



República Argentina - Poder Ejecutivo Nacional
2018 - Año del Centenario de la Reforma Universitaria

Dictamen Jurídico

Número:

Referencia: EX-2018-00647608-APN-SIGEN - AUSOL

SEÑOR DIRECTOR GENERAL
DE ASUNTOS JURÍDICOS
DEL MINISTRO DE TRANSPORTE:

Se consulta a esta Procuración del Tesoro de la Nación respecto del curso a seguir en el proceso de renegociación del Contrato de Concesión que vincula al Estado Nacional con la empresa Autopistas del Sol Sociedad Anónima (en adelante, AUSOL), una vez operado el plazo de vigencia establecido por la Ley de Emergencia Pública y Reforma del Régimen Cambiario N.º 25.561 (B.O. 7-1-02), cuyos términos fueron prorrogados a tenor de lo dispuesto por el artículo 1º de la Ley N.º 27.200 (B.O. 4-11-15), hasta el 31 de diciembre de 2017.

- I -

ANTECEDENTES

1. El 21 de diciembre de 2017 este Organismo Asesor se expidió sobre el proceso de renegociación en ciernes (a cuyos términos cabe remitirse en honor a la brevedad) y concluyó que resultaba jurídicamente viable la prosecución del trámite de aprobación del acuerdo alcanzado por el Estado Nacional y AUSOL, con las recomendaciones y salvedades allí expuestas (v. orden 4).
2. En el orden 15, obra el Informe suscrito por la Gerencia de Asistencia Técnica y Proyectos Especiales y por la Gerencia de Asuntos Jurídicos de la Sindicatura General de la Nación (en adelante, la *SIGEN*), por el que se verificó que las actuaciones contasen con la información necesaria para dar sustento a la toma de decisiones de cada nivel interviniente y, se consideró cumplida la intervención que le compete a la SIGEN en los términos del artículo 4º del Decreto N° 367/2016, sin perjuicio de las recomendaciones y consideraciones allí efectuadas. Sus conclusiones fueron compartidas por el titular de esa Sindicatura (v. orden 21).

3. Con el objeto de receptar las sugerencias realizadas tanto por esta Casa como por la SIGEN, luce en el orden 42, la *Tercera Acta Complementaria sobre Modificaciones al Acuerdo Integral de Renegociación Contractual del Contrato de Concesión del Acceso Norte* del 23 de marzo de 2018 (en adelante, el ACTA COMPLEMENTARIA), por la que la Dirección Nacional de Vialidad y AUSOL acordaron adoptar una nueva versión del Acuerdo Integral (en adelante, el ACUERDO) ... *al sólo efecto identificador y sin expresar consentimiento, el que sólo se considerará otorgado cuando el Acuerdo Integral haya sido firmado por el Concesionario y por los Ministros de Transporte y Hacienda una vez cumplidos los trámites pertinentes previstos en el Decreto N° 367/2016, y será efectivo cuando haya entrado en vigencia de conformidad con la cláusula 18.1 de dicho ACUERDO INTEGRAL.*

Asimismo, agregó que durante dicho trámite y antes de la firma del ACUERDO, las Partes podían ajustar o actualizar sus Anexos, tomando en cuenta la fecha proyectada de entrada en vigencia del ACUERDO y la evolución de las variables económicas relevantes operadas (v. CLÁUSULA PRIMERA).

4. En oportunidad de dar cumplimiento al recaudo previsto en el artículo 7.º inciso d) de la Ley de Procedimientos Administrativos N.º 19.549 (B.O. 27-4-72), la Dirección General de Asuntos Jurídicos de ese Ministerio de origen entendió que no existían reparos jurídicos que oponer a la suscripción del ACUERDO, aunque consideró que no se había dado cabal cumplimiento a las recomendaciones y salvedades expresadas por esta Procuración del Tesoro (v. orden 48).

5. Giradas las actuaciones al Ministerio de Hacienda, la Dirección de Asuntos Contractuales, Legislativos y Tributarios devolvió las actuaciones señalando que ... *la emergencia económica, administrativa, Financiera y Cambiaria declarada por la Ley N° 25.561, en cuyo marco el art. 4º del Decreto N° 367/16 –B.O. 17-2-16- preveía la suscripción por el actual Ministerio de Hacienda de los acuerdos integrales de renegociación contractual que se celebren conjuntamente con los ministerios en cuya órbita se encuentran los contratos sujetos a renegociación, Ad Referéndum del PODER EJECUTIVO NACIONAL, no fue prorrogada* (orden 59).

