

DECRETO Nº 0243

SANTA FE, 31 de Enero de 2006

VISTO:

El Expediente Nº 00601-0026146-6 y sus agregados por cuerda floja expedientes: 00101-0150657-4 (con 25 folios) y 00601-0026140-0 (con 7 folios) y Exptes, agregados por el MOSPV y el EN.RE.S.S.: 00601-0024290-0 (cinco cuerpos con 1330 folios) y agregados por cuerda floja 16501-0008458-8 (con 36 folios) y 00101-0143264-8 (con 19 folios); 16501-0008733-4 (con 205 folios); 00101-0139447-4 (con 455 folios) y agregado por cuerda floja 00601-0023956-0 (con 7 folios); 00601-0025916-2 (2 cuerpos con 730 folios) y agregado 16501-0009227-7; 00601-0023296-9 (con 161 folios) y agregado en copia 16501-0008123-7; 00601-0026149-9 (con 25 folios) y agregado por cuerda floja 00101-00149296-1 (con 15 folios); 00601-0023984-7 (2 cuerpos con 679 folios) y agregados por cuerda floja: 00601-0024162-4 (con 79 folios), 00601-0024277-1 (con 288 folios), 00601-0022322-6 (con 13 folios), 00601-0022248-9 (con 27 folios), 00601-0024016-4 (con 10 folios), 00601-0022296-2 (con 47 folios), 01101-003854-1 (con 38 folios) 00601-0024278-2 (con 19 folios), 00601-0024298-8 (con 24 folios), 00601-0024297-7 (con 15 folios), 00601-0024258-6 (con 63 folios), 00601-0024903-9 (con 5 folios), y 01101-0003855-2 (con 32 folios); y copias de los: 16501-0007578-6 (con 109 folios) y con dos tomos de documentación relativa a la demanda ante el CIADI de APSF S.A., 16501-0007979-3 (con 205 folios) y agregado por cuerda floja 00901-15751-9 (con 12 folios) del Registro del Sistema de Información de Expedientes en el cual obran antecedentes referidos a la rescisión del Contrato de Concesión de Servicios de Agua y Desagües Cloacales, celebrado con Aguas Provinciales de Santa Fe S.A. identificado con el Nº 7478 del Registro de Escribanía de Gobierno y;

CONSIDERANDO:

Que de los antecedentes citados corresponde resaltar los que se estiman insoslayables considerar para el ejercicio de la potestad rescisoria por culpa del concesionario;

Que en el primero - Expte. Nº 00101-0139447-4-, tramitó una presentación de la concesionaria rechazada por la resolución Nº 155/05 del EN.RE.S.S. (fs. 38/46) dictada en autos 16501-0007979-3, y por la Autoridad de Aplicación en la Resolución Nº 89/05 (fs. 439/444), debidamente fundadas en sus considerandos y en los informes a los que remiten. La Empresa intimó en los términos del numeral 13.4. del contrato rescisión por culpa del concedente) para que se proceda en 30 días a: (i) restituir el equilibrio económico financiero de la concesión, (ii) repara los graves perjuicios causados a la concesionaria y (iii) asegurar una razonable continuación en la ejecución del contrato. La resolución se emitió en base a un acto de un órgano especial (Acta Nº 15 -fs. 401/429-) que destacó como no ajustado a principios básicos de buena fe, y por tanto inadmisibles e improcedentes, pretender sumir a la Provincia, tanto en el plano local como internacional, en una tarea de valorar la razonabilidad de un nuevo modelo de negocio basado en una supuesta ecuación económica financiera original del contrato representada por la observancia de la Tasa Interna de Retorno original del Proyecto, basada en valoraciones técnicas y económicas financieras efectuadas unilateralmente por ella al momento de ofertar, pero respecto de un negocio basado en el riesgo empresario, que no admite la compensación de déficits incurridos con motivo de ponderaciones erróneas o defectuosas al diseñar su proyecto de negocio. Se expidió sobre el modelo de negocio de la ley 11220, los pliegos y de la voluntad expresa de los inversores en el proceso que culminó con el decreto de adjudicación 2141/95. Esta Fiscalía emitió dictamen 578/05 el que sustentó la aludida resolución 89/05;

Que en el segundo - Expte. Nº 00601-0023984-7- se dictó el decreto 2771/05 (fs. 611/613) que ratificó la resolución de la Autoridad de Aplicación Nº 256/05 (fs. 579/585) que rechazó presentaciones de la concesionaria tendientes a la recepción de los bienes y el servicio. Consideró que en el sistema jurídico santafesino y en el contrato de concesión en particular el concesionario no se encuentra facultado para rescindirlo por medio de una declaración de voluntad por él formulada tal como surge claramente del numeral 13.4., 13.10.3 y ccss. y sgtes. del contrato y que el Poder Ejecutivo ya se había expedido sobre tales cuestiones mediante decreto Nº 1024/05; es decir que en el sistema jurídico santafesino el contrato de concesión se encuentra vigente ya que sólo procede la rescisión del mismo por declaración de voluntad extintiva producida por la Administración o por el órgano jurisdiccional con competencia a esos efectos (art. 1º decreto 1024/05). El decreto 1024/05 se sustentó en el dictamen de esta Fiscalía Nº 688/05;

