

DECRETO N° 0090

SANTA FE, “Cuna de la Constitución Nacional”

, 01 FEB 2018

VISTO:

El Expediente Administrativo N° 00101-0267567-1 y sus agregados Nros. 01801-0044779-5, 01801-0040363-2, 01801-0044835-8 y 16101-0158102-6, del registro del Sistema de Información de Expedientes (SIE), todos relacionados con lo obrado con posterioridad a la emisión del Decreto N° 1017/2017, y;

CONSIDERANDO:

Que este Poder Ejecutivo, a través del Decreto N° 5194/16, ratificó el “Convenio de Extinción por Mutuo Acuerdo” del Contrato de Concesión por Peaje de la Autopista Provincial AP — 01 “Brigadier General Estanislao López” (suscripto oportunamente entre el Ministerio de Infraestructura y Transporte y la firma ARS S.A.) y declaró rescindido el referido Contrato de Concesión, disponiendo además que, por el plazo de seis (6) meses o hasta tanto se adjudique a un tercero o el Estado Provincial asuma para sí la explotación, dicho corredor vial sería operado en los términos previstos en el Anexo del citado Convenio de Extinción;

Que, con posterioridad a la emisión de dicho decisorio, el H. Tribunal de Cuentas de la Provincia, por conducto de la Vocalía Jurisdiccional “B” de su Sala I, en ejercicio de sus facultades de contralor previstas en la Ley N° 12.510, solicitó al Ministerio de Infraestructura y Transporte información en orden a determinados puntos relacionados con las actuaciones administrativas que motivaran la suscripción del ya aludido Convenio de Extinción, retornando así las mismas a dicha jurisdicción;

Que, en la citada Cartera Ministerial, tomó conocimiento la Dirección General de Despacho, que agregó copia de la Resolución MIT N° 50/2017 de fecha 20.1.2017, mediante la cual se designó a los profesionales a cargo de la implementación y seguimiento de los procedimientos técnico-económicos estipulados en el mencionado Convenio;

Que, luego de las intervenciones de la Secretaría de Coordinación Técnica y de la Dirección General de Asuntos Jurídicos del Ministerio de Infraestructura y Transporte, la Secretaría Legal y Técnica del Ministerio de Gobierno y Reforma del Estado remitió las actuaciones a Fiscalía de Estado, encuadrando la gestión en el artículo 3º inc. b) primera parte del Decreto-Acuerdo N° 0132/94;

Que Fiscalía de Estado, mediante Dictamen N° 0152/17, opinó que resultaba claro que el Contrato de Concesión suscripto con ARS S.A. se vio frustrado tanto respecto del objeto principal del mismo -esto es, la finalidad tenida en vista por la Provincia, consistente en la contratación de una empresa concesionaria para la reparación, repavimentación, conservación, ampliación, remodelación, mantenimiento, administración, gerenciamiento y explotación mediante el sistema de Concesión de Obra Pública por Peaje-, como alegadamente en la expectativa de la Concesionaria de obtener rentabilidad por la explotación del corredor vial en el marco de la concesión;

Que, asimismo, dicho órgano de asesoramiento sostuvo que, a la referida frustración, debía agregarse, por otra parte, lo afirmado expresamente por la Cartera interviniente en cuanto a la clara intención del Estado Provincial de modificar el esquema de prestación del servicio en cuestión, y a la mutación del modelo de gestión del corredor, desde que se pasaba del esquema ya referenciado a la Concesión por Peaje del Mantenimiento, Administración, Gerenciamiento y Explotación de la AP 01, por un lado y, por el otro, la Provincia asumía la carga de reparar y repavimentar la autopista;

Que, así las cosas, y valorando las constancias del trámite, lo manifestado por la empresa Concesionaria, lo sostenido por el Órgano de Control de la Autopista y los organismos técnicos del Ministerio de Infraestructura y Transporte, Fiscalía de Estado entendió que lucía con suficiente andamiaje la decisión de proceder a la extinción del Contrato de Concesión en tanto ninguna de las partes pretendía su sostenimiento, y que el diferimiento de la resolución de la situación no conllevaba al cumplimiento de ninguna finalidad pública o privada que —al menos preliminarmente— así lo justificara;

Que agregó además que arribar a un acuerdo de rescisión se trataba de una opción no sólo inserta en el marco legal y contractual, sino que también se presentaba como una solución que tendía a evitar conflictos perpetuados en el tiempo que no atendían a los intereses del Estado e, incluso, de las empresas contratistas;

Que, sin perjuicio de ello, consideró también en su parecer legal que lo actuado y los informes arrimados no lograban justificar con claridad la solución a la cual se arribara en materia de imputación de responsabilidad, por lo que, sin desmedro de lo informado por el Órgano de Control y lo manifestado por la empresa Concesionaria en torno a distorsiones que habrían impactado en la ecuación económica financiera del contrato, lo cierto era que ni el informe técnico, ni así tampoco el contable producido por terceros, aportaban en dicha instancia la suficiente claridad y precisión como para poder llegar, sin más, a la conclusión de la razonabilidad de la falta de responsabilidad de la Concesionaria, o bien a la compensación de responsabilidades mutuas;

Que, en consecuencia, dicho órgano asesor propició una nueva instancia de análisis técnico de las consecuencias económicas derivadas de la rescisión contractual, con las intervenciones de las oficinas administrativas que pudiera corresponder y con la

colaboración de experticia de especialistas cuya opinión resultara de utilidad a tal efecto, difiriendo la determinación de esos efectos económicos del acuerdo rescisorio a un procedimiento definitivo de análisis de lo acontecido y de determinación de la responsabilidad que le pudiese caber a las partes -o incluso a terceros- en la frustración del Contrato de Concesión;

