

RDA

DERECHO ADMINISTRATIVO

REVISTA DE DOCTRINA,
JURISPRUDENCIA,
LEGISLACIÓN Y PRÁCTICA

Julio - Agosto 2024 | 154

DIRECTOR:
JUAN CARLOS CASSAGNE

SUBDIRECTORES:
Pablo Esteban Perrino
Estela B. Sacristán

*Acceda al resumen
de la Revista hecho con
Inteligencia Artificial*



ISSN 1851-0590

 **INCLUYE
VERSIÓN DIGITAL**

ABELEDOPERROT

ISSN: 1851-0590
RNPI: 5074816

Todos los derechos reservados
© **ABELEDOPERROT S.A.**

Dirección, administración y redacción
Tucumán 1471 (C1050AAC)
laley.redaccionjuridica@tr.com

Ventas
CASA CENTRAL
Tucumán 1471 (C1050AAC)
Tel.: 0810-266-4444

LOCAL I FACULTAD DE DERECHO - UBA
Figueroa Alcorta 2263 (C1425CKB)
Tel. / Fax: 4806-5106

Atención al cliente: 0810-266-4444
Buenos Aires - Argentina

*Hecho el depósito que establece la ley 11.723.
Impreso en la Argentina. Printed in Argentina.*

Nota de la Dirección: Las opiniones vertidas en los comentarios firmados son privativas de quienes las emiten.

Se terminó de imprimir en la 2da. quincena de julio de 2024, en los talleres gráficos de La Ley S.A.E. e I.,
Bernardino Rivadavia 130, Avellaneda - Provincia de Buenos Aires, República Argentina

RDA

DERECHO ADMINISTRATIVO

REVISTA DE DOCTRINA,
JURISPRUDENCIA,
LEGISLACIÓN Y PRÁCTICA

DIRECTOR:

JUAN CARLOS CASSAGNE

SUBDIRECTORES:

Pablo Esteban Perrino
Estela B. Sacristán

Julio - Agosto 2024 | 154

 **INCLUYE**
VERSIÓN **DIGITAL**

ABELEDOPERROT

Marco regulatorio y contractual de la industria de dragado fluvial y marítimo en Argentina

Fernando Acevedo ^(*)

José Francisco Lago Rodríguez ^(**)

Sumario: I. Nociones básicas sobre las obras de dragado.— II. Importancia de las obras de dragado para Argentina.— III. Ámbitos de ejecución de obras de dragado. La situación de los puertos y la sanción de la ley 24.093.— IV. Ámbitos de ejecución de obras de dragado. Referencia al dominio y jurisdicción sobre las aguas.— V. Regulaciones en torno a la bandera de las dragas.— VI. Regulación ambiental.— VII. Aspectos contractuales.— VIII. Situación de la hidrovía Paraná-Paraguay.— IX. Conclusiones.

I. Nociones básicas sobre las obras de dragado

Una obra de dragado consiste en la ejecución de las operaciones necesarias para la extracción, el transporte y el vertido de materiales situados bajo el agua, ya sea en el medio marino, fluvial o lacustre.

La finalidad de las obras de dragado, en lo que interesa a la logística y la infraestructura, consiste en profundizar y mantener la profundidad de un puerto o de una vía navegable (río o canal), a efectos de permitir la correcta navegabilidad y transporte de carga por las embarcaciones.

La profundidad es un elemento determinante para el transporte fluvial y marítimo, dado que cuanto más calado tiene una vía navegable,

mayor carga podrá transportar la embarcación —aprovechando al máximo su capacidad de volumen de carga—, sin riesgo de varaduras y evitando los falsos fletes.

En atención a que las obras de dragado de puertos y vías navegables involucran el manejo de grandes volúmenes de sedimentos, se utilizan equipos especializados para tal fin, entre los que se encuentran dragas acuáticas y equipos terrestres. Las dragas acuáticas más utilizadas son las dragas de succión por arrastre, las dragas cortadoras y las dragas de inyección de agua.

Las dragas de succión por arrastre consisten en embarcaciones equipadas con una manga y una bomba que succiona la mezcla de agua y sedimento hasta una cántara. En la cántara, el material pesado de la mezcla se deposita en el fondo y el material liviano, junto con el agua, rebalsan (*overflow*) y son devueltos al espejo de agua. El material pesado del sedimento es transportado y descargado en las zonas habilitadas para tal fin.

Por otro lado, las dragas cortadoras están provistas de una escala con un cabezal cortador giratorio y son utilizadas para suelos rocosos, de arcillas duras y de poca profundidad. Una vez cortado el suelo, el material resultante puede ser

(*) Abogado por la Universidad de Buenos Aires (2011). Maestría en Derecho y Economía (2013). Se desempeña como asociado en Cassagne Abogados.

(**) Abogado por la Universidad Austral (2015). Diplomado en Contratos del Estado e Infraestructura Pública por la Universidad Austral (2015). Magíster en Derecho Administrativo por la Universidad Austral (2021). Se desempeña como subsecretario de Coordinación Normativa Interministerial de la Secretaría de Planeamiento Estratégico Normativo de la Presidencia de la Nación.

dragado por la misma draga cortadora —la que cuenta con una bomba en la escala— y trasladado hacia la zona de descarga, o ser dragado por una draga de succión por arrastre.

Finalmente, las dragas de inyección de agua se encuentran equipadas a fin de remover suelos de fango y arcillas blandas mediante descargas, a alta presión, de una corriente de agua y sedimentos. Dicha descarga produce la remoción y suspensión de material del lecho del cuerpo de agua que luego es trasladado mediante los procesos hidrodinámicos naturales, como las corrientes y mareas del área de trabajo.

Debe tenerse presente que los equipos de dragado modernos involucran un gran nivel de desarrollo tecnológico, por lo que suelen ser fabricados en el extranjero y se encuentran sujetos a regulaciones particulares para poder operar en Argentina.

Además de las dragas descriptas, las tareas de dragado involucran equipos de apoyo como lanchas, remolcadores y embarcaciones dedicadas a realizar relevamientos, traslado de personal y apoyo.

Por su parte, las obras de dragado tienen dos etapas determinadas. La primera de ellas consiste en el dragado de profundización, que implica la remoción de suelo y sedimentos a una determinada profundidad de conformidad con el diseño de un cajón de dragado, a fin de que el espejo de agua alcance la profundidad de diseño. La segunda etapa involucra el mantenimiento de dicha profundidad a través de la remoción del sedimento que se acumula naturalmente a lo largo del tiempo.

El dragado de profundización involucra los gastos de capital (*capex*) y el de mantenimiento, el gasto operativo (*opex*). Sin embargo, a diferencia de lo que sucede en la gran mayoría de las obras de infraestructura, el gasto operativo en las obras de dragado es casi tan alto como el capital, lo que tiene una importante incidencia a la hora de estructurar los contratos.

II. Importancia de las obras de dragado para Argentina

Argentina cuenta con un vasto litoral marítimo y fluvial, constituido principalmente por los

ríos de la Plata, Uruguay, y, más importante, la hidrovía Paraguay-Paraná (en adelante, la denominaremos la hidrovía Paraguay-Paraná, o la hidrovía).

Esta última concentra el mayor movimiento logístico portuario del país, concentrando aproximadamente 60 terminales portuarias de distinta magnitud. El clúster de molienda del Gran Rosario, en la provincia de Santa Fe, es uno de los más importantes del mundo. Ubicado en los 70 kilómetros que van de Arroyo Seco hasta Timbúes, es un lugar estratégico para la agroindustria argentina, ya que concentra el procesamiento del 65% de la cosecha nacional.

Las plantas industriales de dicho polo agroindustrial pueden moler entre 18.000 y 20.000 toneladas de grano por día, con una recepción de entre 7000 y 10.000 camiones diarios en los picos de la cosecha.

La complejidad de este nudo logístico de cargas se debe a que Argentina es el principal exportador mundial de harina de soja, aceite de soja, poroto de soja, y aceite de girasol, entre otros productos (1).

La hidrovía tiene una longitud de 3650 kilómetros desde la desembocadura del Río de la Plata hasta la región del Mato Grosso, Brasil. Actualmente permite el ingreso de buques de 36 pies de calado hasta el puerto de San Martín, provincia de Santa Fe y de 28 pies hasta la ciudad de Santa Fe. Aguas arriba, el transporte se realiza mediante el uso de barcazas debido a los menores calados de operación permitidos.

Los puertos más importantes son los de Santa Fe, San Martín, San Lorenzo, Rosario, Zárate, Campana, Buenos Aires, Dock Sud y La Plata, entre otros.

La hidrovía ofrece una conexión entre los países del Mercosur a través del medio de transporte más competitivo en cargas de larga distancia. El transporte fluvial es el medio más económico de transporte de cargas, contando con una tarifa estimada de USD 0,02 la Tn/Km, lo cual le otor-

(1) Ver: <https://www.ambito.com/economia/exportaciones/el-gobierno-reabrio-las-harina-y-aceite-soja-n5398046>. Consultado el 12/03/2024.

ga grandes ventajas competitivas respecto a los otros medios de transporte, no solo en el precio, sino también en la escala de volúmenes de carga transportada por cada embarcación (2).

