

”En virtud del impacto producido en la situación financiera del concesionario, considerando los egresos vinculados a la profundización de la Vía Navegable Troncal [...] previos a la percepción de la tarifa adicional, se establece que los requisitos patrimoniales exigidos por el pliego de bases y condiciones aprobado por el decreto 863/93 en el apartado 9.1.1 I, deberán ser acreditados una vez restituido el equilibrio de la ecuación económico-financiera en los términos previstos en la oferta original, medido de acuerdo a los procedimientos previstos en la presente acta acuerdo...”.

Recuérdese que de conformidad con el artículo 9º del pliego, el patrimonio neto debía representar como mínimo el treinta y cinco por ciento (35 %) del total del pasivo societario. En la actualidad, ese porcentaje no llega a 5 %, según los estados contables de Hidrovía para el ejercicio finalizado en diciembre de 2008. Sin embargo, esta descapitalización de la empresa no se produjo por un fuerte aumento de pasivos (sólo aumentaron un 4,5 % entre 2007 y 2008), sino por una notable disminución del patrimonio neto (disminuyó un 81 % entre 2007 y 2008). La ratio patrimonio neto/pasivo equivalía al 28 % en 2007. La diferencia se explica por la pérdida del ejercicio 2008.

Ahora bien, este requisito patrimonial en el artículo 9º del pliego estaba destinado a evitar una infracapitalización de la empresa, y su consecuencia es que una disminución de la ratio pasivo/patrimonio neto debía ser compensada por un aumento de capital que reequilibrara los estados contables de la empresa. Con la norma del acta acuerdo, se aumenta el apalancamiento de la

empresa en detrimento de una capitalización real, hasta tanto la TIR de la concesión se “reequilibre” (vuelva a alcanzar el 19,38 %). Cabe acotar que esta norma no prevé una prohibición de distribuir honorarios y dividendos, que evite una mayor disminución del patrimonio neto en relación con el pasivo.

4.3.7. *La ausencia de un órgano de control*

Mediante resolución 322 de fecha 2 de septiembre de 1996, la ex Secretaría de Energía y Transporte delegó en la ex Subsecretaría de Puertos y Transporte de Larga Distancia, actualmente Subsecretaría de Puertos y Vías Navegables, la función de órgano de control de la concesión.

En la actualidad y conforme al acta acuerdo, estas facultades son ejercidas por la Comisión de Seguimiento para el Control de las Concesiones de Dragado y Balizamiento, encargada de asistir a la Subsecretaría de Puertos y Vías Navegables, dependiente de la Secretaría de Transporte del Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios, en las funciones de supervisión y control del contrato de concesión hasta tanto hubiere sido puesto en funcionamiento el órgano de control, conforme lo previsto en el artículo 7º del decreto 311/03 y el artículo 13 de la resolución conjunta 188/03 y 44/03 del Ministerio de Economía y Producción y del Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios.

El llamado a licitación para la “realización de obras en vías navegables”, realizado mediante decreto 863/93, en sus artículos 12 y 13 dice:

“...Artículo 12: Créase en el ámbito del Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos el órgano de control que tendrá a su cargo la supervisión e inspección técnica y ambiental y auditoría económico-administrativa, contable y legal de las obras que se contraten por el régimen de la presente licitación, con facultades de contratar asesoramiento especializado...”.

“...Artículo 13: El Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos elevará al Poder Ejecutivo nacional, dentro de los noventa (90) días de la promulgación del presente decreto, la estructura de funcionamiento del citado órgano de control creado en el artículo anterior. Hasta tanto se constituya éste, sus funciones y atribuciones estarán a cargo de la Secretaría de Transporte, asistida por la Subsecretaría de Puertos y Vías Navegables y la Dirección Nacional de Construcciones Portuarias y Vías Navegables...”.

Resulta innecesario remarcar que el plazo de 90 días establecido en el decreto licitatorio se ha extinto sin que se diera cumplimiento a la norma, dejando al órgano de control en una situación de precariedad jurídica y transitoriedad que obstaculizan el correcto desempeño de sus funciones.

A lo largo de los más de veinte cuerpos que constan en el expediente de renegociación de la empresa Hidrovía S.A., remitidos a esta comisión por la UNIREN, encontramos disposiciones, recomendaciones, comen-

tarios e incluso auditorías externas, realizados por funcionarios del Ministerio de Planificación, la Subsecretaría de Puertos y Vías Navegables, y empresas privadas, pero es llamativa la ausencia de documentos de evaluación generados por órganos independientes que analicen el desempeño del concesionario y en consecuencia den luz sobre el desempeño administrativo-financiero de la empresa.