Que, concretamente, sostuvo que el procedimiento o los informes ampliatorios deberían centrarse entonces en establecer la responsabilidad que a las partes le pudiese caber en las circunstancias apuntadas, a fin de determinar con claridad y motivación suficiente la causal de rescisión del contrato respectivo;

Que, en ese contexto del procedimiento administrativo que rige el caso y doctrina y jurisprudencia vinculadas, el máximo órgano de asesoramiento legal concluyó que, de los resultados de estas actuaciones, surgiría si, en definitiva, existía o no algún crédito en cabeza del Estado, de la Contratista o, en su caso, se encontraba justificada la extinción sin responsabilidades emergentes para ninguna de las partes;

Que siguiendo entonces el mencionado dictamen de Fiscalía de Estado, este Poder Ejecutivo dictó el Decreto N° 1017/17, mediante el cual se decidió someter a revisión el referido “Convenio de Extinción por Mutuo Acuerdo del Contrato de Concesión por Peaje de la Autopista Provincial AP — 01 “Brigadier General Estanislao López”, como también su respectivo acto aprobatorio en su tramo pertinente (Decreto N° 5194/16), encomendándose al Ministerio de Infraestructura y Transporte la implementación de un procedimiento definitivo de análisis y determinación de la responsabilidad que le puede caber a las partes (o, incluso a terceros) en la frustración del mentado Contrato de Concesión, disponiendo la intervención de especialistas o la realización de auditorías que conduzcan a determinar fehacientemente la causal de responsabilidad en la rescisión, así como los eventuales créditos y deudas recíprocos derivados de la extinción del mismo;

Que, asimismo, mediante dicho decisorio, se ordenó suspender los efectos del Artículo 1° del Decreto N° 5194/16 únicamente en relación a la causal de extinción -mutuo acuerdo- contemplada en la Cláusula Primera del Convenio (que como Anexo I formó parte integrante de ese decisorio), quedando supeditada dicha causal al resultado del procedimiento encomendado y subsistiendo sus demás previsiones;

Que también ese mismo decreto dispuso que, una vez vencido el plazo del procedimiento de revisión, debería dictarse un nuevo acto administrativo que, en forma definitiva, estableciera la causal de rescisión del Contrato de Concesión y la atribución de responsabilidades de las partes intervinientes, supeditándose la resolución de todos los reclamos de origen anterior al mismo hasta tanto se dicte el mentado acto;

Que, así pues, en cumplimiento de las previsiones del Decreto N° 1017/2017, y sin perjuicio del recurso de revocatoria articulado por la firma Concesionaria ARS S.A., el Ministerio de Infraestructura y Transporte, en el marco del Expediente N° 01801-0044779-5, inició las gestiones tendentes a concretar la realización de las auditorías encomendadas por aquél;

Que, en tal rumbo, la Secretaría de Coordinación Técnica de esa Cartera, se dirigió al señor Ministro solicitándole tenga a bien avalar el inicio de los mecanismos administrativos enderezados a la selección de los consultores externos adecuados para la elaboración de un estudio y análisis integral e integrado que abarque los aspectos técnicos, económicos - financieros y legales que le fueran ordenadas por el mencionado acto administrativo este Poder Ejecutivo;

Que, con el visto bueno del titular ministerial, se dio continuidad al trámite, sugiriendo la Secretaría de Coordinación Técnica de la Cartera a la Coordinación General de Compras, Contrataciones y Gestión de Bienes que, atendiendo a los plazos fijados por el mentado Decreto N° 1017/2017 y a que se trataba de un trabajo multidisciplinario y no convencional, proceda a invitar a organizaciones de consultoría de magnitud que puedan dar respuesta a requerimientos de esta naturaleza, adjuntando un listado de posibles oferentes y se estableciendo las condiciones generales y los términos de referencia de la contratación;

Que, en ese camino, se celebró el acto de apertura de ofertas sin que se haya presentado ningún oferente, por lo cual, y ante el fracaso de la convocatoria, la referida Coordinación General de Compras, Contrataciones y Gestión de Bienes y la Dirección General de Asuntos Jurídicos del Ministerio de Infraestructura y Transporte, aconsejaron -en coincidencia aunque con encuadre en distintos incisos del apartado 2 del artículo 116° de la Ley N° 12.510- que se procediera al mecanismo de contratación directa;

Que, bajo ese marco normativo, la Secretaría de Coordinación Técnica del citado Ministerio, ponderando la exigüidad de los plazos involucrados, procedió a solicitar dos cotizaciones: una a efectos de la realización de un análisis técnico y económico integral de la concesión del corredor vial, y otra a fines de un análisis jurídico del contrato;

Que, al respecto, se recabaron cotizaciones del Ing. Civil Miguel GUEYDAN y de CASSAGNE ABOGADOS (CASS S.R.L.), siendo los seleccionados profesionales de reconocida capacidad y extensa trayectoria, respetándose así lo normado por el artículo 116°, inc. c), subinciso 4° de la Ley N° 12.510;