La Secretaría Legal y Administrativa también sostuvo que esa Cartera de Estado carecía de competencia para participar en la renegociación de un contrato ajeno a su órbita, al no haber sido prorrogada la vigencia de la Ley N.º 25.561 (v. orden 66).

6. En el orden 62, nuevamente tomó intervención la Dirección General de Asuntos Jurídicos del Ministerio de origen y, en lo que aquí interesa, indicó que:

a) Corresponde reconocerle cierto grado de ultractividad a la autorización conferida por el artículo 99 de la Ley N.º 25.561 al Poder Ejecutivo Nacional para renegociar los contratos de Obras y Servicios Públicos, en virtud de la subsistencia de los antecedentes de hecho y de derecho que dieron causa a dicha autorización y motivaron la renegociación en el presente caso, del interés público comprometido y a fin de no afectar la validez de los actos procedimentales cumplidos tendientes a concluir las largas y complejas renegociaciones contractuales autorizadas por dicha norma.

b) El trámite de renegociación puede quedar enmarcado en la Emergencia Social declarada por la Ley N.º 25.561 que sigue vigente, conforme lo establecido por la Ley N.º 27.345.

c) La facultad renegociadora que posee el Poder Ejecutivo Nacional, debe entenderse anterior a las previsiones de la Ley de Emergencia e independiente de su vigencia.

Ello así, ya que la Ley N.º 17.520 (B.O. 13-11-67) -modificada por su similar N.º 23.696- determina que la concesión de obra pública se hará por decreto del Poder Ejecutivo, y porque esta Casa ha entendido que la *potestad de la Administración de rescindir los contratos, debe reconocérsele también la atribución menor a aquella de proceder a su renegociación* (Dictámenes 246:64).

d) Si algún punto del acuerdo propiciado excediera el encuadre estricto de la Ley N.º 17.520, no habría óbice legal a considerar la naturaleza jurídica del acuerdo que se propicia como transaccional en los términos de la Ley N.º 17.516 (B.O. 9-11-67) y su reglamentación aprobada por Decreto N.º 411/80 (t.o. 1987).

Destacó como elemento significativo que si bien no se estaba en presencia de un procedimiento judicial, la compañía española Abertis Infraestructura Sociedad Anónima –empresa Española accionista del Concesionario- había iniciado un proceso arbitral ante el CIADI, lo que trae un margen de incertidumbre en cuanto a la legitimidad del crédito que se reclama, que es propia de toda negociación de carácter transaccional.

Sin perjuicio de lo expuesto consideró necesario contar con la opinión de esa Procuración del Tesoro.

- II -

ANÁLISIS DE LA CUESTIÓN

1. Aspectos formales del proceso de renegociación del Contrato

1.1. Como lógico corolario de la modificación normativa que impuso el legislador al dictar Ley de Emergencia N.º 25.561, el Poder Ejecutivo Nacional fue autorizado, mediante el artículo 9.º, a renegociar los contratos de obras y servicios públicos comprendidos en el artículo 8.º de esa ley, partiendo desde la previsión que dispuso dejar sin efecto las cláusulas de ajuste en dólares estadounidenses o en otra moneda extranjera y las cláusulas indexatorias basadas en índices de precios de otros países y cualquier otro mecanismo indexatorio, lo que derivó en la *pesificación* de los precios y las tarifas resultantes de dichas cláusulas.

El legislador oportunamente aclaró y facultó al Poder Ejecutivo a conducir los procesos de renegociación, sin hallarse limitado o condicionado ... *por las estipulaciones contenidas en los marcos regulatorios que rigen los contratos de concesión o licencia de los respectivos servicios públicos...* que sean de entidad legislativa y de alcance general (v. art. 2.º de la Ley N.º 25.790, - B.O. 22-10-03-).

1.2. Las cláusulas y condiciones pactadas en el Contrato de Concesión oportunamente suscripto entre el Estado Nacional y AUSOL, fueron sustancialmente modificadas por tal evento y, en razón de ello, el instrumento contractual quedó sometido a la renegociación, que condujo a un primer Acuerdo del año 2006 (v. Dto. N.º 296/06), que por haber sido sólo parcialmente ejecutado, derivó en los reclamos de la concesionaria y sus accionistas. El proyecto de ACUERDO que tengo a la

vista pretende finiquitar esa controversia resguardando –al mismo tiempo- la calidad y mejora continua del servicio que se presta a los usuarios.