Por otro lado, el río Uruguay cuenta con puertos fluviales de baja actividad producto del dragado y mantenimiento de la vía navegable a menores profundidades que las de la hidrovía Paraguay-Paraná y de las características naturales que impiden el ingreso de buques de gran calado.

En cuanto a infraestructura marítima, Argentina cuenta con aproximadamente 20 puertos en el litoral marítimo, destacándose los puertos de Mar del Plata, Quequén, Bahía Blanca, San Antonio Este, Puerto Madryn, Comodoro Rivadavia y Ushuaia, entre otros.

De acuerdo con estimaciones del año 2020, sumando el transporte aguas abajo y aguas arriba desde nuestros países vecinos, así como el transporte de cabotaje dentro de nuestro país, la exportación desde puertos argentinos hacia el mundo, y las exportaciones desde el puerto uruguayo de Nueva Palmira al extremo del corredor, se estima que, a través de la hidrovía Paraguay-Paraná, en el año 2021, se tuvo un tráfico de mercaderías de más de 100 millones de toneladas (3).

Como se podrá apreciar, la importancia de las obras de dragado radica en la operación de los puertos a través de los cuales se exporta la producción nacional —principalmente del complejo agroindustrial y, a futuro, el sector energético—, así como la adecuada navegación de los buques que transportan la referida carga.

III. Ámbitos de ejecución de obras de dragado. La situación de los puertos y la sanción de la ley 24.093

Con anterioridad al proceso de reformas de la década de 1990, los puertos en nuestro país

se caracterizaban por su ineficiencia y altos costos operativos, lo que tenía como causa el fuerte estatismo en su administración y un verdadero exceso en la reglamentación de los derechos de los trabajadores vinculados a la operación. La fuerte intervención estatal se caracterizaba, también, por una administración centralizada de las instalaciones portuarias, llevada a cabo por entes dependientes del gobierno central. Así, tanto un puerto ubicado en el extremo sur de nuestro país como un puerto ubicado en el extremo norte del río Paraná era administrado desde Buenos Aires.

Es por ello que resultaba imprescindible modificar *in totum* el régimen portuario a fin de hacer más eficiente la administración de los puertos, acompañar el proceso de apertura de la economía y propender al crecimiento exponencial de las exportaciones a través de mejoras logísticas.

Así, este proceso de transformación portuaria se inició con la sanción misma de la ley 23.696 de Reforma del Estado, que dispuso la transformación de la Administración General de Puertos Sociedad del Estado (en adelante, la “AGP”) a través de las técnicas de descentralización, provincialización y privatización por concesión total o parcial de puertos o instalaciones portuarias principales o accesorias.

Dicha norma fue complementada, entre otras, por los decs. 2074/1990, 906/1991 y 817/1992, debiéndose aludir principalmente a la sanción de la ley 24.093 de Puertos (en adelante, la “LP”), por la cual quedó delineado el régimen jurídico de los puertos en nuestro país.

La descentralización se pone de manifiesto cuando el Estado Nacional transfiere el dominio portuario y/o la administración portuaria a provincias (4), debiéndose cumplir con los preceptos de la LP, en tanto y en cuanto, al contemplar las figuras de los puertos municipales y provinciales establece que los denominados puertos principales —Buenos Aires, Rosario, Bahía Blanca, Quequén y Santa Fe (5)— se transferirán previa constitución de sociedades de dere-

(2) https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/derribando_mitos_barcaza_camion_jul18_2.pdf. Consultado el 12/03/2024.

(3) <https://www.bcr.com.ar/es/mercados/investigacion-y-desarrollo/informativo-semanal/noticias-informativo-semanal/hidrovias-2#:~:text=Analizando%20el%20movimiento%20de%20cabotaje,las%20fronteras%20de%20nuestro%20pa%C3%ADs>. Consultado el 12/03/2024.

(4) Art. 11 de la ley 24.093.

(5) Art. 12 de la ley 24.093.

cho privado o entes públicos no estatales que tendrán a su cargo la administración de los mismos (6).

Así, tras la sanción de la LP tanto las provincias como la CABA se encuentran habilitadas a solicitar al Poder Ejecutivo Nacional la transferencia, a título gratuito, del dominio y la administración portuaria de los puertos de propiedad y/o administrados por el Estado nacional que se ubique en sus territorios.

Es importante destacar que, conforme el art. 20 de la LP, el responsable de cada puerto, cualquiera sea su titular y clasificación de este, tendrá a su cargo el mantenimiento y mejora de las obras y servicios esenciales, tales como profundidades y señalización de los accesos y espejos de agua, instalaciones de amarre seguro, remolque y practicaaje.

Actualmente, a raíz de la descentralización de la administración de los puertos, producto del nuevo régimen legal vigente —ley 24.093—, se puede apreciar un gran desarrollo en materia portuaria, destacándose la infraestructura de la hidrovía y los puertos marítimos de gran calado como Mar del Plata, Bahía Blanca y Quequén.

IV. Ámbitos de ejecución de obras de dragado. Referencia al dominio y jurisdicción sobre las aguas

Conforme al art. 235 del Cód. Civ. y Com., pertenecen al dominio público: a) el mar territorial, compuesto por el agua, el lecho y el subsuelo (7); b) las aguas interiores, bahías, golfos, ensenadas, puertos, ancladeros y las playas marítimas (8); y c) los ríos (9), estuarios, arroyos y demás aguas que corren por cauces naturales, los lagos y lagunas navegables (10).

(6) Ver: CANOSA, Armando, "El Régimen Administrativo Portuario en Argentina", Revista RAP, 339, Jornadas Rosarinas de Derecho Administrativo.

(7) Inc. a).

(8) Inc. b).

(9) Conforme el art. 235 inc. c) se entiende por río el agua, las playas y el lecho por donde corre, delimitado por la línea de ribera que fija el promedio de las máximas crecidas ordinarias.

(10) Inc. c).

Tras la reforma constitucional de 1994, no existe duda alguna respecto al dominio originario de las provincias sobre sus recursos naturales, dentro de los cuales se incluyen las aguas —ríos navegables y no navegables, y lagos— (11).

Ahora bien, el dominio provincial sobre los cursos de agua ubicados en sus respectivos territorios no se traduce necesariamente en una jurisdicción provincial exclusiva sobre dichos recursos, en atención a que la Constitución Nacional reserva ciertas competencias al Estado federal.

En este sentido, y en lo que aquí importa, la Constitución Nacional delega en el gobierno federal la jurisdicción para regular todo lo relativo a la navegación y el comercio internacional e interprovincial, conforme a los arts. 26 —dictado de reglamentos sobre navegación de los ríos interiores—, 75 inc. 10 —libre navegación de ríos interiores, habilitación de puertos y creación de aduanas— y 13 —reglar el comercio marítimo y terrestre con las naciones extranjeras y de las provincias entre sí— y 126 —prohibición a las provincias de expedir leyes sobre comercio, o navegación interior o exterior—.

Por su parte, la Ley de Navegación —ley 24.094— establece la regulación particular de los bienes destinados a la navegación e indica que las aguas navegables de la Nación que sirvan al tráfico y tránsito interjurisdiccional por agua, los puertos y cualesquiera otras obras públicas construidas o consagradas a esa finalidad, son bienes públicos destinados a la navegación y sujetos a la jurisdicción nacional (12).

Asimismo, se establece que cualquier innovación en el uso público o privado de los bienes públicos destinados a la navegación que constituya un obstáculo o inconveniente para la libre circulación de las riberas o zonas portuarias, afecte a la navegación o al régimen hidráulico del río, lago, canal o playa, debe ser confirmada por el Poder Ejecutivo nacional (13).

(11) Art. 124 CN.

(12) Art. 8.

(13) Art. 10 y 11.

En virtud de ello, se aprecia una preponderancia de jurisdicción nacional sobre las competencias referidas a la ejecución de obras de dragado, siempre que se encuentren relacionadas con la navegación y al comercio internacional e interprovincial.

IV.1. Nacional

Conforme adelantamos, corresponden a la jurisdicción del Estado nacional las obras de dragado y balizamiento destinadas a la navegación y al comercio nacional e interprovincial, entre las que se encuentran las obras sobre la hidrovía y los puertos administrados por la AGP.

IV.2. Internacional

Nuestro país ha celebrado una serie de tratados internacionales referidos a la administración de cuencas y ríos que son compartidos con uno o más países limítrofes.

En este sentido, la Cuenca del Plata es un sistema fluvial conformado por el Río de la Plata y sus afluentes, cuyas principales vías navegables son la hidrovía Paraguay-Paraná y el Río Uruguay. Ambas vías navegables confluyen en el Río de la Plata.

Dicha cuenca tiene una gran importancia para el transporte de mercaderías para todos los países que la conforman, es decir, Argentina, Uruguay, Paraguay, Bolivia y Brasil en virtud de lo cual se han suscripto diversos tratados multilaterales y binacionales que regulan el dominio sobre dichas vías navegables, así como la navegación entre las distintas nacionalidades y el fomento de la integración entre los países.