Que en el tercer trámite - Expte. Nº 00601-0024290-0- se verificaron los incumplimientos de la concesionaria conducentes a que el Poder Ejecutivo valore la decisión sobre el eventual ejercicio para recurrir a ese modo anormal de extinción del contrato. Ello fue en razón de un requerimiento de esta Fiscalía contenido en el dictamen 688/05. Intervinieron, a esos efectos, distintas gerencias que produjeron los informes respectivos;

Que del cuarto trámite - Expte. Nº 00601-0025916-2- se infiere la predisposición favorable de la Provincia de acceder al retiro de la concesión por parte de los inversores extranjeros por medio de una transferencia del paquete accionario a inversores locales. La predisposición consta en el dictamen de esta Fiscalía registrado bajo el Nº 11/06 (fs. 700/714), que aparece como culminación de toda una actuación de los estamentos de la Administración, con la colaboración de la empresa compradora, calificable como actividad frenética en aras de una adecuada composición de los intereses públicos y privados; al punto que frente a un plazo exiguo proveniente de una presentación de los inversores extranjeros y locales del mes de diciembre de 2005, se promovió el dictado de una ley sancionada bajo el Nº 12516 y se aconsejó la modificación subjetiva del contrato por transferencia del paquete accionado de los inversores extranjeros a un inversor local y devolución de garantías; transferencia que pudo concretarse aún después de la Asamblea del 13/01/06, si ésta hubiera sido la voluntad de la concesionaria (ver dictamen aludido, punto 3 párrafo 5to.);

Que el dictamen aludido analizó el sistema jurídico aplicable y destacó que la Provincia debe ser cuidadosa respecto del ejercicio de atribuciones propias frente al comportamiento del inversor extranjero en un negocio cuyas diferencias económicas sustanciales respecto de supuestos créditos de dichos inversores tramitan en un conflicto planteado ante el orden internacional (punto 1) y sobre el acto a dictarse que debía declarar la posición de la Provincia frente a declaraciones de los inversores extranjeros (punto 3.1.);

Que del trámite principal corresponde destacar, en sustancia, los siguientes aspectos que considero relevantes: por un lado, la decisión asamblearia de la concesionaria; por el otro, la resolución del Ente Regulador registrada bajo el Nº 5/06; y, por último, el parecer jurídico producido en el ámbito del Ente Regulador;

Que la decisión asamblearia de la concesionaria (fs. 5/22), en sustancia, decidió no aumentar ni reconstituir el capital social; la disolución anticipada de la sociedad conforme a lo dispuesto en el artículo 94 inc. 5 de la ley 19550, y se comunica a la Asamblea que SUEZ resolvió rescindir el contrato de operación mantenido con la sociedad;

Que los socios mayoritarios, a través del representante de Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona e Interagua, Dr. Alfredo Vítolo, al referirse a la situación del capital social manifestaron a aquellos efectos que: "...la sociedad se encuentra desde hace tiempo en situación de pérdida total del capital social, con un patrimonio neto negativo que se ha reflejado tanto en los estados contables de cierre de ejercicio como en los posteriores correspondientes a períodos trimestrales. Dicha situación ha sido provocada por la continua negativa del Concedente a restaurar el equilibrio económico y financiero de la Concesión de acuerdo a lo previsto en el marco regulatorio y el Contrato de Concesión, que no sólo ha colocado a Aguas Provinciales de Santa Fe en una situación patrimonial negativa, sino que ha afectado adversamente su capacidad para brindar el servicio en condiciones adecuadas. Este difícil cuadro de situación se ve agravado al considerar que la Provincia asimismo se ha negado a cumplir con las diversas intimaciones que Aguas Provinciales de Santa Fe le ha cursado para efectuarle la entrega del servicio como consecuencia de la rescisión del Contrato de Concesión por culpa del concedente declarada por Aguas Provinciales de Santa Fe S.A. ...". Dijo también respecto de la transferencia de acciones que: "...Finalmente, el Concedente ha omitido autorizar la venta de las acciones de sus mandantes a "Alberdi Aguas S.A., operación que hubiera permitido a los accionistas salientes evitar el agravamiento de los daños y perjuicios sufridos como consecuencia de las medidas adoptadas por la República Argentina y la Provincia de Santa Fe y al mismo tiempo posibilitar a APSF y a la Provincia, una oportunidad para preservar la continuidad de la Concesión. La negativa del Concedente a posibilitar cualquier solución razonable a APSF bajo los distintos escenarios y alternativas planteadas a lo largo de los últimos cuatro años, han afianzado la convicción de los accionistas que representa que no existe una real voluntad del Concedente a posibilitar un restablecimiento de una perspectiva viable para la empresa. En este sentido, la última propuesta de renegociación remitida por el Gobierno Provincial el pasado mes de noviembre no permite recuperar el capital invertido y presupone la imposibilidad de

recuperar las inversiones futuras requeridas, a la vez que no otorgaba la suficiente holgura financiera para prestación del servicio en condiciones razonables. A tales efectos se remite a las evidencias que surgen de las distintas notas enviadas por APSF al concedente. ...”;

Que los socios minoritarios fracasaron en una moción de: “...inicio de la acción social contra los accionistas Suez, Aguas de Barcelona e Interagua por el daño que han causado a la sociedad al negarse a votar un aumento de capital que se podría integrar capitalizando créditos, consiguientemente a forzar una disolución anticipada de la sociedad con la consiguiente alta posibilidad de que la sociedad termine en quiebra...”;