A partir de la denominada “reforma del Estado”, se terminó por imponer en nuestro país el principio de la subsidiariedad del Estado, siendo una de sus consecuencias más notorias y significativas la privatización de los servicios públicos.

Conscientes de esto, nuestros constituyentes de 1994 preceptuaron en el artículo 42 de la Constitución Nacional, lo siguiente: “La legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos, y los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional, previendo la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas, en los organismos de control”.

La doctora Paola Cabezas Cescato, en su trabajo “Propuestas sobre la independencia de los entes reguladores”, publicado en *La Ley*, 1998-D, 1325, dice: “...Que uno de los puntos esenciales de la institución y organización de los entes reguladores es la necesidad de garantizar la independencia, la imparcialidad y la idoneidad de los integrantes de los citados órganos, para asegurar la plena satisfacción de las garantías y derechos que consagra el artículo 42 de la Constitución Nacional”.

Agustín Gordillo en su *Tratado de derecho administrativo* manifiesta con toda claridad que debe dictarse una ley marco que, entre otros, establezca los trazos generales del funcionamiento de los entes reguladores, sin dependencia del Poder Ejecutivo, ni facultades reglamentarias de éste sobre tales entes o sus relaciones con los concesionarios o licenciatarios sujetos al control, con el objetivo de garantizar, además de esa independencia, su imparcialidad.

En el mes de abril de este año, el Consejo Consultivo de la Provincia de Santa Fe, haciéndose eco de un histórico reclamo de la Bolsa de Comercio de Rosario, ha solicitado al gobernador de la provincia que gestione ante el gobierno nacional la urgente conformación de un órgano de control para la Hidrovía, y además que su sede se radique en la ciudad de Rosario, donde se encuentran la mayor cantidad de usuarios de este servicio.

Consideramos, en consecuencia, que resultan necesarias garantías mayores a las existentes en cuanto a la concreción de la creación del órgano de control.

El tiempo transcurrido desde el llamado a licitación, en el cual se fijará un plazo de 90 días para la puesta en funcionamiento de dicho órgano, sin que esto se lleve a la práctica, hace que esta comisión no pueda convalidar una mayor dilación de esta situación que

consideramos directamente opuesta a lo mandado por el artículo 42 de la Constitución Nacional.

Es más, el acta acuerdo debería incluir, como condición para su efectiva entrada en vigencia, una cláusula específica en la cuál, modificando lo establecido en el contrato de concesión original, se establezca la creación por parte de este Honorable Congreso del órgano de control.

5. *Valoración final*

Cuando uno analiza el cumplimiento de la concesión de Hidrovía, la opinión general de los usuarios y de los organismos de control es que se trata de un concesionario que cumple con sus obligaciones contractuales. Por ejemplo, las conclusiones del informe de cumplimiento de las obligaciones contractuales de la UNIREN, de enero de 2007, nos señalan:

“...Analizada la información recibida desde los distintos organismos del Estado nacional, se verifica que el control efectivo del cumplimiento del contrato de concesión es realizado por la Comisión de Seguimiento para el Control de las Concesiones de Dragado y Balizamiento.

”Puede también apreciarse que la mencionada Comisión de Seguimiento, que depende de la Subsecretaría de Puertos y Vías Navegables, realiza el seguimiento técnico de la obra de profundización y de su mantenimiento, y que de los distintos informes se desprende que la concesionaria ha cumplido, en cuanto a los niveles de calidad de servicio, con lo previsto tanto en el pliego como en el contrato de concesión.

”La Comisión de Seguimiento estima que la empresa ha cumplido con el objetivo de permitir, durante el 80 % del año la navegación de buques de hasta 32 pies de calado para el tramo que va desde la zona de aguas profundas del río de la Plata hasta el puerto de San Martín (km 448 del río Paraná) y hasta 22 pies de calado para el tramo que va desde este punto hasta el km 584 del río Paraná, en tanto que ese porcentaje asciende al 90 % para el río Paraná de las Palmas.

”En cuanto al balizamiento, la Comisión de Seguimiento lo ubica por sobre el 97 % el ponderado de normalidad por sección, tal como lo exige el contrato.