Como consecuencia de los referidos tratados, las obras de dragado y balizamiento a ser ejecutadas sobre los sectores internacionales de los ríos de la Cuenca del Plata deben ser aprobados y, en algunos casos, contratados directamente por los entes administradores respectivos.

IV.2.a. Acuerdo para la regularización, canalización, dragado, balizamiento y mantenimiento del río Paraguay entre Argentina y Paraguay

Tras la firma del Tratado de Navegación de los Ríos Paraná, Paraguay y de la Plata el 23 de ene-

ro de 1967 **(14)**, el 15 de julio de 1969 Argentina y Paraguay celebraron el Acuerdo binacional para la regularización, canalización, dragado, balizamiento y mantenimiento del río Paraguay Río Paraguay **(15)**.

El referido acuerdo binacional tiene como objeto regular el tramo binacional de la hidrovía Paraná-Paraguay, respecto del tramo que va desde Confluencia hasta la desembocadura del Río Pilcomayo.

A través del art. 1° se creó la Comisión Mixta Técnica Ejecutiva, compuesta por los representantes de cada país, con “competencia para decidir en todos los casos relacionados con la contratación de personal, adquisición y utilización de materiales, equipos, maquinarias y elementos instrumentales, así como también sobre la ejecución de los trabajos en cualquiera de los tramos indicados en el art. 8° y zonas ribereñas, sin perjuicio de las consultas necesarias derivadas de las respectivas jurisdicciones” **(16)**.

IV.2.b. Tratado de la Cuenca del Plata entre las Repúblicas de Argentina, Bolivia, Brasil, Paraguay y Uruguay

El Tratado de la Cuenca del Plata fue firmado en la 1° Reunión Extraordinaria de Cancilleres, celebrada en Brasil en abril de 1969, y entró en vigencia el 14 de agosto de 1970 **(17)**.

El objeto del tratado es promover el desarrollo armónico y la integración física de la Cuenca del Plata y de sus áreas de influencia directa y ponderable, especificando que, a tal fin, las partes promoverán en el ámbito de la Cuenca, la identificación de áreas de interés común y la realización de estudios, programas y obras, así como la formulación de entendimientos operativos e instrumentos jurídicos que estimen necesarios **(18)**.

Por su parte, conforme al art. 5°, la acción colectiva entre las partes contratantes debe desa-

(14) Aprobado por ley 17.185.

(15) Aprobado por ley 18.435.

(16) Art. 4.

(17) Aprobado por ley 18.590.

(18) Art. 1.

rollarse sin perjuicio de aquellos proyectos que decidan ejecutar en sus respectivos territorios, dentro del respeto al derecho internacional y según la buena práctica entre naciones vecinas y amigas.

Resulta importante destacar que el Tratado habilita a las partes contratantes a concluir acuerdos específicos o parciales, bilaterales o multilaterales, encaminados al logro de los objetivos generales del desarrollo de la Cuenca (19).

IV.2.c. Acuerdo de Transporte Fluvial por la Hidrovía Paraguay-Paraná (Puerto de Cáceres-Puerto de Nueva Palmira) suscripto con las Repúblicas de Bolivia, Federativa del Brasil, Paraguay y Oriental del Uruguay

Firmado el 26 de junio de 1992 (20), al amparo del Tratado de Montevideo de 1980 (21) y del Tratado de la Cuenca del Plata. Su importancia radica en que establece un marco normativo común para el transporte por la hidrovía Paraguay—Paraná para favorecer el desarrollo, modernización y eficiencia de las operaciones de navegación y transporte comercial en la región.

Este acuerdo incluye criterios como la igualdad de tratamiento de los buques y embarcaciones de los países signatarios (22) y la libertad de tránsito (23) y navegación (24).

Asimismo, establece que, sin previo acuerdo de los países signatarios, no se podrá establecer ningún impuesto, gravamen, tributo o derecho sobre el transporte, las embarcaciones o sus car-

gamentos, basado únicamente en el hecho de la navegación (25).

Sin embargo, prevé especialmente la posibilidad de cobro de una tasa retributiva por los servicios que sean prestados con el fin de permitir la libertad de tránsito de la hidrovía (26). Así, toda obra o servicio que cada país realice en la hidrovía, como ser el dragado o el balizamiento, podrá ser cobrado a los usuarios que se ven beneficiados por tal obra o servicio.

Finalmente, establece que las embarcaciones de bandera de los países que integran la hidrovía no tendrán limitación para el transporte de bienes o personas, quedando exceptuado de esta provisión el transporte de cabotaje nacional, que está reservado a las embarcaciones de los respectivos países miembros (27).

IV.2.d. Tratado del Río de la Plata y su Frente Marítimo entre Argentina y el Uruguay

El Tratado fue suscripto el 19 de noviembre de 1973 (28) a fin de delimitar la extensión del frente marítimo del Río de la Plata y crear la Comisión Administradora del Río de la Plata (CARP), conformada por igual número de delegados de cada una de las partes, cuyo fin es coordinar y mediar entre las partes la realización de obras propuestas por cada una de ellas (29).

Por su parte, fija una franja de jurisdicción exclusiva adyacente a las costas de cada Parte en el Río. Esta franja costera tiene una anchura de siete millas marinas entre el límite exterior del Río y la línea recta imaginaria que une Colonia (República Oriental del Uruguay) con Punta Lara (República Argentina) y desde esta última línea hasta el paralelo de Punta Gorda tiene una anchura de dos millas marinas (30).

Finalmente, ambos países se reconocen recíprocamente, a perpetuidad y bajo cualquier cir-

(19) Art. 6.

(20) Aprobado por ley 24.385.

(21) Acuerdo suscripto entre Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Chile, Ecuador, México, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela, cuyo fin es proseguir el proceso de integración encaminado a promover el desarrollo económico - social, armónico y equilibrado de la región. Este acuerdo crea la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI).

(22) Arts. 6, 7 y 8.

(23) Art. 9.

(24) Arts. 4 y 5.

(25) Art. 5.

(26) Art. 9.

(27) Art. 11.

(28) Aprobado por ley 20.645.

(29) Cap. II.

(30) Art. 2.

cunstancia, la libertad de navegación en todo el Río de la Plata para los buques de sus banderas (31).

IV.2.e. Estatuto del Río Uruguay suscripto entre Argentina y Uruguay

Este acuerdo fue firmado el 19 de noviembre de 1973 (32), a fin de establecer los “mecanismos comunes necesarios para un óptimo y racional aprovechamiento del Río Uruguay, y en estricta observancia de los derechos y obligaciones emergentes de los tratados y demás compromisos internacionales vigentes para cualquier de las partes” (33).

A través de este, se dispuso la creación de la Comisión Administradora del Río Uruguay (CARU), que, entre otras funciones, tiene como fin adjudicar a las partes la realización del dragado, el balizamiento y las obras de conservación de los tramos del canal principal, en función del uso de este y de la disponibilidad de medios técnicos (34).

V. Regulaciones en torno a la bandera de las dragas

V.1. Concepto de bandera nacional

Tal como adelantamos en el primer capítulo del presente trabajo, las dragas son embarcaciones de una importante complejidad y tecnología que, en atención a la capacidad técnica y a la inversión requerida para su construcción, salvo contadas excepciones, se fabrican en el exterior y suelen enarbolar una bandera extranjera.

La bandera nacional de un buque implica que este se encuentra bajo la soberanía de un estado determinado. “Esa dependencia al Estado del pabellón que enarbola, por la nacionalidad, como recurso técnico-jurídico aceptado por el uso internacional, somete al buque (rectius: a sus propietarios, armador, tripulantes, pasajeros, cargadores, titulares de derecho, etc.) a su jurisdicción y ley aplicable mientras navegue en

alta mar y, en determinados supuestos, cuando lo haga en aguas jurisdiccionales extranjeras; además, los somete también a su normativa sobre las condiciones y requisitos para la matriculación y clasificación del buque, tenencia de libros, documentos a bordo, composición de tripulación, publicidad de derechos, etcétera” (35).

Conforme lo establece la Convención de Ginebra sobre la Alta Mar, cada país establece los requisitos necesarios para conceder la nacionalidad a los buques (36). Tales criterios pueden consistir en el lugar de construcción de la embarcación, el de la nacionalidad de los tripulantes o el domicilio de los propietarios (37). En el caso de la Argentina, lo que lo otorga la nacionalidad es la inscripción del buque en la matrícula nacional llevada por el Registro Nacional de Buques (38) y, para tales fines, además del deber de acreditar el cumplimiento de las exigencias reglamentarias sobre construcción y condiciones de navegabilidad e idoneidad del buque, se esgrime el criterio de domicilio del propietario (39). Como consecuencia, cuanto más numerosa sea la flota mercante de nacionalidad local, más desarrollada se encontrará la industria mercante local, algo que, aunque sin éxito, la regulación argentina intenta proteger.