Que por su parte el representante de Banco de Galicia y Buenos Aires, manifestó: “...su absoluta disconformidad con el modo con el que accionista mayoritario ha planteado la problemática que afecta a esta sociedad. ...Expresa que la diferencia entre el accionista minoritario y los mayoritarios radica en el poco interés que tienen los accionistas mayoritarios en que esta empresa siga adelante, porque tienen expectativas por las acciones iniciadas ante el CIADI y esperan obtener una recompensa de tipo económico como resultado de esa acción. Por supuesto que los accionistas tienen todo el derecho del mundo para iniciar las acciones que estimen les conviene, pero a lo que no tienen derecho es a sacrificar el interés social en aras del interés individual que es el de su expectativa en ese ámbito... la propuesta que se acaba de escuchar es una parte de una acción que, jurídicamente, no puede calificar de otro modo que de dolosa para destruir a esta sociedad. ...”;

Que asimismo, otro representante consideró: “...que como consecuencia de la crisis que vivió la Argentina a fines de 2001 y todo el 2002, no es esta empresa la única que está pasando por este momento, y se animaría a decir que por encima del 90% de las empresas que han tenido pasivos como consecuencia de sus endeudamientos con créditos del exterior, sobre todo con compañías multilaterales de créditos la Corporación Financiera, el Banco Mundial, el Banco Interamericano de Desarrollo, los accionistas han capitalizado, que no conoce ninguna empresa en la República Argentina que haya ido a la disolución, que haya ido a la quiebra por la negativa de sus accionistas de capitalizar la empresa porque, ... no requiere marginalmente ningún costo financiero ni económico. Si vamos a la quiebra, cuál es el resultado económico. Y si capitalizamos, ¿cuál es el resultado económico? Entonces cuál es el beneficio de mandar esta compañía a la quiebra y de pedir su disolución. La verdad que esta Compañía hoy tiene ese patrimonio neto negativo, pero también es cierto que los acreedores que son los mismos accionistas podrían capitalizar y normalizarla. ... Las empresas argentinas, los accionistas han capitalizado. Los organismos multilaterales de crédito han aceptado quitas y han aceptado plazo de reestructuración y refinanciación...”;

Que por último, también en esta Asamblea se informó cuál es la situación del contrato de operación que vincula a APSF S.A. con Suez, en tal sentido el representante de Suez informó: “que su mandante Suez ha resuelto rescindir el contrato de operación mantenido con la sociedad, de acuerdo a los fundamentos expuestos en la nota fechada en el día de ayer y enviada al Presidente de la Asamblea... la que dice: París, 12 de enero de 2006. ... Reiterando en todos sus términos nuestra nota de fecha 14 de noviembre de 2005 y en atención a vuestra respuesta de fecha 28 de noviembre, en la que se anuncia claramente que la deuda reclamada no será pagada, no nos queda otra alternativa que declarar resuelto el Contrato con efecto inmediato, en virtud de la causal por la cual esa compañía fuera debidamente intimada. A esta resolución se ha llegado además, considerando que como resulta de vuestra propia respuesta la situación en que se encuentra hoy la compañía la pone en imposibilidad de poner en práctica cualquier recomendación o consejo técnico brindado por Suez viéndose así comprometida su reputación como operador internacional. ...”;

Que el EN.RE.S.S. dictó el 18/01/05 la Resolución Nº 005/06 (fs. 88/93) que dispone: declarar que APSF S.A. ha incumplido con lo ordenado en el art. 1º de la Res. Nro. 763/05 (intimación a la concesionaria para que en la Asamblea respectiva adopte los recaudos necesarios para revertir su situación patrimonial bajo apercibimiento de promoverse el procedimiento de rescisión por culpa previsto en el numeral 13.3. -rescisión por culpa del concesionario- fs. 66/75) el cual se califica con carácter de grave a tenor del numeral 12.2.3. del contrato de concesión; hacer saber al Poder Ejecutivo y al MOPSV que la Asamblea de Accionistas celebrada el 13/01/06 ha resuelto declarar que la Sociedad se encuentra disuelta y que por tanto está incurso en la causal de rescisión por culpa del concesionario contemplada en los numerales 13.3.13 y 13.6. del contrato de concesión; rechazar los términos de la Nota Nº 2893 GAL de APSF en cuanto declina toda responsabilidad sobre la prestación del servicio y los bienes a él

afectado, y pretende que el Estado Provincial recepcione en forma inmediata los bienes y el servicio; intimar a APSF S.A. a que cumpla con las obligaciones inherentes a la Administración de los bienes y del servicio y de su prestación, bajo apercibimiento de considerar cualquier omisión como abandono del servicio con sus consecuencias administrativas, civiles y penales hacia la sociedad concesionaria, sus socios y las personas físicas responsables; elevar las actuaciones al MOSPV en su calidad de autoridad de aplicación a los fines correspondientes;