”La mencionada Comisión de Seguimiento afirma que a la fecha de su presentación (12 de diciembre de 2006) la concesionaria no registra multas firmes consentidas, ni otras en condiciones de ser exigibles.

”Por lo tanto, los aspectos técnicos de la obra y los hitos contractuales previstos por la normativa particular de la concesión han sido alcanzados y en algunos casos superados....”.

También debemos rescatar los positivos resultados de la audiencia pública celebrada en la ciudad de Barranqueras, provincia de Chaco, el día 27 de febrero de 2009. De dicha audiencia, debemos rescatar las consideraciones de algunos de sus expositores. Por ejemplo, el gobernador del Chaco, Jorge Capitanich, señaló:

“...Todos sabemos que el dragado, balizamiento y señalización desde Buenos Aires a Rosario implicó un aumento sustancial de la competitividad sistémica de la economía argentina, sobre todo el *hinterland* del complejo cerealero-oleaginoso de la República Argentina, por el abaratamiento sustancial de los costos de transporte. Esto objetivamente indica condiciones para mejorar sistémicamente la competitividad económica del país...”.

También expresó el señor subsecretario de Puertos y Vías Navegables de la Nación, Ricardo Luján:

“...La hidrovía es uno de los mayores sistemas navegables del planeta y se ha constituido en el mayor factor de cohesión histórica, humana y económica de los países que la conforman...”.

“...Los beneficios de esta obra no sólo son para nuestro país sino también es una importante oportunidad para que los países hermanos de Paraguay, Bolivia y la zona centro de Brasil, puedan tener acceso a los puertos de ultramar que a través de ella se unen. Los principales beneficios del mejoramiento de las condiciones de navegabilidad de la hidrovía Paraguay-Paraná se refieren a la reducción de los costos de transporte y a la minimización de riesgos en la vía navegable...”.

Otra opinión que destacamos es la del señor Rogelio Pontón, en representación de la Bolsa de Comercio de Rosario:

“...Desde la habilitación de este dragado de la hidrovía ha habido una mejora sustancial en la instalación, fundamentalmente, de empresas. Y ya lo dijo el orador que me antecedió: en este momento, en la zona norte y al sur de Rosario se está instalando el polo agroindustrial de *crushing* de soja más importante de la Argentina [...] el polo de Rosario tiene 115.000 toneladas de capacidad diaria, y aún en Estados Unidos y aun China no tiene polos tan importantes de trituración...”.

“...En definitiva, con este tipo de obras se está favoreciendo al interior del país, y la Argentina, recuerden, es un país que depende en gran medida de su interior...”.

Es importante también la intervención del representante del Sindicato del Personal de Dragado y Balizamiento, haciendo referencia a la casi inexistencia de conflictos con la empresa:

“...Nosotros estamos en esta audiencia para ratificar el alcance de la protección laboral, del mantenimiento del nivel de empleo y de las condiciones de seguridad y de trabajo en el espacio a concesionar...”.

“...Cuando mencioné que hemos tenido apenas cortos conflictos, no ha sido porque hemos tenido una situación de subordinación alrededor de la concesión. Es bueno saber que los salarios que se pagan en el corredor, en la concesión, son similares a los que cobra la actividad de la marina mercante...”.

Sin embargo, la tarea de nuestra Comisión Bicameral consiste en analizar la renegociación contractual habilitada por la ley 25.561, tal y como se encuentra plasmada en el acta acuerdo que se presenta a nuestro examen.

Si en el caso de Hidrovía analizáramos las cláusulas del acta acuerdo y consideráramos solamente aquellas que tienden a reequilibrar los efectos de la emergencia declarada por la ley 25.561, discriminariámos las siguientes continuidades y mutaciones en la estructura normativa del contrato original:

- 1) Mantenimiento en dólares de la tarifa para la navegación internacional (97 % del tráfico), desde 2002.
- 2) Mantenimiento de los seguros en dólares.
- 3) Pesificación de la tarifa para la navegación de cabotaje (3 % del tráfico), desde 2002.
- 4) Pesificación de los aportes estatales y transferencia a los usuarios vía tarifa (en dólares), desde 2002.
- 5) Pesificación de los requisitos patrimoniales (garantías y capital y patrimonio neto).
- 6) Modificación de las cláusulas de ajuste de los mecanismos de redeterminación tarifaria.