V.2. Problemática de la ley de cabotaje nacional

La política naviera de nuestro país se orientó —desde sus orígenes— sobre principios de protección y fomento, con miras a garantizar la participación de la bandera nacional en los tráficos internacionales y la reserva de la navegación de cabotaje. La industria del dragado no es ajena a dicha regulación y, por lo tanto, se aplica de la

(31) Art. 7.

(32) Aprobado por ley 21.413.

(33) Art. 1.

(34) Art. 5.

(35) LOSADA, Francisco R., “Derecho del Transporte”, Ed. Astrea, Buenos Aires - Bogotá - Porto Alegre, 2018, p. 349, con cita de SIMONE, Osvaldo, “Compendio de Derecho de la Navegación”, Abaco, Buenos Aires, 1998, p. 195.

(36) Art. 5 de la Convención de Ginebra sobre la Alta Mar.

(37) BELTRÁN MONTIEL, Luis, “Curso de Derecho de la Navegación”, Astrea, Buenos Aires, p. 95.

(38) Art. 51 de la ley 20.094 de Navegación y art. 201.0201 REGINAVE.

(39) Art. 52 de la ley 20.094 de Navegación.

misma manera a las embarcaciones utilizadas en las obras, sean estas dragas o embarcaciones de apoyo.

El dec.-ley 19.492/1944, ratificado por la ley 12.980 de Reserva de Cabotaje, establece en su art. 1° que “la navegación, comunicación y comercio de cabotaje nacional serán practicados únicamente por barcos argentinos”.

Esta disposición cuenta con las siguientes excepciones: (i) a los barcos extranjeros dedicados al cabotaje fronterizo, de acuerdo con los tratados, convenios o acuerdos internacionales (conforme art. 4° del dec.-ley 19.492/1944, ratificado por la ley 12.980 de Reserva de Cabotaje); y (ii) mediante el otorgamiento de un permiso precario a barcos de bandera extranjera: “Cuando por circunstancias excepcionales no sea posible abastecer de artículos de primera necesidad una zona costera o cumplir un contrato por no encontrarse barcos argentinos en condiciones de prestar el servicio correspondiente, queda autorizada la autoridad de rango ministerial en la que actúe la autoridad portuaria nacional, para otorgar permiso precario, en cada caso, a barcos extranjeros para realizarlo, y en tanto subsistan esas circunstancias de fuerza mayor, encontrándose la misma facultada para reglamentar el procedimiento, así como para delegar la mencionada autorización en quien designe”.

En diciembre de 2017 se promulgó la ley 27.419 de Desarrollo de la Marina Mercante Nacional y la Integración Fluvial Regional. Esta ley otorgó el tratamiento de bandera nacional a las embarcaciones de bandera extranjera arrendadas a casco desnudo, sujetas a las condiciones, plazos y características establecidas por dicha ley (40).

Respecto del permiso precario, la ley 27.419 establece que en caso de que esta excepción sea otorgada por más de 30 días consecutivos o no consecutivos en el año aniversario, las embarcaciones deberán ser tripulados exclusivamente por personal argentino, pudiendo incluir técni-

cos extranjeros en condición de supernumerarios (41).

El otorgamiento del permiso precario está regulado por la res. 52/2021 del Ministerio de Transporte. Mediante esta resolución se delegó dicho otorgamiento en la Subsecretaría de Puertos, Vías Navegables y Marina Mercante, dependiente del Ministerio de Transporte, y se estableció un procedimiento para tal fin. El mismo consiste, principalmente, en la publicación de la existencia de una solicitud de excepción de una embarcación de bandera extranjera para la realización de un servicio determinado, a efecto de dar la posibilidad a armadores de buques de bandera nacional, que se encuentren en iguales condiciones de prestar dicho servicio, de notificar su disponibilidad y, de esa manera, prestar el servicio con la embarcación de bandera nacional (42).

En caso de que la embarcación determinada fuera utilizada para prestar un servicio al Estado Nacional, será el organismo estatal requirente del servicio el que deba solicitar dicha excepción y no el titular o importador de la embarcación. Tal solicitud deberá ser emitida en forma posterior a la recepción de las ofertas, pero anterior al dictado del acto administrativo que apruebe la contratación (43). De esta manera, el organismo estatal contratante dará preferencia a las embarcaciones de bandera nacional.

En resumen, para poder realizar una obra de dragado, el contratante (sea público o privado) deberá dar prioridad al contratista que ofrezca realizar la obra con una embarcación de bandera nacional o que, siendo una embarcación de bandera extranjera, se encuentre arrendada a casco desnudo y cumpla con los requisitos establecidos en la ley 27.419.

En caso de que el contratista no cuente con una draga de bandera nacional o con tratamiento de bandera nacional, podrá realizar la obra con una embarcación de bandera extranjera,

(41) Art. 30 de la ley 27.419 de Desarrollo de la Marina Mercante Nacional y la Integración Fluvial Regional.

(42) Anexo I, res. 52/2021 del Ministerio de Transporte.

(43) Art. 4 res. 52/2021 del Ministerio de Transporte.

previa emisión del premiso precario por parte de la Subsecretaría de Puertos, Vías Navegables y Marina Mercante, dependiente del Ministerio de Transporte, a través del procedimiento establecido en la res. 52/2021 del Ministerio de Transporte.

VI. Regulación ambiental

Una obra de dragado, como toda obra de gran envergadura, genera un impacto a nivel ambiental. En especial, estas obras tienen impactos hidrológicos —dado que pueden afectar cuestiones relativas a cambios respecto de los causes de los ríos—; geomorfológicos —dado que pueden afectar la forma de la superficie ribereña como consecuencia del traslado de sedimentos de un lugar a otro—; en la calidad del agua —debido al traslado de sedimentos de un lugar a otro—; en la calidad del aire —debido a la emisión de gases de las embarcaciones utilizadas para la obra—, entre otros.

Todos estos impactos deben ser tenidos en cuenta previo al inicio de cada obra, y para tal fin, se deberán respetar las regulaciones en materia ambiental.

VI.1. Constitución Nacional

Conforme establece el art. 41 de la CN, “todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras; y tienen el deber de preservarlo”. Asimismo, coloca en cabeza de todas las autoridades el deber de proveer a la protección de este derecho, a la utilización racional de los recursos naturales, a la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica, y a la información y educación ambientales.

Por su parte, la Nación debe dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección y las provincias las necesarias para complementarlas, sin que aquellas alteren las jurisdicciones locales.

Como resulta claro, de acuerdo con el texto constitucional, existe una competencia concurrente entre la Nación y las provincias, con la

particularidad de que la Nación debe legislar determinando los estándares mínimos de protección del ambiente.

A fin de una correcta implementación de la concurrencia descripta, la normativa estableció la creación de un sistema federal ambiental, instrumentado a través del Consejo Federal de Medioambiente (COFEMA), el que tiene a su cargo la coordinación de la política ambiental entre la Nación, las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (44).

VI.2. Ley general 25.675 del Ambiente

En cumplimiento del mandato constitucional, el 28 de noviembre de 2002, fue sancionada la Ley General del Ambiente —ley 25.671— a fin de establecer los presupuestos mínimos para el logro de una gestión sustentable y adecuada del ambiente, la preservación y protección de la diversidad biológica y la implementación del desarrollo sustentable (45).

Dentro de los instrumentos de política y gestión ambiental enumerados en el art. 8°, se regula la evaluación del impacto ambiental —inc. 2—.

Así, toda obra o actividad que sea susceptible de degradar el ambiente o alguno de sus componentes o afectar la calidad de vida de la población en forma significativa estará sujeta a un procedimiento de evaluación de impacto ambiental previo a su ejecución (46).

Los sujetos obligados a realizar dicho procedimiento serán las personas físicas o jurídicas que llevarán adelante la obra o actividad; implementándose a través de una declaración jurada en la que manifestarán si las actividades u obras a realizar afectarán el medio ambiente.

Sobre dicha base, la Autoridad de Aplicación analizará las características de las obras o actividades y determinará si resulta necesaria la presentación de un estudio de impacto ambiental, así como el alcance de esta.

(44) Cfr. art. 23° de la ley 25.675.

(45) Cfr. art. 1°.

(46) Cfr. art. 11°.

En caso en que corresponda, se llevará adelante la elaboración del estudio de acuerdo con los términos de referencia o especificaciones técnicas para su realización. Según el caso, puede estar establecida en la normativa, guías o manuales específicos, los términos de referencia generales o *ad hoc*.

Conforme al art. 13 de la Ley General del Ambiente, los estudios de impacto ambiental deberán contener, como mínimo, una descripción detallada del proyecto de la obra o actividad a realizar; la identificación de las consecuencias sobre el ambiente; y las acciones destinadas a mitigar los efectos negativos.

Una vez presentado ante la Autoridad de Aplicación, esta emitirá una declaración de impacto ambiental en la que la que se manifieste la aprobación o rechazo de los estudios.