Que el dictamen jurídico producido en el ámbito del EN.RE.S.S. (fs. 535/538) reconstruyó, de modo acertado, los aspectos centrales de: el modelo de contrato surgido marco regulatorio y de la voluntad de las partes del procedimiento de selección; el comportamiento de la concesionaria durante la faz de ejecución; los procesos de renegociación contractual y dentro de ellos los acuerdos provisorios arribados en donde se suspendieron metas y objetivos contractuales; los perfiles de la falta de acuerdo en lograr una salida ordenada del contrato; la conducta de las partes y los incumplimientos de la concesionaria durante la ejecución del contrato. Aconsejó la rescisión del contrato de concesión por culpa de la concesionaria invocando las siguientes causales: incumplimiento grave de las disposiciones legales, contractuales o reglamentarias aplicables al servicio (numeral 13.3.1), fundándolo en un informe de la Gerencia de Atención al Usuario (f. 528); atrasos reiterados e injustificados en el cumplimiento de las inversiones anuales o las metas convenidas en el PGMDS (numeral 13.3.2), ya que la conducta del concesionario de retirarse del contrato que se encuentra subsistente, implica incumplir con el PGMDS que resta ejecutar hasta el fenecimiento de la concesión por vencimiento del plazo, cita informe de la Gerencia de Control de Calidad (fs. 254/288), y que también el Concesionario ha incumplido el PGMDS establecido en la Resolución Nº 50/05 ENRESS, conforme consta en las resoluciones ENRESS Nros. 361/05 y 781/05; renuncia o abandono del servicio imputable al concesionario (numeral 13.3.3.) lo que funda en el incumplimiento sistemático de los actos administrativos y las órdenes impartidas por la Administración, el deterioro que el servicio ha sufrido por su única y exclusiva responsabilidad, y en la decisión de disolver la sociedad en la Asamblea celebrada el 13/01/06; reiterada violación al reglamento del usuario (numeral 13.3.8.), lo que funda en los informes y listados de incumplimientos, multas aplicadas y normas violados obrantes a fs. 387 y s.s. y 1289/1301 del expediente 00601-0024290-0; reticencia u ocultamiento reiterado de información al Ente Regulador (numeral 13.3.9), lo que también funda en los informes y listados de incumplimientos, multas aplicadas y normas violados obrantes a fs. 387 y s.s. y 1289/1301 del expediente 00601-0024290-0. Y cita diversas resoluciones del ENRESS incumplidas por APSF S.A.; la falta de constitución, renovación o reconstitución de la garantía de cumplimiento de contrato y de la garantía de cumplimiento de las obligaciones del Operador (numeral 13.3.11), lo que funda en que al día de la fecha el incumplimiento de la constitución de las garantías previstas contractualmente no ha sido subsanado; disolución y liquidación del concesionario (numeral 13.3.13 y 13.6), respecto de esta causal remite a lo dicho en virtud del dictado de la Resolución Nº 05/06 EN.RE.S.S y, por último, enumera otros incumplimientos que si bien no están tipificados como causales de rescisión, suponen conductas que se configuran como graves incumplimientos de las obligaciones asumidas, ejemplo: los casos mencionados por la Gerencia de Administración a fs. 521/527, entre los cuales destacó la falta de pago de tasa retributiva al EN.RE.S.S. durante el año 2002, el intento por modificar la estructura del operador y la no cancelación de las cuotas de los préstamos internacionales transferidos;

Que el Directorio del Ente (f. 560) hizo suyo el parecer al sostener que los "informes y dictámenes emitidos lucen razonablemente sustentados los antecedentes y la actividad que en particular ha desplegado este Organismo, motivo por el cual este Directorio los comparte y hace suyas las conclusiones obrantes a fs. 558, quedando demostrados los extremos que ameritan la rescisión del Contrato de Concesión Nº 7478 por Culpa del Concesionario Aguas Provinciales de Santa Fe S.A.; Que considero que la Provincia, de este modo, se encuentra frente a una situación relacionada a la prestación de un servicio público esencial, que gestiona el particular Aguas Provinciales de Santa Fe S.A., cuyo título habilitante está configurado por un contrato de concesión vigente, arribado en los términos de la ley 11220 y marco regulatorio, respecto del cual en su calidad de concedente está habilitada para ejercitar sus potestades rescisorias, por disolución de la sociedad concesionaria (art. 40 ley 11220, y numerales 13.3.13 y 13.6 del contrato de concesión) resultante de una clara y contundente voluntad del concesionario y sus inversores extranjeros de retirarse del contrato (numeral 13.3.) con posturas que no se ajustan a la realidad negociar y al sistema jurídico aplicable (punto 3.1.

dictamen Fiscalía de Estado Nº 11/06 y actos concordantes respectivos);

Que las otras causales rescisorias que adecuadamente se exponen en el dictamen jurídico obrante como fs. 535/558 (incumplimiento grave de las disposiciones legales, contractuales o reglamentadas aplicables al servicio - numeral 13.3.1-; atrasos reiterados e injustificados en el cumplimiento de las inversiones anuales o las metas convenidas en el PGMDS - numeral 13.3.2-, reiterada violación al reglamento del usuario -numeral 13.3.8.-; reticencia u ocultamiento reiterado de información al Ente Regulador -numeral 13.3.9-; la falta de constitución, renovación o reconstitución de la garantía de cumplimiento de contrato y de la garantía de cumplimiento de las obligaciones del Operador -numeral 13.3.11-; e incumplimientos que si bien no están tipificados como causales de rescisión, suponen conductas que se configuran como graves incumplimientos de las obligaciones asumidas falta de pago de tasa retributiva al EN.RE.S.S. durante el año 2002, el intento por modificar la estructura del operador y la no cancelación de las cuotas de los préstamos internacionales transferidos, etc.), no deben ser invocadas como supuestos autónomos con fines rescisorios sino como conexos o como causas de la situación desencadenante del ejercicio de las potestades rescisorias indicadas en el considerando precedente;