Que, en efecto, el Ing. Civil GUEYDAN cuenta, entre sus antecedentes académicos y profesionales, además del título de grado, con un Master in Business Administration de la Universidad Austral (IAE) y ha ocupado distintos cargos y desempeñado tareas en empresas del rubro en la República Argentina, Brasil, Chile, Francia y España, siendo así Ingeniero y Jefe de Obra en Quille -hoy Bouygues Batiment Grand Ouest- (Rouen), Gerente de Desarrollo Operativo de Abertis Sudamerica (Buenos Aires), Gerente Técnico en Abertis Logística Chile (Santiago), Director de Autopistas del Sol (Buenos Aires), Director de Autopistas del Pacífico (Santiago), Director de Autopistas del Elqui (Santiago), Director de la Comisión de Desarrollo Sustentable de Pudahuel (Santiago), Gerente

General de Saba Parques Logísticos (Santiago), Gerente de Explotación de Caminos de las Sierras (Córdoba), Presidente de Novobra (Buenos Aires), Presidente de Ferafer (Buenos Aires) y Consultor de Barimont S.A. (Buenos Aires);

Que, por su parte, el Dr. Juan Carlos CASSAGNE, es abogado y Doctor en Derecho y Ciencias Sociales (en la especialidad de Derecho Administrativo y Ciencias de la Administración), Miembro de Número de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires (de la cual fue Secretario y Vicepresidente), Académico Honorario de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación y Académico de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, ambas de Madrid, Miembro de la Academia Internacional de Derecho Comparado (AIDC), con sede en París, Miembro de la Academia Interamericana de Derecho Internacional y Comparado, Miembro de la Academia de Derecho de Colombia y de Perú, Profesor Titular Consulto de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, Titular de la Cátedra de Derecho Administrativo en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Pontificia Universidad Católica Argentina, Profesor Emérito de la Pontificia Universidad Católica Argentina, Profesor Honorario de las Facultades de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Profesor Ad Honorem de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay, Profesor Visitante de la Universidad París X (Nanterre-Francia), la Universidad de Pau (Francia); las Universidades Españolas Autónoma de Madrid, Salamanca, San Pablo Ceu, La Coruña, Navarra, Valladolid, la Escola Galega de Administración Pública, la Pontificia Universidad Católica de Chile, la Universidad de la República (Uruguay), la Universidad del Estado de Río de Janeiro, la Universidad Católica de Río de Janeiro y el Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario de Bogotá;

Que también el Dr. CASSAGNE es Director del Instituto de Derecho Administrativo de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires e integra el Consejo Académico del Programa Master en Derecho Administrativo de la Universidad Austral y ha sido fundador y director de la Revista de Derecho Administrativo de la Editorial LexisNexis y Director de la Carrera de Especialización en Derecho Administrativo de la Universidad de Belgrano, contando además con numerosas publicaciones en la materia, entre las cuales cabe destacar veintiséis (26) libros y más de trescientos (300) artículos de doctrina en revistas jurídicas especializadas del país y del extranjero;

Que, siendo así, previa intervención de la Dirección Provincial de Administración del Ministerio de Infraestructura y Transporte, se emitió la Resolución M.I.T. N° 813/2017 que autorizó a la Secretaría de Coordinación Técnica a formalizar los pertinentes contratos de locación de obra con los citados expertos;

Que, en tal cometido, el Ing. Civil GUEYDAN elaboró su dictamen, el que luce agregado a las actuaciones como “Informe Final de Asesoría Técnica — Económica del Ing. Civil Miguel Gueydan”;

Que el citado profesional procedió a analizar todos los actos administrativos relacionados con la licitación pública para la concesión de la AP-01, los pliegos de la misma (PCG, PCP y PTP), la oferta de ARS S.A, el Contrato de Concesión suscripto entre las partes, las Notas ARS S.A. Nros. 1, 60 y 196 de 2011, Notas ARS S.A. Nros. 83 y 198 de 2012, los Proyectos Ejecutivos correspondientes a las repavimentaciones de los años 1, 2, 3 y 4, los Expediente Nros. 01802-0006559-8, 01802-0006895-3, 01801-0037646-4, 01801-0039961-6, la documentación relativa a las solicitudes y validaciones de adecuación del PVP correspondientes a los períodos 2011, 2012, 2013, 2014 y 2015, el Informe del I.E.T. (“Estudio y evaluación técnico integral de lo acontecido en el marco de la concesión de la Autopista AP 01 Brigadier General Estanislao López”), el Informe de la Facultad de Ciencias Económicas de la UNR, el Informe del Auditor independiente sobre estados de resultados y de aseguramiento razonable sobre la ejecución de un plan económico financiero de 2016, el Decreto N° 5194/16 (Rescisión de Mutuo Acuerdo), la Nota del Tribunal de Cuentas de la Provincia de Santa Fe N° 73/17 y la Resolución 24/17 TCP, el Detalle de gastos de operación años 2011 a 2016, el Detalle de obras complementarias contratadas entre 2011 y 2016 al Concesionario, la Nota del Órgano de Control NAT N° 432/160510 (relativa plazo de pavimentación según pliegos), las actuaciones referidas a incumplimientos en los plazos de pago correspondientes a obras realizadas y toda la información relativa a planteles de la empresa en el transcurso del contrato de concesión de los años 2011, 2012, 2013, 2014, 2015 y 2016;

Que, a la luz del examen de la referida documentación, del desarrollo de la concesión y la evolución del contexto económico del país (inflación en alza, tasas de financiamiento en alza, variación sustancial del tipo de cambio), el Ing. Civil GUEYDAN concluyó, en primer lugar, que la evolución desfavorable de las condiciones macroeconómicas y el estado estructural del pavimento real frente a la información suministrada en el proceso licitatorio condicionaron el accionar tanto del Concesionario como del Concedente y que, transcurridos seis (6) años de la concesión, la realidad de la infraestructura no resultó la prevista, ni las obras de mejora pudieron realizarse;