Es importante señalar que, en el marco del procedimiento en el que se desarrolle la evaluación de impacto ambiental de la obra o actividad, se deberá asegurar la participación ciudadana. En este sentido, las autoridades deberán institucionalizar procedimientos de consultas o audiencias públicas como instancias obligatorias para la autorización de aquellas actividades que puedan generar efectos negativos y significativos sobre el ambiente, no siendo vinculante para las autoridades la opinión u objeción de los participantes (47).

VII. Aspectos contractuales

VII.1. Estructura contractual

Las obras de dragado son obras de infraestructura que, como adelantamos en la introducción, tienen altos costos operativos (*opex*), los cuales, en ciertos casos, pueden ser mayores que los costos de capital (*capex*). Debe tenerse presente que el costo se compone, principalmente, por los salarios, combustibles y lubricantes, y amortización y mantenimiento de las dragas. Estos se encuentran presentes casi en igual medida en la etapa de apertura del canal o adecuación del puerto, como en la etapa del mantenimiento.

Como consecuencia de ello, al estructurar los contratos, no solo se deberá considerar la necesidad de realizar grandes desembolsos y garantizar el repago de la inversión en el largo plazo, sino que, además, se debe tener en cuenta que el riesgo del repago de la inversión (sea de capital o de deuda) se verá incrementado, ya que el nivel de costos se comportará de la misma manera a lo largo de todo el proyecto.

En la práctica, la industria suele estructurar los proyectos de infraestructura de este tipo a través de la técnica del *project finance*, garantizando la obtención del financiamiento necesario y asegurando el repago a través del flujo financiero del emprendimiento.

Los proyectos de dragado suelen ser repagados mediante el cobro de una tasa de uso de la vía navegable o puerto y, en otros casos, mediante el desembolso de recursos de la entidad contratante.

En el caso en que la contratación la realice un ente público nacional, la obra de dragado deberá ejecutarse en el marco de la Ley de Obras Públicas —13.064—, la Ley de Concesiones de Obra Pública —17.512— o la Ley Participación Público Privada —27.328—.

Si bien son diversas las alternativas disponibles según el país en donde se realice la obra, la forma de financiamiento, el marco legal aplicable, si se trata de una obra privada o una obra pública, y en este último caso, si el repago proviene enteramente del peaje o de recursos del estado. Desarrollaremos una estructura contractual tipo para una obra de dragado, teniendo en cuenta un financiamiento tipo *project finance*, con repago mediante el cobro de una tarifa de peaje. Consideramos el desarrollo de este tipo de estructura dado que estimamos que esta es la alternativa más viable teniendo en cuenta el contexto económico y político actual de nuestro país.

VII.2. Funcionamiento del sistema contractual de una obra de dragado

Un *project finance*, en lo sustancial, supone el repago del financiamiento contra el flujo de fondos generado por el proyecto de titularidad de una sociedad de propósito específico (“SPE”),

(47) Cfr. arts. 19, 20 y 21 de la ley 25.675.

asociándose la suerte del repago al éxito del proyecto. De esta forma, la clave de dicho mecanismo radica en una correcta distribución de riesgos, de modo tal de no trasladar al financista aquellos que no está en condiciones de asumir (48).

En el caso de una obra de dragado, el flujo de fondos está conformado por la tarifa de peaje de la vía navegable o el derecho de uso del puerto, la cual es recolectada por la sociedad de propósito específico o por el mismo ente contratante, según sea el caso. A continuación, dichos fondos son depositados en un fideicomiso de garantía, que irá liberando los fondos primero para el pago de los costos del fideicomiso, luego al repago a los acreedores, y, por último, a la sociedad de propósito específico, quien los distribuirá a los sponsors como dividendos.

Debe tenerse presente que no siempre la estructura cuenta con un fideicomiso. En tales casos, las tarifas son cobradas por la SPE quien tiene a su cargo el repago a los acreedores financieros.

Asimismo, a los fines de hacer el proyecto más tentador para inversores y financistas, parte de los ingresos puede venir de los recursos públicos de los estados (49).

Es importante remarcar que los acuerdos están íntimamente relacionados y que sus términos y condiciones deben negociarse en forma paralela y suscribirse en forma conjunta, haciendo una distribución razonable de los ries-

gos, según lo que cada parte esté en condiciones de asumir. Se trata de un delicado equilibrio entre los intereses de cada uno de los participantes, dado que el incumplimiento de alguno de ellos puede afectar el proyecto o incluso hacer que este fracase.

VII.3. Principales actores y contratos de una obra de dragado

En términos generales, en el marco de la ejecución de una obra de dragado, se encuentran involucrados una serie de actores que son partes de los distintos contratos que forman la estructura contractual de la obra de dragado. Así, podemos enumerar, a título enunciativo, a los siguientes: el ente contratante —público o privado—; contratista —que suele ser una sociedad de propósito específico o SPE, sociedad que es constituida con el único fin de desarrollar el proyecto—; patrocinadores o *sponsors* —que son los accionistas de la SPE, y, a través de esta, realizan los aportes de capital en el proyecto, que luego le es devuelto a través de dividendos—; acreedores —que proveen el financiamiento para la obra—; subcontratistas; y los usuarios.

Finalmente, se encuentran los organismos de control quienes tienen a su cargo el control de la ejecución y mantenimiento de la obra. Asimismo, velan por el cumplimiento de los derechos de los usuarios y, en algunos casos, tiene la función de preparar los pliegos licitatorios y llamar a licitación.

Los principales contratos que forman la estructura contractual son los siguientes:

(i) Contratos de financiamiento: a través de estos los acreedores aportan a la SPE la deuda del proyecto. La deuda puede ser *senior* o subordinada, debiendo la primera ser repagada con preferencia respecto de la segunda. La deuda puede ser emitida por la banca comercial internacional o local a través de préstamos sindicados. También puede ser emitida a través de bancos de desarrollos o agencias multilaterales, tales como el Banco Mundial, la Corporación Financiera Internacional o el Banco Interamericano de Desarrollo. Otra alternativa es la emisión de bonos u obligaciones negociables en el mercado de capitales local y/o internacional.

(48) Ver: AGUILAR VALDEZ, Oscar, "Contratación administrativa y financiamiento", en CASSAGNE, Juan Carlos y RIVERO YSERN, Enrique (dirs.), *La Contratación Pública*, Hammurabi, Buenos Aires, 2006, t. I, p. 574 y ss. En el mismo sentido: MAIRAL, Héctor, "La asignación de riesgos en la financiación privada de proyectos públicos", en *Infraestructura y Construcción: Problemas de Actualidad*, Primera Parte, nro. 320, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2005, ps. 210 y 211.

(49) A modo de ejemplo, el contrato original de la hidrografía preveía aportes de USD 10.000.000 de forma trimestral, durante los 12 primeros trimestres de contratos y de USD 5.000.000 hasta la finalización de la concesión (art. 2.2 del Pliego de Bases y Condiciones, aprobado por el dec. 863/1993 y modificatorios). Asimismo, el art. 48 de la ley 5102 de Paraguay establece la posibilidad de aportes pecuniarios por parte del estado paraguayo no mayores al 10% de la inversión inicial.

(ii) Contrato de obra: suscrito entre el ente contratante y la sociedad de propósito específico, resulta de vital importancia para los acreedores del proyecto dado que la contraprestación de este contrato es la fuente del repago del préstamo. El ente contratante tendrá a su cargo la selección y adjudicación del proyecto, así como el control de la ejecución de este. Este puede ser público o privado y puede ser el beneficiario de la obra (por ejemplo, un puerto privado) o puede contratar en nombre de los beneficiarios, como en el caso del estado en las licitaciones de obra pública por peaje de la hidrografía, que nos referiremos en el capítulo VIII a continuación. La SPE estará a cargo de la coordinación y gerenciamiento de la obra y quien contratará a los subcontratistas que llevarán a cabo el dragado y el balizamiento.

(iii) Contratos con subcontratistas: suscrito entre la SPE y la empresa dragadora. La empresa dragadora, en la mayoría de los casos suele, ser el *sponsor* del proyecto, aportante del *equity* del proyecto y accionista de la SPE. Es la que pone a disposición del ente contratante la experiencia y antecedentes de otros proyectos similares y la que tiene la titularidad de los equipos y dragas para llevar a cabo el proyecto. Suele conformar un grupo societario con obras de dragado en diversas partes del mundo.

Los términos y condiciones de estos acuerdos deben ser considerados de forma secuencial con los términos y condiciones del contrato de obra. Es decir, las obligaciones de las empresas dragadoras y los plazos a cumplirlas, tanto en la etapa de apertura como en la etapa de mantenimiento, deben calzar con las de la SPE en el contrato de obra. De la misma manera, las penalidades por incumplimiento deben aplicarse por las mismas causas, hacerse efectivas en el mismo plazo y por montos semejantes. Sin embargo, va a variar en el precio y la forma de pago teniendo en cuenta que la empresa dragadora percibirá los peajes. En tales casos, se suele acordar un pago mensual de un precio por metro cúbico dragado. También se debe incluir entre los subcontratistas los que están a cargo de otros aspectos de la obra como ser los balizadores.