La renegociación ha sido llevada a cabo por las áreas técnicas competentes (Órgano de Control de Concesiones Viales y la Dirección Nacional de Vialidad) y por el Ministerio de Transporte, encontrándose actualmente en la etapa final de aprobación del Acuerdo por el Poder Ejecutivo Nacional.

1.3. La circunstancia de que no se haya prorrogado la situación de Emergencia dispuesta por la Ley N.º 25.561 más allá del 31 de diciembre de 2017, no impide al Poder Ejecutivo Nacional finalizar el proceso de renegociación iniciado para reajustar las condiciones que se vieron afectadas por las disposiciones de esa Ley y sus normas modificatorias y complementarias.

Ello así teniendo en cuenta que el Poder Ejecutivo Nacional posee competencias propias no sólo para celebrar contratos administrativos sino también para proceder a su renegociación como una consecuencia de su condición de Jefe de la Administración General del país, prevista en el artículo 99 inciso 1.º de la Constitución Nacional.

Tal como lo ha recordado la Dirección General de Asuntos Jurídicos de ese Ministerio de Transporte, esta Casa expresó que teniendo en cuenta la potestad de la Administración de rescindir los contratos ... *debe reconocérsele también la atribución menor a aquélla de proceder a su renegociación, por aplicación del principio que reza que al que le es lícito lo más no debe serle ilícito lo que es menos* (v. Dictámenes 245:367).

El sustento fáctico para proceder a la reformulación del contrato resultaría razonable, en tanto como quedó explicitado en el proyecto del ACUERDO, la Ley de Emergencia dejó sin efecto las cláusulas del referido Contrato de Concesión que establecían el valor de la tarifa básica en dólares y su actualización por el índice de precios al consumidor, así como la conversión a pesos del monto resultante para su cobro a los usuarios (v. Consideraciones, tercer párr., del ACUERDO, orden 39). La renegociación del año 2006, al no ejecutarse en su totalidad, frustró los términos de adecuación allí proyectados, dando lugar a reclamos y a la necesidad de una nueva renegociación.

A su vez, el marco regulatorio que rige las concesiones para la construcción, reparación, administración y explotación de la red de accesos a la Ciudad de Buenos Aires, no deviene de una norma de rango legislativo, sino que ha sido aprobado por vía reglamentaria (v. *Reglamento Administrativo Regulatorio de las prestaciones, la fiscalización y control y la protección al usuario y a los bienes del Estado -MARCO REGULATORIO- de las Concesiones de Obra Pública a otorgarse bajo el régimen de la Ley N° 17.520..., respecto de los accesos que integran la RED DE ACCESOS A LA CIUDAD DE BUENOS AIRES* aprobado por Dec. N.º 1994/93 –B.O. 30-9-93).

Dicha circunstancia reafirma que el Poder Ejecutivo no necesita requerir aprobación o autorización del Congreso de la Nación para renegociar y finiquitar la adecuación que comenzó al modificarse el contrato por intermedio de la Ley de emergencia, N° 25.561, del año 2002.

La Dirección Nacional de Vialidad de ese Organismo de origen, en su informe obrante en el orden 43, aclara que el objetivo principal de la renegociación plasmada en el ACUERDO es el de ... *reestablecer el equilibrio económico financiero de ese Contrato de Concesión, y la ejecución de obras e inversiones fundamentales para el desarrollo vial del Gran Buenos Aires y la optimización del servicio prestado por el Concesionario*. Su aprobación por parte del Poder Ejecutivo Nacional ... *constituye una medida que brinda adecuado cumplimiento a la legislación aplicable y a los compromisos asumidos previamente por el Estado Nacional, en términos y condiciones*

razonables y convenientes para el interés público (el subrayado no está en el original).

Las razones expuestas por las áreas técnicas y los reclamos vigentes, permiten sostener que, en la actualidad, el Poder Ejecutivo Nacional puede apartarse de los parámetros contractuales del Acuerdo ratificado por el Decreto N.º 298/06. Éste, parcialmente ejecutado, motiva que el Estado Argentino se encuentre litigando en el ámbito internacional con los accionistas de la concesionaria, enfrentando reclamos por hechos acaecidos antes del 2006.

1.4. El Poder Ejecutivo era competente para dictar el Decreto N.º 367/16 por el que estableció un procedimiento especial de renegociación de los contratos, bajo el cual las funciones vinculadas a dichas renegociaciones se asignaron a los respectivos Ministerios afines a sus materias; y también dispuso la participación del actual Ministerio de Hacienda, de la SIGEN y de esta Procuración del Tesoro de la Nación, como instancias de asistencia y control previo del referido trámite.