Que el dictamen jurídico producido a fs. 535/538, al reconstruir de modo acertado los aspectos centrales del caso, ha sido considerado a los fines de la producción del acto presente acto, pero ajustado en función de lo expuesto por la Fiscalía de Estado en su dictamen agregado a fs. 588 y sgtes; Que en tal sentido resulta oportuno recordar que el Contrato celebrado con Aguas Provinciales de Santa Fe S.A. identificado con el Nº 7478 del registro de Escribanía de Gobierno, se encuentra regido por el principio de riesgo empresario; y así fue reconocido por Aguas Provinciales de Santa Fe S.A. al momento de contestar la impugnación a su oferta manifestando "que los compromisos asumidos son de metas y objetivos y no de medios", comprometiéndose a hacerse cargo con sus propios recursos de cualquier contingencia que afecte las metas y objetivos del pliego (ello según las constancias obrante en el expediente Nº 16301-0011511-4);

Que a la luz de ese principio, la empresa se comprometió a alcanzar las metas y obligaciones precisas a cambio de la tarifa que ella misma había propuesto en su oferta para acceder al negocio, en un proceso licitatorio en el que no ofrecía el pago de un Canon;

Que la Provincia de Santa Fe ha mostrado un comportamiento adecuado y coherente desde el mismo momento de la selección del prestador y su operador, en el respeto de sus derechos procurando no lesionarlos y aún en instancias extremas;

Que los informes producidos por los distintos estamentos de la Administración obrantes en la copiosa documental colectada, que como antecedentes acompañan al expediente mencionados en el visto, son prueba fehaciente de los esfuerzos concretados por la Provincia en tal sentido;

Que como concedente, el Poder Ejecutivo ha desplegado constantemente una actitud de resguardo de los intereses comprometidos en pos de la continuidad del servicio público, siendo cuidadoso de evitar que el mismo se viera alterado o abruptamente interrumpido, ajustando su conducta en circunstancias problemáticas que se han ido presentando y que de ningún modo bajo las reglas jurídicas imperantes podrían atribuírsele;

Que en razón del fin público predominante ha atendido con el mismo énfasis la situación de los sectores carenciados, evitando que por falta de recursos económicos estos se vieran privados de tales vitales servicios, instrumentando y poniendo en práctica mecanismos de asistencia no contemplados originalmente en el marco regulatorio, tendentes a permitir el acceso a tales servicios, sin mengua alguna de los derechos del prestador;

Que la Administración en su condición de contratante ha acudido en ayuda del concesionario, comportándose como lo manda la regla directriz del art. 1198 del Código Civil, con un reputado ejercicio de buena fe de sus derechos;

Que ya en el primer proceso de renegociación (abierto por decreto Nº 726/97) y ante las consecuencias de eventos que de acuerdo a principios jurídicos consolidados y reglas de la ciencia de la economía formaban parte del riesgo empresario asumido por el concesionario (incobrabilidad de cargos y consecuente caída de la demanda e ingresos), dispuso por conductos solidarios una solución consensuada con el prestador que a la postre implicó posibilitar el mantenimiento de la calidad y la expansión de los servicios sin restringir ni modificar por ello los ingresos y recursos necesarios para el cumplimiento de los Planes de Mejora y Desarrollo del Servicio, los que fueron readecuados

contemplando los intereses y derechos del concesionario, respetando la ecuación económica financiera del contrato;

Que frente a similares circunstancias sociales que repercutían en la percepción de los ingresos del concesionario, convocó a una segunda renegociación contractual (decreto N° 1691/00) con el objetivo de atender a los problemas presentados por usuarios que no estaban en condiciones de afrontar el pago de la tarifa, pero siempre con una voluntad claramente manifestada de no afectar los derechos del prestador, al relevarlo nuevamente y de manera temporaria del cumplimiento de las obligaciones vinculadas al PGMDS y conceder pautas diferenciales en la prestación del servicio;

Que por el contrario el concesionario sin embargo, comenzó a dar muestras de un velado interés por lograr una readecuación contractual que atendiera a sus pretensiones de que se garantice una rentabilidad de sus inversiones y que ello quede supeditado el cumplimiento de las obligaciones contractuales, en contraposición a los pilares sobre los cuales se había edificado la voluntad común de las partes que permitieron arribar a la contratación;

Que con motivo de la sanción de la ley 25561 que declara la emergencia y dejó sin efecto la paridad cambiaria establecida por ley, el concesionario pretendió subsanar los efectos de un endeudamiento contraído irresponsablemente en el extranjero, mediante el otorgamiento de un aumento de tarifas, que el plexo normativo visto razonadamente y de manera sistemática, como lo han hecho los estamentos técnicos de la Provincia, no contempla y además era improcedente por encontrarse suspendidas las metas y objetivos que debían ser solventadas con la tarifa que igualmente el concesionario percibía sin realizadas por estar relevado temporalmente;

Que de los elementos documentales que lucen como antecedentes, en ocasión de estos acontecimientos, el comportamiento de Aguas Provinciales de Santa Fe S.A. ante el Concedente, el Ente Regulador de Servicios Sanitarios y los usuarios comenzaron a convertirse en incumplimientos a las normas contractuales y por tanto en conductas incompatibles con el ejercicio de los derechos bajo los postulados establecidos por el art. 1198 del Código Civil, desde el momento en que a incumplimientos ya verificados con anterioridad, se sumaron temperamentos que excedían los límites razonables de defensa de los derechos,