(iv) Contrato de uso de la vía navegable: celebrado entre la sociedad de propósito específico

y el usuario de la vía navegable. Involucra el pago de una tasa o peaje tal como explicamos al momento de desarrollar el contrato de obra. En algunos contratos, el cobro de la tarifa se realiza a través de intermediarios a cargo de esta tarea.

VII.4. Particularidades del contrato de obra de dragado

A continuación, haremos una explicación de las notas distintivas de los contratos de obra de dragado.

VII.4.a. Objeto

La obra de dragado tiene dos prestaciones principales: la apertura o profundización y el mantenimiento. La primera implica el dragado de un canal de navegación de acuerdo con un diseño, el cual está a cargo del contratista y se debe de realizar en un período determinado de tiempo. Tal diseño consiste en establecer las características del canal que, básicamente, es la profundidad del canal (que se determina según el calado de las embarcaciones que utilizarán la vía navegable), dragado de revancha (esto es, una profundización adicional de seguridad para evitar varaduras y bajo fondos, así como posibles daños a las embarcaciones en caso de suelos duros), el ancho de solera o ancho del canal y la extensión del canal. La segunda prestación, implica mantener dicho canal de navegación a diseño durante un plazo determinado, teniendo en cuenta que los canales sufren sedimentaciones constantes.

El objeto del contrato contempla el traslado del material dragado hacia las zonas de descarga. Puede incluir también el balizamiento, es decir, el sistema de señalización que permiten la circulación segura, tanto diurna como nocturna, sobre la vía navegable.

Finalmente, se incluyen las tareas previas y posteriores para la ejecución de la obra como la movilización y desmovilización de los equipos a las zonas de dragado, relevamientos batimétricos —cuyo fin es determinar el volumen a dragar (si la batimetría es previa al dragado) o el volumen efectivamente dragado (si la batimetría es posterior al dragado)—, elaboración y seguimiento de los estudios de impacto ambiental, entre otros.

VII.4.b. Término del contrato. Etapas

A partir de la suscripción del contrato comenzarán a correr los plazos para la concreción de los diferentes hitos de la obra de dragado, los cuales suelen encontrarse agrupados en etapas.

Las etapas suelen ser:

(i) Etapa de cierre financiero: consiste en suscribir y ejecutar todos los documentos en virtud de los cuales se obtengan los compromisos de desembolsos de los recursos financieros a ser aplicados a la obra. Para dar cumplimiento a dicha etapa, se deberán presentar ante el ente contratante los contratos de financiamiento con las entidades financieras, en caso de ser una obra con financiamiento, así como las actas societarias que evidencian los aportes de capital o los aportes irrevocables de capital en la SPE por parte del o los *sponsor/s*, para los casos en que se prevean aportes de *equity*.

(ii) Etapa de estudio de campo: suele ser simultánea con la etapa anterior. Comprende las tareas para verificar las características del suelo del canal y los relevamientos batimétricos iniciales que cuantifican los volúmenes a dragar, según el diseño del canal. Incluye los siguientes trabajos: recopilación y análisis de antecedentes, levantamientos hidrográficos, toma de muestras de suelos del lecho del río y análisis fisicoquímico de los materiales extraídos, toma de muestras de agua y análisis químicos de las muestras, determinación de volúmenes de dragado de apertura y mantenimiento, plan de gestión ambiental (50). Esta etapa culmina con la aprobación por parte del ente contratante u órgano de controlar, según sea el caso, de un informe final elaborado por la SPE.

(iii) Etapa de apertura: acreditado el financiamiento y aprobado el informe final sobre el estudio de campo, se labrará el acta de inicio de la etapa de apertura, la cual da inicio a las obras de apertura o adecuación del canal. esta cul-

minará con la emisión de un certificado final de obra emitido por la autoridad de contralor o por el mismo ente contratante, cuando la SPE acredite que el canal cumple completamente con las profundidades y el diseño acordado. Esta etapa puede contener subetapas, como la movilización de los equipos a la zona de la obra o los avances en cada uno de tramos del canal a dragar.

(iv) Etapa de mantenimiento: se inicia con la emisión del certificado final de la obra de apertura o profundización y se ejecutará durante el plazo restante de ejecución del contrato. Siendo que el objetivo es mantener el canal al diseño logrado en la etapa anterior, se realizarán relevamientos batimétricos de forma periódica en distintas zonas. En caso de que se presuma o se conozca una disminución del dragado en alguna zona, deberá reestablecerse la profundidad de diseño en el término de un plazo previamente acordado. A los fines de acreditar el restablecimiento de la profundidad de diseño, las partes realizarán en forma conjunta un relevamiento post dragado en el sector correspondiente. De no reestablecerse la profundidad en plazo, la SPE podrá ser penalizada.

VII.4.c. Precio

Este tipo de proyectos requiere de una fuente constante de ingresos que permitan solventar los costos y cumplir con los vencimientos del financiamiento de la obra. En tal sentido, la alternativa más frecuente es el pago de un peaje por los usuarios de la vía navegable o puerto. El peaje se determinará mediante una fórmula que contempla una tarifa básica multiplicada por, en caso de tratarse de buques, tonelada de registro bruto (TRB) o tonelada de registro neto (TRN), entendiéndose que "[...] el primero expresa el volumen o capacidad interior total de los espacios cerrados del buque, en tanto que el segundo señala su capacidad útil para devengar la carga, pues resulta de restar del arqueo total los espacios destinados a la planta propulsora, caldera, tripulación y víveres, entre otros" (51) (52). A modo de ejemplo, el vigente

(50) Conforme pliego de la Licitación Pública Nacional para la ejecución de la obra "Construcción del canal Magdalena desde la progresiva km. 143,074 del canal Punta Indio, El Codillo, hasta La Isobata de 11 metros - Río de La Plata - República Argentina" convocada por la res. 226/2023 del Ministerio de Transporte de la República Argentina.

(51) LOSADA, Francisco R., "Derecho del Transporte", Ed. Astrea, Buenos Aires - Bogotá - Porto Alegre, 2018, p. 346.

(52) La Convención Internacional de Tonelaje de Embarcaciones, adoptado por la Organización Marítima

contrato de concesión para el dragado y balizamiento de la hidrovía suscripto entre el Ministerio de Transporte y AGPSE establece una tarifa básica de 3,06 dólares por TRN para el transporte internacional y una tarifa de 3,06 pesos por TRN para el cabotaje nacional **(53)**.

De tratarse de barcasas, dicha tarifa suele ser multiplicada por un coeficiente determinado por la eslora y la manga de estas. En caso de remolcadores, la tarifa básica suele ser multiplicada por la potencia en caballos de fuerza del remolcador.

VII.4.d. Fórmula de ajuste

Los costos de las obras de dragado se componen, en términos generales, por los salarios de los empleados, los combustibles de los equipos y la amortización y mantenimiento de las dragas. Dichos costos varían periódicamente de acuerdo con las circunstancias económicas tanto locales como internacionales. Si bien los riesgos de volatilidad de estos costos suelen ser asumidos por la SPE —y, por lo tanto, por el proyecto mismo—, a los fines de que dicha volatilidad no haga fracasar el proyecto, se suele acordar una fórmula polinómica de ajuste del precio contemplando las mencionadas variables. De esta manera, en caso de producirse una alteración de los costos —en más o en menos—, a través de la aplicación de la fórmula polinómica de ajuste se podrá modificar el precio del peaje.

Además de los conceptos que integrarán la fórmula polinómica, las partes deben acordar las condiciones para que esta fórmula sea aplicada. En ese sentido, se podrá establecer que la fórmula se aplicará cuando exista una variación de los costos en un porcentaje determinado desde el inicio del contrato o desde la última aplicación de la fórmula polinómica, o simplemente, por el transcurso de un plazo determinado.

Internacional (International Convention on Tonnage Measurement of Ships (imo.org)) establece la forma de calcular el tonelaje de arqueado bruto y el tonelaje de arqueado neto de cada embarcación, los cuales se calculan de forma separada. Dada la tecnicidad de estos términos, su explicación excede el alcance de este trabajo.

(53) Anexo 8 de la res. 308/2021 del Ministerio de Transporte.

Por otro lado, en caso de que el contratante sea el Estado Nacional, resultará aplicable el régimen de redeterminación de precios aprobado por el DNU 691 del 17 de mayo de 2016. Este régimen se aplicará cuando la variación de los principales costos del contrato sea mayor al cinco por ciento (5%) **(54)**.

Finalmente, en ciertos contratos en donde los precios se encuentran establecidos en dólares estadounidenses, se prevé la aplicación del Índice de Precios al Consumidor de los Estados Unidos de Norte América (IPCusa), publicado por la Oficina de Estadísticas Laborales de Estados Unidos **(55)**.

VII.4.e. Garantías

Las garantías de cumplimiento del contrato a favor de la entidad contratante pueden consistir en un depósito bancario, cheque certificado contra una entidad bancaria, títulos públicos, aval bancario, o pagarés a la vista **(56)**.