En razón de que el mencionado decreto fue dictado en *uso de las atribuciones conferidas por el Artículo 99, inciso 1º de la CONSTITUCIÓN NACIONAL* (último párr. del Considerando del Dto.), se estima que la finalización de la emergencia no extinguió el diseño procedimental previsto, el que bien puede ser aplicado para que, en el proceso de reajuste contractual que culmine con el acuerdo que celebre el Poder Ejecutivo Nacional, cuente con las opiniones previas de los organismos con injerencia en esta materia.

Esta perspectiva también habilita a sostener que el Poder Ejecutivo puede modificar o apartarse desde ahora del procedimiento interno por él diseñado para regir durante la emergencia, si así lo considerase conveniente. Tal decisión no merecería, para esta Casa, reproche legal alguno.

Esta conclusión que se propicia, es la que más se adecúa a las múltiples y complejas tratativas que implica llevar a cabo todo proceso de renegociación y que, en el presente caso, como se ha podido observar, el trámite estaría muy avanzado y próximo a concluir.

1.5. Por lo tanto, no existirían impedimentos legales que limiten la potestad del Poder Ejecutivo para suscribir el acuerdo que se ha negociado y así poner fin a todas las controversias vigentes entre la concesionaria y sus accionistas; velar por su adecuada ejecución y satisfacer, simultáneamente, las necesidades de servicio de los usuarios de la autovía.

El Presidente de la Nación puede legalmente apartarse del procedimiento que diseñó a través del Decreto N.º 367/16, dando lugar a un nuevo procedimiento, en tanto lo considerase oportuno.

2. El nuevo proyecto de Acuerdo Integral de Renegociación Contractual del Contrato de Concesión del Acceso Norte (el ACUERDO).

2.1. Como ya se adelantó en el punto 1 del Capítulo I del presente dictamen, esta Procuración del Tesoro tuvo la oportunidad de expedirse respecto de la versión del Acuerdo Integral a celebrarse entre el Estado Nacional en su carácter de concedente, y la empresa Autopistas del Sol S.A. en su carácter de concesionario, obrante en las páginas 243/321 del EX OCCOVI N.º 0017171/16, incorporado al orden 11 de estas actuaciones.

Ahora bien, en el orden 39 del expediente principal, obra un ejemplar de la nueva versión de ese Acuerdo Integral, actualizada –como se expresa en el ACTA COMPLEMENTARIA- según las observaciones y sugerencias formuladas, tanto por este Organismo Asesor en aquella intervención, como de la SIGEN.

El ACUERDO ha sido anexo a la TERCERA ACTA COMPLEMENTARIA SOBRE MODIFICACIONES AL ACUERDO INTEGRAL DE RENEGOCIACIÓN CONTRACTUAL DEL CONTRATO DE CONCESIÓN DEL ACCESO NORTE (el ACTA COMPLEMENTARIA) celebrada entre la Dirección Nacional de Vialidad y el concesionario el 23 de marzo del año en curso, cuyo texto tengo a la vista.

En esta oportunidad me expediré respecto a si los puntos centrales sobre los que puse atención en mi anterior asesoramiento han sido efectivamente readecuados en el nuevo texto del ACUERDO; manteniendo para ello, las salvedades ya apuntadas en cuanto al alcance de las facultades de esta Casa para intervenir y opinar en materia de renegociaciones del tipo de las que aquí se trata, así como las limitaciones derivadas del hecho de que esta Procuración del Tesoro no ha participado en las negociaciones previas mantenidas por las partes.

En ese marco, se recuerda que los puntos destacados en aquel asesoramiento, se relacionaban con: a) la manera en que se regulaba la debida participación de los usuarios frente a cada redeterminación anual de tarifa y/o las adecuaciones parciales; b) las limitaciones para ejercer los controles tarifarios y de otra índole; c) la manera de resolver los conflictos por la vía arbitral y d) el condicionamiento que se incorpora a las renunciaciones del concesionario y sus accionistas.

2.2. El Considerando del ACTA COMPLEMENTARIA da cuenta de los cambios que han sido incorporados en la nueva versión del ACUERDO con el objeto de armonizar su texto con lo apuntado por este Organismo Asesor (y por la SIGEN).