Que, ante a ese hecho y la necesidad de garantizar tanto la seguridad como el confort de los usuarios, no quedó otra alternativa a las partes que rescindir el contrato, permitiendo al Estado Provincial la implementación de un accionar urgente para recuperar los pavimentos del corredor;

Que dicho experto también indicó que si bien, en esos primeros seis (6) años, el Concesionario cumplió parcialmente con la obligación de repavimentar la autopista -utilizando el 39% de concreto asfáltico del total presupuestado-, no obstante, por otra parte, debió implementar un plan de mantenimiento de la calzada mucho más exigente y de mayor envergadura del previsto -que le implicó consumir el 735% de lo comprometido en la oferta-, extrayendo de esta comparación un monto a favor del Concedente;

Que asimismo señaló que el Concesionario financiaba el déficit resultante de las obras de repavimentación con los resultados obtenidos en las obras complementarias efectivamente realizadas, hecho comprobado mediante el análisis de los estados contables realizado por la Universidad Nacional de Rosario; agregando que las obras complementarias comprometidas en el Contrato de Concesión y no ejecutadas, importaban un beneficio estipulado en la oferta por estas obras no realizadas a favor del Concesionario;

Que además añadió que los tiempos de pagos estipulados para las obras complementarias, no fueron cumplidos por el Concedente, lo que generó un perjuicio financiero al Concesionario;

Que, por otra parte, también destacó que una aplicación extemporánea del valor del precio por vehículo pasante (PVP) y una falta de representatividad de los gastos reales en la fórmula de adecuación de dicho valor en el tiempo, causaron perjuicios tanto financieros como económicos al Concesionario;

Que, en su opinión, los hechos evidenciaron obligaciones cumplidas parcialmente por ambas partes y que, luego de cuantificar y homogeneizar en el tiempo los valores correspondientes a las citadas obligaciones del Concedente y del Concesionario, el balance se presenta equilibrado;

Que, a la postre, se incorporó el informe realizado por “Cassagne Abogados”, rubricado por el Dr. Juan Carlos CASSAGNE;

Que, sintéticamente, el prestigioso jurista sostuvo que, en cuanto a la factibilidad de la extinción del contrato de común acuerdo y dadas las singularidades del contrato administrativo, la misma resultaba jurídicamente factible;

Que, asimismo, en lo atinente a la posibilidad de que el acuerdo reconozca indemnizaciones a favor del particular, juzgó que la cuestión no merece de mayor análisis por cuanto la Cláusula 12.4 del Contrato de Concesión contempla de manera expresa que la extinción por mutuo acuerdo “no dará derecho a la indemnización o resarcimiento por ningún concepto a favor de cualquiera de las partes”;

Que el Dr. CASSAGNE coligió entonces que ni la ley aplicable ni el contrato, establecen otros requisitos para la rescisión de común acuerdo del Contrato de Concesión que lo atinente a la exigencia de que se encuentre desvirtuado el “fin social de la concesión” (artículo 48°, inc. 2 de la Ley Provincial N° 10.798) y la exclusión de la posibilidad de pactar indemnizaciones a favor del Concesionario (Cláusula 12.4 del Contrato de Concesión);

Que, en sustento de su opinión, trajo a colación doctrina de la Procuración del Tesoro de la Nación que, admitiendo la rescisión anticipada de común acuerdo y con fundamento en la concurrencia de culpas, determinó las siguientes pautas: (a) que esta modalidad de rescisión neutraliza las culpas; (b) que se asimila a la rescisión sin culpa del contratista; (c) que para determinar la responsabilidad de las partes y calificar jurídicamente la causal de extinción resulta necesario efectuar una apreciación global de los hechos, de las circunstancias particulares del caso y de la conducta de las partes, (d) que no resulta exigible que exista contemporaneidad entre los incumplimientos de las partes y, (e) que, ante la duda sobre la procedencia de disponer una rescisión con culpa, corresponde que la rescisión se decrete sin culpa de las partes;

Que, por otra parte, habiendo examinando la validez del Decreto N° 5194/2016 sobre la base de tales presupuestos conceptuales, el Dr. CASSAGNE estimó que se encuentran “configuradas razones jurídicas suficientes para que se verifique la neutralización de la culpa de las partes, máxime, teniendo en cuenta que la pauta de neutralización o compensación de culpas, como antes se dijo, resulta aplicable cuando existen incumplimientos generados por razones ajenas a ellas (la evaluación desfavorable e imprevisible de las variables macroeconómicas), las que, en el caso, tienen una singular relevancia”;

Que hizo hincapié en que, en la medida que tal lo que surge del informe técnico del Ing. GUEYDAN la liquidación final arroja un balance equilibrado, resulta posible deducir que existe una directa relación entre los incumplimientos del Concesionario, los factores ajenos a su voluntad y el riesgo asumido (en especial, el riesgo de demanda) que interfirieron negativamente en la ejecución del contrato;

Que también manifestó que otro dato no menor a ser considerado es que, tal como se advierte en el Informe producido por el C.P.N. Guillermo Español, “la oferta económica de la empresa adjudicataria (valor PVP) fue tan sólo un 2,4% inferior a la segunda oferta presentada”. Este extremo permitía interpretar que el Concesionario no incurrió en errores de ponderación del riesgo empresario asumido y, por tanto, en un error de oferta -o si se quiere un supuesto de precio vil o no serio- que deba soportar;