En algunos contratos se incorporaron garantías a favor de los acreedores del proyecto por el repago del financiamiento de la obra. Este tipo de garantías no implican la emisión de sumas o títulos de gran liquidez como los anteriores, sino que recaen sobre los ingresos del proyecto, las acciones de la SPE o incluso el derecho a optar por la cesión de su calidad de parte en el contrato **(57)**.

(54) Art. 5 del Anexo I del DNU 691/2016.

(55) Aplicado en la Licitación Nro. 09/17 llamada por la Comisión Administradora del Río Uruguay (CARU) para la "contratación de trabajos de dragado de apertura, profundización y mantenimiento en el Río Uruguay entre el km. 0 y el km. 206,8 incluido el canal de acceso al Puerto de Concepción del Uruguay", Segundo llamado a concurso de precios nro. 009/17 para la contratación de los trabajos de dragado de apertura, profundización y mantenimiento en el Río Uruguay entre el km. 0 y el km. 206,8, incluido el canal de acceso al Puerto de Concepción del Uruguay. "C.A.R.U. - Comisión Administradora del Río Uruguay (caru.org.uy).

(56) Conforme art. 4° del Pliego Único de Bases y Condiciones Generales para las compras y Contrataciones de la Administración General de Puertos SE.

(57) Conforme art. 11.4 del Contrato de Concesión "Hidrovía Amazónica: Ríos Maraón y Amazonas, tramo Saramiriza - Iquitos - Santa Rosa; Río Huallaga, tramo Yurimaguas - Confluencia con el río Maraón; río Ucayali,

VII.4.f. Penalidades. Rescisión contractual

Para que un proyecto de dragado sea realizado de forma exitosa, es necesario establecer incentivos para que la obra se realice en tiempo y conforme diseño, mediante un sistema de penalidades por incumplimientos del contratista.

Principalmente, tales penalidades resultarán de aplicación en caso de que el contratista no dé acabado cumplimiento, en tiempo y forma, a los hitos contractuales tales como el cierre financiero, la presentación de los estudios de campo, el incumplimiento de la profundidad del dragado o del diseño de este.

Asimismo, suele establecerse un límite máximo de multas, el cual, una vez superado, se traducirá en la rescisión contractual por culpa del contratista, la ejecución de las garantías de cumplimiento de contrato y la posibilidad de la toma del control de la obra (*step in right*) por parte del contratante, y, en algunos casos, de las entidades financieras.

VIII. Situación de la hidrovía Paraná-Paraguay

Habiendo desarrollado los aspectos regulatorios y contractuales de las obras de dragado en la Argentina, consideramos oportuno realizar una breve reseña y desarrollo de algunas particularidades de la obra de dragado de apertura y mantenimiento más importante que se ha realizado en nuestro país, el dragado de la hidrovía Paraná-Paraguay.

VIII.1. Concesión a Hidrovía SA

La contratación del dragado de la hidrovía se inició con el dec. 863/1993 mediante el cual el poder ejecutivo nacional facultó al Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos a llamar a Licitación Pública Nacional e Internacional, por el régimen de concesión de obra pública por peaje (régimen de la ley 17.520), para la modernización, ampliación, operación y mantenimiento del sistema de señalización y tareas de redragado y mantenimiento de la vía navegable troncal a riesgo empresario y sin aval

tramo Pucallpa - confluencia con el Río Marañón" entre el Estado de la República del Perú y la sociedad Concesionaria Hidrovía Amazónica SA.

del Estado del tramo de la hidrovía denominado "Santa Fe al Sur" que va desde el puerto de Santa Fe hasta el km. 205,3 del canal de Punta Indio en el Río de la Plata.

Dicha licitación fue convocada por Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos mediante res. 507/1993 y con fecha el 20 de febrero de 1995 el Estado Nacional e Hidrovía SA, una sociedad conformada por los adjudicatarios de la licitación (58), suscribieron el Contrato de Concesión de Obra Pública por Peaje.

Como consecuencia de la ley de emergencia 25.561, y al igual que los otros contratos de concesión celebrados por el Estado nacional, este contrato de concesión fue renegociado por la Unidad de Renegociación y Análisis de Contratos de Servicios Públicos y la Sociedad Concesionaria, celebrándose entre ellas el "Acta Acuerdo de Renegociación Contractual Integral" con fecha 20 de octubre de 2009. Dicha acta acuerdo fue luego ratificada por el Poder Ejecutivo Nacional mediante el dec. 113/2010. El Acta Acuerdo de Renegociación introdujo modificaciones al contrato de concesión original como consecuencia de la ley 25.561 y, asimismo, previó una ampliación de la zona de la concesión. En virtud de esa ampliación acordada, Hidrovía SA y el Estado argentino suscribieron el 17 de agosto de 2010 un contrato de ampliación, extendiéndose la zona concesionada desde la zona comprendida desde el km. 584 del Río Paraná, tramo exterior de acceso al Puerto de Santa Fe, hasta la altura del km. 1238 del río Paraná denominado Confluencia, tramo que se denomina "Santa Fe al Norte". En virtud del Acta Acuerdo de Renegociación y el Contrato de Ampliación, el plazo del Contrato de Concesión Finalizado se extendió por el término de 8 años, es decir, hasta el 30 de abril de 2021. Dicho plazo luego fue extendido hasta el 10 de septiembre de 2021 por res. 129/2021 del Ministerio de Transporte,

(58) Esta licitación fue adjudicada mediante el dec. 253/1995 inicialmente a un consorcio formado por las siguientes empresas: Jan De Nul N.V., Kocourek SA de Construcciones CIFEI, Horacio O. Albano Ingeniería y Construcciones SA y EMEPA SA Luego, conformada Hidrovía SA, Kocourek SA de Construcciones CIFEI, Horacio O. Albano Ingeniería y Construcciones SA le transferirán sus participaciones a Jan De Nul N.V. y a EMPA SA, quienes quedarían como las únicas accionistas de Hidrovía SA.

fecha en que finalizó el contrato de concesión con Hidrovía SA.

VIII.2. Concesión a AGP SE

Siendo inminente la finalización del contrato de concesión —previo a la extensión otorgada mediante res. 129/2021— el 26 de noviembre de 2020, el Poder Ejecutivo Nacional emitió el dec. 949/2020, mediante el cual delegó en el Ministerio de Transporte la facultad de efectuar el llamado y adjudicación a una nueva licitación pública nacional e internacional, también por el régimen de concesión de obra pública por peaje y en el marco de la ley 17.520, para la modernización, ampliación, operación y mantenimiento del sistema de señalización y tareas de dragado y redragado y mantenimiento de la vía navegable troncal de ambos tramos —Santa Fe al Norte y Santa Fe al Sur—, a riesgo empresario y sin aval del Estado. Esta licitación es lo que se denominó la “Licitación Larga”.

Sin perjuicio de la importancia que tiene Hidrovía para el país, hasta el momento, no hubo por parte del Estado Nacional (sin importar el signo político gobernante) la iniciativa para el llamado de dicha licitación.

Es importante destacar que la hidrovía se sedimenta continuamente y, a los fines de mantener su navegabilidad, requiere del dragado constante, pudiendo la interrupción del dragado implicar la interrupción de la salida de exportaciones al país.

Asimismo, el llamado a una licitación implica tiempo, no solo por el armado de un pliego de esta envergadura y del mismo proceso licitatorio, sino que también, como vimos en el capítulo VI de este artículo, requiere de la aprobación de un estudio de impacto ambiental.

Por ello, y ante la falta de llamado de la Licitación Larga por parte del Ministerio de Transporte, el 30 de junio de 2021, el Poder Ejecutivo Nacional dictó el dec. 427/2021, mediante el cual otorgó la concesión del dragado y balizamiento de la hidrovía a la AGP. Es decir, ante la incapacidad del gobierno de turno de generar consensos para una transición ordenada y transparente hacia un nuevo contratista, resolvió contratar a una empresa del estado que ca-

rece de tecnología y conocimiento técnico para llevar a cabo semejante tarea.

Mediante dicho dec. 427/2021, se incorporó al objeto social de la AGP posibilidad de asumir el dragado y el balizamiento de la hidrovía, y se delegó en el Ministerio de Transporte la confección, suscripción y aprobación del contrato de concesión a ser suscripto entre este y la AGP el que debería tener un plazo de duración de 12 meses, prorrogable hasta la toma de servicio por parte de quien o quienes resultaren adjudicatarios de la Licitación Larga (59).

Bajo la premisa de que dicha empresa del estado subcontrate el dragado y el balizamiento, AGP, en calidad de concesionario, debía celebrar conforme a su propio régimen, las contrataciones necesarias para garantizar la navegabilidad de la hidrovía, manteniendo el actual nivel de prestación del servicio de Hidrovía SA Asimismo, las empresas subcontratistas tenían que incluir en su nómina de empleados a los empleados que antes estaban en relación de dependencia con Hidrovía SA, pertenecientes al Sindicato de Dragado y Balizamiento y regidos por el Convenio Colectivo de Trabajo Nro. 1366/14.