Estas adecuaciones deberían haber mantenido prácticamente inalterada la ecuación económica de la concesión. La mayor mutación estaba dada por la pesificación de los aportes estatales. Esta modificación se compensaba en parte por el mantenimiento de la tarifa en dólares, frente a una economía pesificada que disminuía los egresos del PEF (en dólares). También habría que considerar la compensación en exceso del aumento tarifario del acta acuerdo de 2002, que reduciría el impacto de la pesificación del aporte estatal, ahora incorporado en la tarifa.

En la medida que los efectos de la devaluación perdían fuerza y los precios internos tendían a converger con los precios internacionales, habría sido necesario un reajuste vía aumento de costos. Esto habría resultado en un aumento tarifario, pero sólo una vez que los egresos del PEF volvieran a los valores (en dólares) anteriores a la emergencia. Para esta redeterminación de la tarifa, se deberían haber aplicado los índices de ajuste internos (ahora incorporados en el acta acuerdo), que evolucionaban a mayor velocidad que los índices extranjeros que reemplazaban.

Hasta aquí, y aceptando los presupuestos y modificaciones señalados, sólo habría sido necesario una variación tarifaria menor para reequilibrar la ecuación económico-financiera del contrato original.

La dinámica del contrato se modificó sustancialmente con la profundización a 34 y 25 pies. Esta obra dio lugar a aumento de tarifa del 36 %, una prórroga de la concesión de 8 años, y una disminución de la TIR de la concesión que le da a la concesionaria el derecho de reclamar futuras compensaciones.

Además, el acta acuerdo habilita otras dos instancias que podrían afectar el PEF de la concesión:

- 1) La profundización a 36 y 28 pies.
- 2) La ampliación del contrato desde Santa Fe hasta Asunción.

Si la obra de profundización era imposible de ser realizada "ahora" por otro concesionario (no podemos imaginar dos concesionarios, dragando uno hasta 34 pies y otro desde allí los 36 pies), la obra de ampliación debería haberse abierto a licitación pública para ser administrada por una unidad separada de negocios, como una concesión aparte, de manera de no afectar ni verse afectada por la evolución del "Contrato de Hidrovía".

Consideramos que este "Contrato de ampliación" reproduce el desequilibrio del contrato original: el Estado asume las obligaciones principales de apertura de la obra (financiamiento, aportes no financieros, asunción de responsabilidades), y el concesionario deja abiertas nuevas compensaciones para la etapa de mantenimiento (aumento tarifario, variación de costos, dragados en exceso).

Por las razones vertidas en este informe, consideramos que esta comisión, en el marco de lo previsto por la ley 25.561, y manteniendo una posición que ha sido constante en anteriores renegociaciones contractuales, no puede convalidar los siguientes puntos:

- 1) El mantenimiento de la tarifa en dólares.
- 2) La división temporal de la renegociación tarifaria.
- 3) La ampliación del contrato entre Santa Fe y Asunción.

Se hace entonces indispensable un rechazo de este acta acuerdo de renegociación para que el Poder Ejecutivo, en virtud de lo dispuesto por el artículo 4º *in fine* de la ley 25.790, reanude el proceso de renegociación del contrato con la empresa Hidrovía S.A.

*Silvia B. Lemos. – Fernando Sánchez. –
Alfredo Martínez.*

ANTECEDENTE

Nota UNIREM N° 292.

Buenos Aires, 27 de julio de 2009.

Ref.: Renegociación Hidrovía S. A. - CUDAP

Expediente S01:0004253/2005.

Al señor presidente de la Honorable Cámara de Diputados de la Nación, doctor Eduardo A. Fellner.

S/D.

Señor presidente:

Tenemos el agrado de dirigirnos a usted, en cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 4º de la ley 25.790, a efectos de remitir a consideración del Honorable Congreso de la Nación la propuesta de renegociación contractual de la empresa concesionaria del dragado y balizamiento de la vía navegable troncal,

Hidrovía S. A., que tramita bajo el expediente de la referencia y cuya copia certificada se acompaña.