Que el Dr. CASSAGNE concluyó asimismo que la notable afectación de la economía del contrato tornó imposible la continuación de la concesión en las condiciones pactadas, y que ello constituyó una justificación objetiva suficiente a efectos de determinar que existieron fundadas razones de interés público para extinguir por acuerdo de partes el Contrato de Concesión y, como derivación de ello, extraer la legitimidad -la legalidad y la razonabilidad- del Decreto N° 5194/2016;

Que, en cuanto al Decreto N° 1017/2017, expresó que el contexto fáctico y razones de estricta prudencia, exigían adoptar esta medida hasta tanto el Tribunal concluyera el respectivo procedimiento de control de legalidad, ponderando a su vez que la simple lectura del dictamen legal de Fiscalía de Estado evidenciaba un análisis minucioso de los antecedentes del caso para arribar a una conclusión adecuada de las particulares y complejas circunstancias que llevaron al dictado del Decreto N° 5194/16;

Que, en este marco, sostuvo que si bien, en el caso se configuró un supuesto de quiebre de la ecuación económica financiera y frustración del fin del contrato que hacían inviable su subsistencia, “en los informes incorporados al expediente a la fecha de emisión del Dictamen FDE no se había efectuado una ponderación concreta de los incumplimientos de las partes, que permitiera justificar plenamente la decisión de que la extinción se produjera por mutuo acuerdo”;

Que, en mérito a ello, concluyó entonces que no se verificaba un vicio en la causa, pero que además tampoco se verificaba un vicio

en el objeto, pues era ostensible que el señor Gobernador se encontraba facultado para suspender los efectos del Decreto N° 5194/2016;

Que agregó que tampoco se violó en la especie el principio de estabilidad del acto administrativo, no obstante descartar que la suspensión de algunos de sus efectos hasta tanto finalizara el procedimiento de revisión del acuerdo de extinción no importó una revocación;

Que, en razón de lo expresado, entendió que el Decreto N° 1017/2017 no presentaba vicios que conlleven su nulidad, razón por la cual correspondería desestimar el recurso interpuesto contra dicho decisorio por el Concesionario;

Que, en consecuencia, como corolario, sostuvo que: (a) debía darse por finalizado el procedimiento de revisión; (b) levantar la suspensión ordenada por el Decreto N° 1017/2017; (c) ratificar lo dispuesto por el Decreto N° 5194/2016; (d) declarar que la extinción de común acuerdo es sin culpa de las partes; y (e) expresar que en virtud de lo oportunamente acordado en el Convenio ratificado por dicho decreto, no existen derechos pendientes sobre las cuestiones involucradas en la relación contractual que se extingue;

Que, ello así, colectados aquellos informes de los expertos, la Dirección General de Asuntos Jurídicos del Ministerio de Infraestructura y Transporte, emitió su respectivo parecer legal;

Que dicho estamento consultivo compartió la opinión del jurista externo, señalando además que, de confirmarse el acto administrativo puesto a revisión, se convierte en abstracto el planteo impugnatorio promovido contra el Decreto N° 1017/17;

Que, en ese estado, a instancias de la Secretaría de Coordinación Técnica del Ministerio de Infraestructura y Transporte, se remitieron las actuaciones a Fiscalía de Estado;

Que el Máximo Órgano de Asesoramiento Legal del Poder Ejecutivo emitió el Dictamen N° 0492/2017, mediante el cual hizo suyo lo considerado por el Dr. Juan Carlos CASSAGNE en lo que atañe a la posibilidad de rescindir convencionalmente contratos administrativos y a que dicho modo de terminación de la convención o negocio jurídico, no merecía mayor análisis, puesto que la Cláusula 12.4 del Contrato de Concesión prevé expresamente tal figura;

Que, asimismo, expresó que es criterio reiterado de esa Fiscalía de Estado que los informes técnicos merecen plena fe siempre que sean suficientemente serios, precisos, razonados y no adolezcan de arbitrariedad aparente, vinculándose las opiniones de dicho órgano a los aspectos jurídicos de las cuestiones sometidas a debate;

Que, bajo tales premisas, Fiscalía de Estado señaló que, de todos los informes colectados en las actuaciones, se desprende que la extinción de común acuerdo y sin atribución de responsabilidades exclusivas a ninguna de las partes, se presentó como la solución ajustada a los antecedentes del caso;

Que, en honor a la brevedad, entendió que bastaba con indicar que en el informe "GUEYDAN" se deja sentado que los hechos relevados "evidencian obligaciones cumplidas parcialmente por parte tanto del Concesionario como del Concedente" y que, luego de cuantificar y homogeneizar en el tiempo los valores correspondientes a las citadas obligaciones, el balance se presentaba equilibrado;

Que, en la misma dirección, indicó que el Dr. CASSAGNE apuntó en su parecer legal que "los incumplimientos del Concesionario se encuentran neutralizados por los incumplimientos de la Administración así como por causas exógenas a la voluntad de las partes";

Que, en este contexto de equilibrio, dicho órgano consultivo sostuvo que no cabía asignar la responsabilidad por la extinción a ninguna de las partes y que la extinción por mutuo acuerdo se exhibe como la opción más razonable;

Que, ratificándose la causal rescisoria del Artículo 12.4 del Contrato de Concesión, causal rescisoria que incluso pretende ARS S.A. en su recurso de revocatoria; no cabría en el caso para ninguna de las partes derecho alguno a indemnización o resarcimiento por ningún concepto;