En línea con el dec. 427/2021, el balizamiento de la hidrovía fue adjudicado por AGP a EMEPA SA —como dijimos anteriormente, accionista de Hidrovía SA a cargo del balizamiento— mediante la Licitación Pública N° 22-2021.

Respecto del dragado, su contratación resultó bastante más sinuosa. Con fecha 9 de septiembre de 2021, la AGP emitió la res. 136/2021, la cual tenía dos propósitos. En primer lugar, llamar a licitación pública nacional para el dragado de mantenimiento de la vía navegable troncal, lo que se denominó la “Licitación Corta o Intermedia”. En segundo lugar, dada la urgencia de no interrumpir el dragado de la hidrovía, adjudicó mediante contratación directa a Compañía Sud Americana de Dragados SA - sociedad argentina subsidiaria de la sociedad Jan De Nul N.V., esta, a su vez, accionista del 50% restante de Hidrovía SA “a partir del 11 de sep-

(59) El modelo de Contrato de Concesión entre el Ministerio de Transporte y la AGP fue aprobado mediante res. 308/2021 del MT, suscribiéndose dicho Contrato de Concesión con fecha 2 de septiembre de 2022.

tiembre de 2021 y por el término de noventa [90] días” **(60)**. Es decir, se esperaba que, durante el lapso de duración de la contratación directa del dragado, se llevase a cabo la Licitación Corta.

Sin embargo, ello no tuvo lugar dado que, luego de haber precalificado técnicamente a Compañía Sud Americana de Dragados SA para la realización del dragado, la AGP resolvió, mediante la res. AGP 136/2021, dejar sin efecto la Licitación Corta sobre la base de que al haber quedado una sola oferta precalificada para la segunda instancia de evaluación “se ha visto acotado el grado de participación real y efectiva pretendido por esta Sociedad del Estado, al frustrarse así la posibilidad de conocer mayor cantidad de ofertas económicas” **(61)**.

Asimismo, la AGP resolvió también llamar a una nueva “Licitación Corta” para el dragado de la hidrovía **(62)**. Al día de la fecha, dicho nuevo llamado no ha tenido lugar.

VIII.3. Futura licitación y concesión

Resumiendo lo descripto en el capítulo anterior, a la fecha de publicación del presente artículo, la concesión para el dragado y balizamiento de la hidrovía se encuentra a cargo de AGP que, dado que carece del personal y los medios materiales para llevar adelante el dragado y balizamiento de la hidrovía, ha subcontratado la ejecución de estas a las empresas que conformaban la sociedad concesionaria anterior —Compañía Sudamericana de Dragados y EMEPA—.

Como consecuencia, parecería que nada ha cambiado a pesar de que el dec. 949/2020 continúa vigente, así como la obligación de llamar a la Licitación Larga. En ese sentido, ¿qué se está haciendo al respecto? ¿Qué organismos están encargados de llevar adelante la mentada Licitación Larga?

Desde el dictado de dicho decreto se han creado diversos organismos y se han agregado

facultades a organismos existentes con foco a la consecución de la Licitación Larga. Tales organismos son los siguientes:

Consejo Federal de Hidrovía: Creado por el Ministerio de Transporte mediante res. 307/2020 **(63)** y por instrucción del Poder Ejecutivo Nacional, se trata de un organismo netamente político y deliberativo, que tiene como fin “brindar asesoramiento permanente en todo lo relativo a la concesión de la hidrovía Paraguay-Paraná, y constituir un ámbito de coordinación política, estratégica y recepcionar las inquietudes, propuestas y proyectos de las Provincias, entidades oficiales y no gubernamentales, intermedias y representativas de los usuarios, organizaciones gremiales de la actividad, entidades productoras, exportadoras y de las vinculadas al medio ambiente, instituciones académicas y de quienes tengan interés en el fortalecimiento e integración de la hidrovía Paraguay-Paraná” **(64)**.

Como órganos permanentes se encuentran la Secretaría de Transporte, el Ministerio del Interior, la Secretaría de Planeamiento y Gestión Para el Desarrollo Productivo y de la Bioeconomía, y, lo que le da el carácter de federal, las provincias de Buenos Aires, Santa Fe, Entre Ríos, Corrientes, Chaco, Formosa y Misiones, ribereñas de la hidrovía. Sin embargo, no se explica como dejaron afuera a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, que sus costas dan al Río de la Plata —tramo fundamental de la hidrovía—, más aún teniendo en cuenta que el mismo ente que administra el Puerto de Buenos Aires es el actual concedente del dragado y balizamiento de la hidrovía. Asimismo, resulta discutible que no se hayan incluido a las provincias de las regiones del Noreste argentino, Cuyo y la provincia de Córdoba, que, aunque no sean ribereñas de la hidrovía, la exportación de sus productos depende exclusivamente de esta vía navegable.

(63) El Consejo Federal de Hidrovía tiene como antecedente también el Acuerdo Federal de Hidrovía suscripto entre el Estado Nacional y las provincias del litoral que conforman dicho consejo. Dicho acuerdo tenía como fin también crear la sociedad del estado Administradora Federal Hidrovía SE, que tendría como fin administrar la hidrovía. Tal sociedad del estado hasta el momento no fue creada.

(60) Art. 3 de la res. AGP 136/2021.

(61) Considerando décimo de la res. de la AGP 38/2022 del 18 de marzo de 2022.

(62) Art. 2 de la res. de la AGP 38/2022.

(64) Conforme art. 1 del Anexo de la res. MT 307/2021.

Sin perjuicio que la res. 307/2020 establece que deben reunirse al menos 3 veces al año **(65)**, al día de la fecha de la publicación del presente artículo se han reunido en pleno solamente en tres ocasiones.

Ente Nacional de Control y Gestión de la Vía Navegable: Es un organismo descentralizado con autarquía administrativa, funcional y económico-financiera, en el ámbito jurisdiccional de la Secretaría de Transporte —Ministerio de Economía—, con personería jurídica propia y capacidad para actuar en el ámbito del derecho público y privado, que debe su existencia al dec. 556/2021.

Cuenta con un Consejo Directivo integrado por quince miembros que es el encargado de tomar las decisiones del Ente. Ocho de sus integrantes son elegidos a propuesta del Poder Ejecutivo Nacional y los siete restantes a propuesta de las provincias que integran el Consejo Federal de Hidrovía. Dado que sus resoluciones se toman por mayoría absoluta de sus miembros, en rigor, sus decisiones dependen exclusivamente del gobierno nacional de turno.

Si bien tiene una función de contralor sobre el ámbito de la hidrovía, dado que tiene “la misión de velar por la calidad y adecuada prestación de los servicios, la debida protección de los usuarios y las usuarias, el resguardo de los bienes de dominio público y privado del Estado Nacional” **(66)**, entre las facultades del Consejo Directivo se encuentran también las de confeccionar y aprobar, por mayoría absoluta de sus miembros, los pliegos de bases y condiciones de la Licitación Larga y efectuar el llamado a tal licitación **(67)**.

Subsecretaría de Puertos, Vías Navegables y Marina Mercante: Es la reemplazante de la Unidad Ejecutora Especial Temporal Hi-

drovía **(68)**. Se encuentra bajo la órbita de la Secretaría de Transporte —Ministerio de Economía— y tiene como fin asistir en el llamado a la Licitación Larga. Tiene a su cargo la elaboración, por sí o por terceros, de los estudios e informes necesarios y del o los pliegos de bases y condiciones, para el llamado a la Licitación Larga.

Más allá de la importancia de la Licitación Larga, hasta la fecha de publicación del presente artículo, no existe publicado ningún estudio ni borrador de pliego de bases y condiciones referentes a la Licitación Larga, ni menos aún un llamado a licitación que provenga de ninguno de estos organismos.

IX. Conclusiones

Las obras de dragado conllevan una especial complejidad técnica y jurídica, por lo que requieren de una correcta estructuración contractual a fin de garantizar su adecuada ejecución y una eficiente asignación de riesgos asociados a los aspectos financieros, técnicos y políticos.

En este sentido, las obras de dragado suelen involucrar agentes financieros que permiten contar con los recursos necesarios para ejecutar obras de capital intensivo, a ser repagado mediante el cobro de una tasa o peaje por los usuarios de estas.

Finalmente, destacamos la importancia geoestratégica de la hidrovía Paraguay-Paraná para nuestro país, la que permite exportar, a precios competitivos, la producción agroindustrial. Sin embargo, dicha ventaja se ve empañada por la endeble situación contractual vigente.

Como consecuencia de ello, resulta de vital importancia que las autoridades competentes destinen el mayor de sus esfuerzos para llevar adelante un procedimiento licitatorio a fin de celebrar un nuevo contrato de concesión de largo plazo, a fin de mejorar las condiciones de navegabilidad actuales y garantizar su adecuada operación.

(65) Conforme art. 6 del Anexo de la res. MT 307/2021.

(66) Conforme art. 2 del dec. 556/2021.

(67) Conforme art. 4, incs. 2 y 4 del dec. 556/2021.

(68) Creada por la res. MT 8/2021 y reemplazada por la res. MT 153/2021.