Que cabe señalar como doctrina el criterio del jurista Juan C. Cassagne, quien sostiene que las empresas deben acreditar que cumplen, no sólo la letra, sino el espíritu de sus concesiones, agregando, que en el espíritu de toda empresa de servicio público está la cooperación a la salida de las crisis por las que pueda pasar la colectividad a la que sirven, concluyendo que el contrato debe cumplirse en suma por ambas partes, de acuerdo con la buena fe y con su espíritu (en la obra "Servicios Públicos, Regulación y Renegociación, págs. 129 y 130, Ed. Lexis Nexis);

Que el proceso renegociador no pudo progresar, pese a los acuerdos provisorios alcanzados en ese interin, como consecuencia, de la voluntad del concesionario de obtener una recomposición económica disociada del marco contractual que se intentaba recomponer;

Que para arribar a tal conclusión, no debe perderse de vista que en el mes de Agosto del año 2002, el concesionario y sus inversores iniciaron el proceso previsto en los tratados de protección de inversiones celebrados por la Nación Argentina con el Reino de España y la República de Francia, dando noticia de ello al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a las Inversiones (CIADI) y en el mes de Abril del año 2003 registraron una petición de arbitraje;

Que los incumplimientos se fueron sucediendo y agravando pese a la demostrada intención de la Provincia que lejos de haber sido inactiva, implementó los instrumentos necesario para capear la crisis económica que azota al país desde 2001, abriendo la instancia renegociadora a fin de recomponer la relación contractual mediante acciones concretas y adecuadas, convocando por decreto N° 2362/04 a renegociar bajo los términos de la ley 25561 y sobre la base del cumplimiento de exigencias mínimas para la atención del servicio;

Que si bien ellos por su gravedad daban lugar al ejercicio de la facultad rescisoria, el concedente optó por mantener el vínculo contractual en búsqueda de la continuación del contrato de concesión, atento al fin público cuya satisfacción persigue;

Que, como se ha sostenido doctrinalmente la continuidad en la prestación de los servicios públicos constituye una regla de carácter general que se funda en la finalidad propia de los contratos públicos, la satisfacción del interés público; como que además es una de las notas especificadoras que definen la prestación en relación al usuario, e indica que el servicio público debe brindarse toda vez que la

necesidad que cubre se haga presente, es decir, se debe efectuar oportunamente, y de manera ininterrumpida, sin paralizaciones ni suspensiones que cercenen los derechos de los usuarios, más allá de las contingencias y avatares políticos o económicos ("Fracaso de la renegociación", capítulo integrante de la obra colectiva "Renegociación de Contratos Públicos en Emergencia", dirigida por Roberto Dromi, pág. 264, Ed. Ciudad Argentina);

Que debe también resaltarse que los contratos deben cumplirse de buena fe y el Estado los celebra para que se ejecuten y no para revocarlos o rescindirlos, es evidente que la rescisión de ellos por hecho imputable al cocontratante, debe fundarse en un acto o en una omisión grave que ponga en peligro la satisfacción de los fines determinantes de su concertación, o que traduzca, por su reiteración, contumacia o rebeldía, una conducta incompatible con esos fines (Bercaitz, en "Teoría General de los Contratos Administrativos", pág. 565, Ed. Depalma);

Que desde esta perspectiva la rescisión como sanción, si bien procedente, resultaba inconveniente e inoportuna en orden a la preservación de los fines públicos, tal como quedó puesto de manifiesto en todos y cada uno de los actos administrativos celebrados y se ha dado cuenta en los antecedentes señalados en puntos precedentes, sin que por ello se lo haya relevado ni excusado con carácter definitivo del cumplimiento de todas las obligaciones asumidas bajo la ley 11220, el Pliego, el contrato de concesión y normas reglamentarias dictadas en su consecuencia;

Que empero actualmente la Provincia se encuentra frente a una actitud renuente por parte del concesionario y sus inversores extranjeros, que hace lucir como inconveniente el mantenimiento de todas las dispensas temporales y provisorias y tornan aconsejable la opción de la rescisión por culpa del concesionario a la luz de todos sus incumplimientos y de su incumplimiento fundamental en mantener la voluntad de cumplir con el contrato de concesión y en particular con la ejecución del Plan General de Mejoras y Desarrollo del Servicio al que se comprometió y por el que los usuarios han abonado y abonan la tarifa, dado que al exigirse el pago de canon alguno, en los términos del numeral 1.7 del contrato se ha vulnerado la condición que justificó el otorgamiento y mantenimiento de la concesión, esto es, la realización de todas las inversiones necesarias para ejecutar el PGMDS y asegurar la correcta prestación del servicio;

Que el aserto del retiro de la voluntad y con ello de la renuncia o abandono en que incurre el concesionario se encuentra corroborado con la decisión tomada en la asamblea de accionistas celebrada el día 13 de Enero del año en curso en que se ha resuelto disolver la sociedad (expediente N° 00101-0150657-4), con la consecuente frustración de los derechos del concedente y los daños y perjuicios que ello provoca a la Provincia y sus habitantes a los cuales representan los gobernantes elegidos democráticamente;

Que el contrato administrativo se caracteriza, entre otras cosas, por la potestad de la Administración Pública para extinguirlo unilateralmente; es una potestad exorbitante del Derecho Privado, que no sólo responde a las características propias del contrato administrativo, sino también a su finalidad, que es, como la generalidad de la actividad administrativa, dar satisfacción al interés común. Se trata, pues, no ya de un derecho de la Administración, sino de un verdadero poder administrativo, siempre existente en todo contrato en que aquélla intervenga, ya sea explícita o implícitamente;