Que, más allá de compartir en su totalidad el dictamen del Dr. Juan Carlos CASSAGNE en torno a la posibilidad rescindir contratos administrativos, Fiscalía de Estado agregó que, ya en su Dictamen N° 1052:2011, afirmara que la conclusión convencional a la que allí se propendía sintonizaba con las disposiciones del Código Civil e implicaba una conveniente composición de los intereses en conflicto, si se ponderaban "las circunstancias e incidencias que han provocado un verdadero desequilibrio en las prestaciones originariamente comprometidas"; apreciando la "inviabilidad técnico jurídica de recomponer y reconducir el mismo" informada desde la jurisdicción de origen;

Que, para mayor abundamiento, expresó que entre las causales de extinción anticipada del contrato por causas no imputables al contratista, se comprende el supuesto de ruptura definitiva de la ecuación económico-financiera del contrato, por lo cual la configuración —como surge de las intervenciones recabadas en el sub examine— de acontecimientos extraordinarios de naturaleza diversa, ajenas a la responsabilidad del Concesionario, determinaron la ruptura del equilibrio de la ecuación económica financiera del contrato;

Que las constancias del expediente, revelan que la Administración se ha conducido en todas las instancias del trámite con la buena fe que exigen los contratos administrativos y ha observado desde la génesis del propio llamado a licitación el respeto del principio de sostenimiento del debido equilibrio económico-financiero del contrato, tanto de los términos estipulados en el Pliego de Bases y Condiciones, al cual el Concesionario se sometió voluntariamente al formular su oferta y luego al resultar adjudicatario, como de las normas contractuales;

Que, en cuanto a los planteos realizados por la firma

Concesionaria, más allá de algunas consideraciones realizadas y tal como lo interpretara el servicio jurídico permanente del Ministerio de Infraestructura y Transporte, han quedado abstractos en virtud de lo actuado en este procedimiento administrativo y lo dispuesto en el presente decisorio;

Que, una vez insertado su parecer, Fiscalía de Estado devolvió las actuaciones administrativas a la Secretaría Legal y Técnica del Ministerio de Gobierno y Reforma del Estado, la cual entendió conveniente girar las mismas a la Cartera de origen para que, con lo obrado, proceda a realizar las consideraciones que estime corresponder a los efectos de la integridad y completitud de la gestión;

Que, con posterioridad, interviene la Dirección Provincial Legal y Técnica del Ministerio de Infraestructura y Transporte, elevando un informe de antecedentes históricos de los diferentes sistemas de administración, gerenciamiento y construcción de corredores viales en el país con el objeto de evaluar en un contexto más amplio la situación de la concesión de la Autopista AP-01;

Que, en tal sentido, la citada Dirección Provincial expone que el financiamiento público para la red vial nace en el año 1907 con un impuesto con afectación específica administrado a través de una cuenta especial, creada por Ley N° 5315 (que establecía una contribución del 3% del producto líquido para la construcción o mantenimiento de puentes y caminos ordinarios de los municipios o departamentos cruzados por la línea férrea, por los caminos que crucen las vías y en proporción a los kilómetros de vías por Provincia);

Que, en el año 1932, en medio de una gran crisis financiera, el Estado Nacional dictó la Ley Nacional de Vialidad N° 11.658 que creó la Dirección Nacional de Vialidad (D.N.V.), en reemplazo de la Dirección General de Vialidad, como ente autónomo e institución de derecho público, generando a la vez un sistema troncal de caminos nacionales y encomendando al nuevo ente el estudio general de las necesidades viales del país y la proyección de la red a construirse. Que, asimismo, por medio de la misma, se creó el “Fondo Nacional de Vialidad”, que debía destinarse al estudio, trazado, construcción, mejoramiento, conservación, reparación y reconstrucción de caminos y obras anexas, en la red definida por la ley, en tanto en las provincias las obras viales eran ejecutadas por las Direcciones Provinciales de Vialidad;

Que, a partir de los años `50, se consolidó un modelo keynesiano de intervención sobre la red vial: el Estado construyendo por administración propia y gestionando por sí, con múltiples empleados, máquinas, materiales, y dispersión geográfica, sus propias obras, siendo este modelo a partir del cual se organizan la Dirección Nacional de Vialidad y las Direcciones Provinciales de Vialidad;

Que, con posterioridad, a través del dictado de la Ley Nacional N° 17.520/1967, se decidió emprender un “Plan de Concesionamiento de la Red Vial”, en el entendimiento de que “... La experiencia en otros países ha demostrado que una legislación adecuada que despierte en la iniciativa privada, con las garantías e incentivos necesarios, el interés por la inversión en las obras públicas, ha permitido resolver problemas cuya solución, de otra manera, hubiera requerido muchos años y un gran esfuerzo estatal. Es imprescindible para ello recurrir a las fuentes de recursos que representan el ahorro público interno y externo, procurando canalizarlo a través de los entes concesionarios, con las garantías e incentivos adecuados para lograr dicho fin.