Al respecto, con relación al proceso de renegociación cumplido a la fecha se efectúan las siguientes consideraciones:

–Los procedimientos llevados a cabo para arribar a esta instancia se han ajustado a lo dispuesto por las leyes números 25.561, 25.790, 25.820, 25.972, 26.077, 26.204, 26.339 y 26.456; y a las normas reglamentarias dictadas para el proceso de renegociación, el decreto 311/03 y la resolución conjunta 188/03 del ex Ministerio de Economía y Producción, y 44/03 del Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios, así como también el decreto 1.172/03.

–En el curso del proceso se han desarrollado los análisis y tratativas que posibilitaron a la UNIREN arribar a una carta de entendimiento, conteniendo los aspectos básicos para la adecuación del contrato de concesión, que fue suscrita por la empresa licenciataria con fecha 19 de junio de 2007, según consta a fojas 2860-3031 de las actuaciones de marras.

–A fojas 2635-2854 obra el Informe de Justificación de la Carta de Entendimiento, el cual fundamenta la posición del Estado en la presente renegociación y la elaboración de la carta.

–Dicha carta de entendimiento fue sometida a un proceso de audiencia pública que posibilitó la expresión de la opinión pública sobre el tema puesto en cuestión, cuyas constancias lucen agregadas en el expediente N° S01: 0242464/2007, que se encuentra agregado sin acumular al expediente de la referencia mediante providencia UNIREN N° 16/09 y cuya copia certificada también se acompaña.

–El resultado del desarrollo de la audiencia pública ha posibilitado reexaminar la cuestión, arribando de esta forma a conclusiones en las cuales se han sustentado las posiciones definitivas para el acuerdo con la empresa concesionaria. Todo lo cual se encuentra detallado en el Informe de Evaluación de la Audiencia Pública que luce agregado a fojas 1931-1963 del expediente de la audiencia pública.

–Con fecha 21 de abril de 2009 se suscribió el acta acuerdo de renegociación contractual con la empresa concesionaria, cuya copia obra a fs. 3042-3211. Y con fecha 11 de junio de 2009 se suscribió una adenda modificatoria del acta acuerdo, cuya copia obra a fojas 3383-3525.

–De acuerdo a lo previsto en el artículo 4º de la resolución conjunta ex MEyP N° 188/03 y MPFIPyS N° 44/03, el secretario de Transporte, en su carácter de miembro del Comité Sectorial de la UNIREN, tomó intervención en el acta acuerdo y su adenda modificatoria sin formular objeciones, tal como consta en las notas S.T. N° 1.648 de fecha 8 de junio de 2009, obrante a fojas 3757, y 1924 de fecha 1º de julio de 2009, obrante a foja 147 del expediente CUDAP: EXP-S01:0271974/2009, agregado al expediente de renegociación a foja 3735.

-El acta acuerdo y su adenda modificatoria fueron sometidas a consideración de la Procuración del Tesoro de la Nación, en cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 8º del decreto 311/03, quien suscribió dictámenes números 99 y 130 de fecha 21 de mayo de 2009 y 7 de julio 2009, respectivamente, obrantes a fojas 3224-3258 y 3731-3734 de las referidas actuaciones.

-Finalmente, a foja 3737, la Sindicatura General de la Nación se ha expedido en forma favorable sobre el acta acuerdo y su adenda modificatoria.

Posteriormente a la intervención de ese Honorable Congreso, y debido al cambio de titular ocurrido en el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, se adequareá el acta acuerdo, ocasión que será propicia para incluir un requerimiento efectuado por el Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto, cuya redacción definitiva consta a foja 3267 de las presentes actuaciones.

Al respecto, cabe aclarar que el objetivo del mencionado requerimiento no es efectuar modificaciones

al acuerdo, sino abundar en los términos ya contenidos en el mismo.

Esta UNIREN, a través de su secretaría ejecutiva y en función de colaborar con el cometido antes citado, se pone a disposición de ambas Cámaras y de la Comisión Bicameral de Seguimiento prevista por el artículo 20 de la ley 25.561, a efectos de facilitar toda información complementaria que resulte de utilidad

Sin otro particular, hacemos adecuada la oportunidad para saludar a usted muy atentamente.

DR. JORGE G. SIMEONON.

Secretario Ejecutivo
Unidad de Renegociación
y Análisis de Contratos
de Servicios Públicos
Contratos de Servicios

ING. HORACIO SCHIAFFINO.

Representante alterno
Unidad de Renegociación
y Análisis de Contratos
de Servicios Públicos
Públicos UNIREM
Ministerio de Planificación
Federal Inversión Pública
y Servicios