Que por su parte, Bercaitz (o.p. cit., págs. 564 y siguientes), señala que la rescisión por hecho imputable al cocontratante, puede ser dispuesta como sanción por actos u omisiones de aquél, violatorias de las obligaciones a su cargo;

Que el dolo o el fraude en la ejecución del convenio constituye sin ninguna duda la causa más grave de rescisión de los contratos administrativos por hecho imputable al cocontratante. La negligencia en su ejecución, manifestada en una ejecución reiteradamente morosa o defectuosa, o en su inexecución parcial o total, es otra causal que íntegra la rescisión por hecho imputable al cocontratante;

Que ha tenerse en cuenta que la rescisión no prevista en el contrato, o cuando no existe texto legal que la regule, sólo procede por causas graves, temperamento que se concilia con el principio de la conservación de los valores jurídicos. La calificación de tal gravedad es una cuestión de hecho, que habrá de apreciarse y resolverse en cada caso que concretamente se plantee;

Que es menester señalar que en reiteradas ocasiones Aguas Provinciales de Santa Fe S.A. ha intentado atribuir al Concedente la responsabilidad de la ruptura de la ecuación económica financiera del contrato de concesión, particularmente en ocasión de negociar la transferencia de acciones a -favor de Alberdi Aguas S.A., los inversores extranjeros han declarado que vendían sus acciones en Aguas Provinciales de

Santa Fe frente a perjuicios derivados de la ley 25561 y a la continua negativa de la Provincia de restaurar el equilibrio económico financiero de la concesión, y que lo hacían a fin de mitigar parcialmente daños y perjuicios sufridos por ellos (Considerandos L, M y N - f. 409 del expediente N° 00601-0025916-2). El operador, a su turno, también sostenía que rescindía el contrato de operación a los fines de la venta de acciones dirigida a intentar mitigar ciertos daños y perjuicios que se alegan por la negativa de la Provincia (Considerandos D y E del Acuerdo de Rescisión del Contrato de Operación f. 447). Asimismo formularon reservas respecto de reclamo instaurado ante el tribunal de arbitraje del CIADI (fs. 410, 416/417, 449);

Que desde tiempo atrás ha pretendido endilgar a la conducta de la Provincia la existencia de comportamientos positivos y omisivos lesivos de sus derechos, omitiendo a esos efectos la acreditación de la existencia de perjuicios tal como lo requiere el régimen jurídico de derecho público local al cual se encuentra sometida la concesión;

Que por el contrario, los antecedentes documentados, ponen en evidencia que los distintos estamentos de la Administración, ya fuere del órgano de control, de la autoridad de aplicación o de la comisión especial creada por decreto N° 2238/04 han sido contestes en afirmar que nunca fue demostrada la ruptura de la ecuación económica financiera del contrato, ni que, si ello se hubiere producido, pudiese ser atribuible al temperamento adoptado por el Concedente con motivo de la emergencia declarada por ley nacional, quien frente a ello mantuvo temporalmente suspendidas las obligaciones de inversión a cargo del concesionario para el cumplimiento del PGMDS y del contrato sujeto a renegociación, y con la misma tarifa estipulada legalmente para un supuesto de cumplimiento integral de las obligaciones inherentes; Que asimismo existen elementos de juicio que permiten sostener que el equilibrio que es propio de las ecuaciones de los contratos públicos se vio afectado por conductas negligentes y culposas del concesionario, que se ubican dentro de la órbita del riesgo empresarial asumido por el cocontratante y que de ninguna manera pueden ser trasladados ni compartidos por el concedente, los usuarios y la comunidad santafesina;

Que los informes técnicos acreditan que no existe responsabilidad de la Nación al dictar la ley 25561 y de la Provincia en los términos en que se la pretendido imputar la empresa concesionaria y sus accionistas de origen extranjero, respecto de los supuestos perjuicios que invocan como provocados a partir del año 2002;

Que según el dictamen 11/06 de Fiscalía de Estado, la Provincia ha mitigado total o parcialmente los perjuicios que a ella se le imputan manteniendo un proceso de renegociación abierto por actos sucesivos con suspensión de metas y objetivos, es decir un esfuerzo que permitió al concesionario, aun antes de la ley 25561, percibir una tarifa sin realizar las inversiones previstas contractualmente;

Que deben ser rechazadas por tanto, todas las imputaciones formuladas y declarar que no existe responsabilidad de la Nación al dictar la ley 25561 y de la Provincia respecto de los supuestos perjuicios invocados pues ellos provienen, del comportamiento señalado precedentemente, el cual, sin lugar a dudas es producto y se encuentra dentro la órbita del riesgo empresarial explícitamente asumido, tal como se sostuviera en el punto 3.1. del dictamen de la Fiscalía de Estado aludido en el Considerando precedente;

Que por otra parte, debe tenerse en cuenta que el numeral 13.8.2 del contrato de concesión determina que en caso de rescisión por culpa del concesionario, éste perderá automáticamente la garantía de cumplimiento de contrato, lo cual exige una declaración expresa en tal sentido por parte del concedente, teniendo en cuenta que por Decreto Nro. 1024/05 los montos obtenidos con motivo de la ejecución fueron depositados con la finalidad de mantenerlos como garantía de contrato que el concesionario se negó a constituir;