2.2.1. En tal sentido, se expresa que la primera de las cuestiones (*participación de los usuarios en el proceso de redeterminación tarifaria*) ha sido superada con la nueva redacción de la Cláusula 4.6. del ACUERDO que garantiza, dados los supuestos allí detallados, esa instancia de debate público para las redeterminaciones tarifarias anuales; lo que efectivamente ocurre en la actual redacción.

También en este aspecto, se ha brindado la explicación que justifica el diferente tratamiento en materia de actualización tarifaria mediante el CER, a los supuestos de usuarios con TELEPASE y a los que efectúan el pago en forma manual, aspecto que anteriormente no había sido aclarado.

2.2.2. En cuanto a la segunda de las cuestiones (*controles tarifarios y de otra índole*), el ACTA da cuenta de que en la nueva versión del ACUERDO, la Dirección Nacional de Vialidad, en carácter de órgano de control sucesor del OCCOVI, efectivamente mantiene atribuciones de control sobre la actividad del concesionario, lo que se ve reflejado, a título de ejemplo, en la Cláusula 9.3 del ACUERDO.

No obstante, sin perjuicio del control anual respecto de las determinaciones, redeterminaciones y actualizaciones tarifarias previsto en el inciso b) de la Cláusula 9.3 del ACUERDO, el nuevo texto mantiene las limitaciones que tenía la versión anterior, en cuanto al tiempo para ejercer el control tarifario y a las razones que darían lugar a la intervención del citado Órgano de Control (v. Cláusula 4.3.d del ACUERDO); por lo que, en este aspecto, sostengo mi anterior opinión respecto a dichas limitaciones.

2.2.3. En relación con la tercera de las cuestiones (*solución de conflictos por la vía arbitral*) observo que en la nueva versión del ACUERDO se prevé –al igual que en la versión anterior– que cualquier controversia que pudiera surgir entre las partes, será sometida y resuelta en un arbitraje conforme con el Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI), con sede

en Argentina y aplicación del derecho argentino (v. Cláusula 16).

El nuevo texto, introduce además la Cláusula 19, que regula una causal de rescisión asociada a un supuesto de incumplimiento específico y grave, denominado *Evento Disruptivo*, y que se configuraría si por una medida pública las tarifas resultan inferiores a las previstas en el ACUERDO, en determinada proporción y por determinado período. Y en este supuesto, se estipula que, a opción del concesionario, las controversias derivadas de esta cláusula sean sometidas al arbitraje local regulado en la citada Cláusula 16, o bien, a un arbitraje ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI), lo que supone una prórroga de jurisdicción que exige una ley que lo autorice como condición de validez.

Independientemente de que dicha posibilidad responda a prácticas arbitrales habituales, y que han sido receptadas por el régimen de los Contratos de Participación Público Privadas (Ley N.º 27.328 y su reglamentación), lo cierto es que, en ese nuevo régimen de contrataciones, la exigencia legal que lo habilita está satisfecha por la propia ley que regula esa forma de contratar; extremo ausente en el caso sujeto a análisis.

Por tal motivo, sin perjuicio de mantener mi anterior observación en cuanto a las consecuencias que podrían derivarse del actual (y anterior) método de solución de controversias y de designación de árbitros –particularmente en lo relacionado con la determinación tarifaria-, encuentro un obstáculo de mayor relevancia en la posibilidad de sujetar las controversias a que refiere la Cláusula 19 a un arbitraje ante el CIADI sin la pertinente habilitación legal.

2.2.4. En cuanto a la cuarta cuestión (*condicionamiento a las renunciaciones del concesionario y sus accionistas*), el ACTA COMPLEMENTARIA refiere a que con las modificaciones introducidas a los incisos a) y b) de la Cláusula 15.6 del ACUERDO se preserva el carácter novatorio del ACUERDO y el efecto definitivo de las renunciaciones y desistimientos allí regulados.

Sin embargo, la actual versión del ACUERDO mantiene una cláusula similar a su anterior 15.6, inciso c) que, frente a una medida pública que afecte o condicione la vigencia del ACUERDO, le otorga la facultad del concesionario y sus accionistas de reclamar bajo el derecho local o internacional sus derechos preexistentes a la entrada en vigencia del ACUERDO, sin limitación alguna proveniente de su firma (v. actual Cláusula 15.6.c), por lo que pese a lo expresado en el ACTA COMPLEMENTARIA, reitero mi anterior objeción en este aspecto.

- III -

CONCLUSIÓN

Con las salvedades apuntadas, doy por cumplida mi intervención.