Esto exige ciertas condiciones de estabilidad y confianza en nuestra economía que ya se dan y que permitirán restituir nuestro mercado de ahorro, en un sentido nuevo, dirigido a satisfacer la creciente demanda de obras públicas...”;

Que la mencionada norma, permitió al Poder Ejecutivo otorgar concesiones de obra pública por un término fijo a sociedades privadas o mixtas o a entes públicos para la construcción, conservación o explotación de obras públicas mediante el cobro de tarifas o peaje. Dichas concesiones podían 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. Que, a los fines de definir la modalidad de la concesión dentro de las alternativas mencionadas precedentemente, el Poder Ejecutivo reintegrables o no al Estado;

debía considerar: (a) el nivel medio de las tarifas no podría exceder al valor económico medio del servicio ofrecido; (b) la rentabilidad de la obra, teniendo en cuenta el tráfico presunto, y (c) el pago de la amortización de su costo, de los intereses, beneficio y de los gastos de conservación y de explotación;

Que si, al definir la modalidad de la concesión a otorgar, se optaba por la gratuita o subvencionada por el Estado, debían precisarse las obligaciones de reinversión del concesionario o de participación del Estado en el caso de que los ingresos resultaren superiores a los previstos;

Que cuando en la década del `80, la crisis fiscal y la crisis

externa hicieron eclosión y los gobiernos comenzaron a recortar los recursos destinados a las empresas públicas, la situación

patrimonial de las mismas llegó a un punto crítico, la calidad del servicio se deterioró fuertemente y la situación colapsó cuando, en ese marco, se produjo en 1989 un episodio hiperinflacionario que se prolongó a lo largo del año 1990;

Que la desmedida inflación generó falta de crédito, provocando una profunda recesión, cuyo inmediato resultado fue la desarticulación del sector empresario y el consecuente incremento del desempleo, tornándose necesario una readecuación en la distribución de fondos, lo que conllevó la disminución abrupta de aquellos destinados al mantenimiento de los caminos;

Que la necesidad de lograr en un corto plazo una solución al problema de la infraestructura vial, teniendo en cuenta la importancia que la misma representaba para la economía del país, se planteó como un desafío en la implementación de nuevos mecanismos de gerenciamiento y administración;

Que, en dicho contexto, en el año 1989, se sancionó la Ley Nacional N° 23.696 de Reforma del Estado, que declaró "... en estado de emergencia la prestación de los servicios públicos, la ejecución de los contratos a cargo del sector público y la situación económica financiera de la Administración Pública Nacional centralizada y descentralizada, entidades autárquicas, empresas del Estado, Sociedades del Estado, Sociedades anónimas con participación Estatal Mayoritaria, Sociedades de Economía Mixta, Servicios de Cuentas Especiales, Obras Sociales del Sector Público bancos y entidades financieras oficiales, nacionales y/o municipales y todo otro ente en que el Estado Nacional o sus entes descentralizados tengan participación total o mayoritaria de capital o en la formación de las decisiones societarias...", a la cual adhirió la Provincia de Santa Fe mediante la Ley N° 10472;

Que, producto de ello, mediante Decreto Nacional N° 2039/90 se otorgaron en Concesión de Obra Pública para las mejoras, ampliación, remodelación, conservación, mantenimiento, explotación y administración por el régimen de la Ley N° 17.520 y de la Ley N° 23.696 por el plazo de ciento cuarenta y cuatro (144) meses, sendos corredores de la Red Vial Nacional Nros. 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, y 18;

Que, durante el año 1991, comenzaron a evidenciarse los primeros inconvenientes del sistema, producto de la incontrolada inflación del momento y de la consecuente recesión, lo cual derivó en nuevas condiciones tarifarias, como así también en la conversión del modelo de concesión que pasó de ser oneroso a subsidiado;

Que, en el año 2002, se dicta la Ley N° 25.561 que declaró la emergencia pública en materia social, económica, administrativa, financiera y cambiaria y, a su vez, dispuso la salida del régimen de convertibilidad, autorizándose al Poder Ejecutivo Nacional a renegociar los contratos de obras y servicios públicos concesionados;

Que la referida ley estableció criterios a seguir en el marco del proceso de renegociación de esos contratos, tales como aquellos que meritúen el impacto de las tarifas en la competitividad de la economía y en la distribución de los ingresos;

Que, en ese rumbo, la renegociación de los contratos se reglamentó a través del Decreto N° 0311/03, creándose la Unidad de Renegociación y Análisis de Contratos de Servicios Públicos (UNIREN) en el ámbito de los Ministerios de Economía y Producción y de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios, destacándose como ejemplos de su intervención: (a) la renegociación de la Concesión de Obra Pública otorgada con la empresa Caminos del Río Uruguay S.A. para las mejoras, ampliación, remodelación, conservación y administración del Corredor N° 18, perteneciente al Grupo V de la Red Vial Nacional, ratificada por Decreto N° 1870/06; (b) el acuerdo de Renegociación Contractual suscripto en fecha 2 de febrero de 2006 entre la UNIREN y la empresa concesionaria AEC S.A. (Empresa Concesionaria de Obra Pública del Acceso Ricchieri a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, conforme a la concesión que fuera aprobada por el Decreto N° 1167/94), ratificado por Decreto N° 42/07; (c) el acuerdo de renegociación contractual del Contrato de Concesión de Obra Autopista Buenos Aires-La Plata, Ribereña de la Capital Federal y Nuevo Puente sobre el Riachuelo, suscripto en fecha 09/10/2009 entre la UNIREN y la firma COVIARES S.A., ratificado por decreto PEN N° 1057/10; y (d) el acuerdo de renegociación contractual de la Concesión de la Obra del Acceso Oeste, suscripto en fecha 16/12/2005 entre la UNIREN y la Empresa Concesionaria del Oeste S.A., ratificado por decreto N° 298/06,

entre otros;

Que resultan evidentes las dificultades que, tanto a nivel nacional como provincial, atravesaron los modelos de concesión de corredores viales que, además del gerenciamiento, contemplaban la realización de obra pública;

Que en su etapa inicial, el precio del peaje debía servir para todo: mantener la ruta, invertir y remunerar a la empresa concesionaria; y a cambio de manejar los fondos así obtenidos, la empresa que explotaba el corredor debía abonar un canon. Que, como se señaló, tal modalidad no funcionó, toda vez que las tarifas nunca se actualizaron como establecían los pliegos de bases y condiciones, provocando que tanto el Estado como las empresas concesionarias cumplieran parcialmente sus obligaciones;

Que, posteriormente, las concesionarias se ocuparon únicamente del gerenciamiento de los corredores, debiendo depositarse diariamente el producto del peaje en el Órgano de Control de Concesiones Viales (Occovi); y las obras y licitaciones sobre corredores nacionales pasaron a cargo del Gobierno Nacional, lo que dio como resultado el congelamiento del precio del peaje e incremento de los costos, por lo que tampoco pudo avanzarse en la concreción de las obras necesarias;

Que, en el año 2010, a nivel nacional, volvió a cambiarse el sistema a través de la licitación de un plan de obras por corredor, debiendo las empresas cotizar la ejecución de esos proyectos y la operación de la concesión;

Que, sin embargo, tampoco se ejecutó la obra pública en la gran mayoría de las rutas, lo cual obligó a trazar otro modo de operación: ahora las empresas concesionarias debían presentar un listado de trabajos y costos (la mano de obra, por caso, o la cantidad de metros cuadrados de desmalezamiento de banquetas) y, en base al mismo, se calculaba el pago;

Que, en definitiva, la selección de un modelo de administración y gestión de corredores viales, dista de ser uniforme en nuestro país, siendo de relevancia considerar que la gestión de los principales corredores viales (a nivel nacional) fue prorrogada entre los años 2016 y 2017 a la espera de una definición sobre un sistema de concesionamiento optimizado que permita el cumplimiento de las obligaciones a asumir por las partes, teniendo en cuenta el contexto macroeconómico del país;

Que, sentado así el contexto nacional acerca de los corredores viales, obra finalmente agregado a las actuaciones principales el Expediente N° 16101-0158102-6, mediante el cual el señor Gerente General de "VIAL SANTA FE" (Fideicomiso de Administración de la Autopista Provincial AP — 01 "Brigadier General Estanislao López", cuya constitución fuera autorizada mediante Decreto N° 1870/17), remite al señor Administrador Provincial de Vialidad un informe relativo a la situación económica financiera del corredor vial desde el inicio de la gestión hasta la actualidad;

Que dicho informe da cuenta que, en base a la información presentada por el concesionario anterior, los ingresos no permitían afrontar otros gastos que no sean los referidos a personal, servicios básicos (ambulancias, bomberos y adicionales de policía) y mantenimientos mínimos (corte de pasto, limpieza y mantenimiento eléctrico), incluso en determinados meses no alcanzaba para cubrir los egresos comprometidos;

Que esa circunstancia no varió a partir de la constitución del fideicomiso de administración, pudiendo observarse claramente que la diferencia entre ingresos y gastos no permite afrontar mayores inversiones, ello sin tener en cuenta que pueden presentarse gastos extraordinarios -no habituales- y que la única financiación proviene de la recaudación por cobro de peaje;

Que, asimismo, de conformidad con lo aconsejado oportunamente por Fiscalía de Estado mediante Dictamen N° 0152/2017, se procedió a dar participación a la empresa ARS S.A., la cual tomó conocimiento de todo lo actuado, prestando conformidad al procedimiento de revisión y a los informes técnico-económico y jurídico, respectivamente, desistiendo de todo recurso o reclamo iniciado y manifestando que nada tiene que reclamar por ningún concepto relacionado con el Contrato de Concesión por Peaje de la Autopista Provincial AP — 01 "Brigadier General Estanislao López", y con la extinción por mutuo acuerdo del mismo, aprobada por Decreto N° 5194/16;

Que, a la luz de todo lo expuesto, corresponde ceñirse a las conclusiones arribadas por los profesionales externos en sus respectivos pareceres, a lo dictaminado por Fiscalía de Estado, a los informes del Ministerio de Infraestructura y Transporte y a la presentación de ARS S.A.;

POR ELLO:

EL GOBERNADOR DE LA PROVINCIA

DECRETA

ARTÍCULO 1° - Dése por concluido el procedimiento de revisión del "Convenio de Extinción por Mutuo Acuerdo del Contrato de Concesión por Peaje de la Autopista Provincial AP — 01 "Brigadier General Estanislao López", y su respectivo acto aprobatorio, Decreto N° 5194/16.

ARTÍCULO 2° - Ratifícase lo dispuesto en el Decreto N° 5194/16, levantándose la suspensión de sus efectos.

ARTÍCULO 3° - Déjase establecido que la extinción de común acuerdo del Contrato de Concesión por Peaje de la Autopista Provincial AP — 01 "Brigadier General Estanislao López", es sin culpas para las partes, como asimismo que, en razón de lo oportunamente acordado en el Convenio de Extinción ratificado por el decisorio citado en el artículo precedente, no existen derechos pendientes para ninguna de las partes sobre las cuestiones involucradas en la relación contractual que se extingue.

ARTÍCULO 4° - Téngase por desistido el recurso de revocatoria interpuesto por ARS S.A. contra el Decreto N° 1017/17 en mérito a los fundamentos expresados en los Considerando;

ARTICULO 5° - Dése cuenta a las Honorables Cámaras Legislativas y al Honorable Tribunal de Cuentas de la Provincia.

ARTICULO 6° - Refréndese el presente decreto por el Señor Ministro de Infraestructura y Transporte.

ARTICULO 7° - Regístrese, comuníquese, y archívese.

LIFSCHITZ

Ing. José León Garibay