Que debe declararse la pérdida por parte de la empresa Aguas Provinciales de Santa Fe S.A. de la garantía de cumplimiento de contrato y la garantía de operación, de acuerdo a lo dispuesto por el contrato de concesión, la cual se encuentra constituida por los fondos depositados en el Nuevo Banco de Santa Fe S.A. conforme a lo dispuesto en el decreto N° 1024/05, facultándose al Ministerio de Obras Servicios Públicos y Vivienda a dictar los actos administrativos complementarios y necesarios a tal fin; Que la Provincia ha sufrido concretos y directos perjuicios causados los incumplimientos de la empresa concesionaria y su operador, resultando en esta instancia de imposible cumplimiento establecer precisa y fehacientemente el valor económico de dichos daños y perjuicios, por lo cual debe hacer de modo expreso la reserva pertinente del caso de exigir el resarcimiento -y demandarlo judicialmente- que

resulte de las operaciones y determinaciones que habrán de llevarse a cabo de conformidad con el procedimiento previsto en el numeral 13.10.2 del contrato de concesión y de otras acciones que emprenda la Provincia en resguardo de sus derechos e intereses tal como se dispone en la parte resolutive del presente;

Que atento el carácter esencial que reviste el servicio público de agua, resulta indispensable asegurar la continuidad de su prestación en orden a asegurar las mejores condiciones de eficiencia ante la concesión que fenece;

Que la prestación del servicio en las localidades anteriormente concesionadas a la empresa Aguas Provinciales de Santa Fe S.A., ha de ser asumido por "Aguas Santafesinas Sociedad Anónima", sociedad ésta recientemente constituida por decreto 193/06 y modificatorios;

Que Aguas Santafesinas Sociedad Anónima, ha de cumplir con todas las normas aplicables, excepción hecha del PGMDS, el que será reemplazado por la Nota SSP N° 251 comunicada al concesionario en fecha 22/11/05, hasta tanto se formalice el contrato de vinculación con la Provincia de Santa Fe,

POR ELLO:

EL GOBERNADOR DE LA PROVINCIA

DECRETA:

ARTICULO 1. - Recházase todas las imputaciones formuladas por Aguas Provinciales de Santa Fe S.A. y sus inversores extranjeros Suez, Aguas de Barcelona S.A. e Interaguas Servicios Integrales de Aguas S.A., contra la Provincia de Santa Fe y declarase que no existe responsabilidad de la Nación al dictar las Ley N° 25561, ni de la Provincia respecto de los supuestos perjuicios por ella invocados pues ellos provienen de una situación anterior puesta de manifiesto en el punto 3.1. del dictamen de Fiscalía de Estado N° 11/06.

Declárase que las renegociaciones eran el ámbito en el que la concesionaria debía demostrar sus perjuicios para que la Provincia pueda reconocer las consecuencias de la ley 25561 en la realidad y en la economía del contrato, y que en el fracaso de las negociaciones intentadas subyace la improcedente pretensión de la concesionaria y de los inversores de mudar el modelo de contrato a pesar de sus propios actos para acceder al mismo (nota del 2 de agosto de 1995) y de corregir decisiones empresariales tomadas a su riesgo; mientras que la Provincia, por el contrario, ha mitigado total o parcialmente los perjuicios que a ella se le imputan manteniendo un proceso de renegociación abierto por actos sucesivos con suspensión de metas y objetivos; es decir un esfuerzo que permitió al concesionario, aún antes de la ley 25561, percibir una tarifa sin realizar las inversiones previstas contractualmente.

ARTICULO 2. - Declárase rescindido el Contrato de Concesión de Servicios de Agua y Desagües Cloacales, celebrado con Aguas Provinciales de Santa Fe S.A. identificado con el Nro. 7478 del registro de Escribanía de Gobierno por culpa de la concesionaria derivada de la disolución de la sociedad (art. 40 ley 11220, y numerales 13.3.13 y 13.6 del contrato de concesión) resultante de una clara y contundente voluntad del concesionario y sus inversores extranjeros de retirarse del contrato (numeral 13.3.) con posturas que no se ajustan a la realidad negocial y al sistema jurídico aplicable (punto 3.1. dictamen Fiscalía de Estado N° 11/06).

Declárase que las otras causales expuestas en el trámite (incumplimiento grave de las disposiciones legales, contractuales o reglamentarias aplicables al servicio -numeral 13.3.1-; atrasos reiterados e injustificados en el cumplimiento de las inversiones anuales o las metas convenidas en el PGMDS - numeral 13.3.2-; reiterada violación al reglamento del usuario numeral 13.3.8.-; reticencia u ocultamiento reiterado de información al Ente Regulador numeral 13.3.9-; la falta de constitución, renovación o reconstitución de la garantía de cumplimiento de contrato y de la garantía de cumplimiento de las obligaciones del Operador -numeral 13.3.11-; e incumplimientos que si bien no están tipificados como causales de rescisión, suponen conductas que se configuran como graves incumplimientos de las obligaciones asumidas -falta de pago de tasa retributiva al EN.RE.S.S. durante el año 2002, el intento por modificar la estructura del operador y la no cancelación de las cuotas de los préstamos internacionales transferidos, etc.-), no constituyen supuestos autónomos de la rescisión dispuesta sino causas conexos o antecedentes de la situación desencadenante del ejercicio de las potestades rescisorias indicadas en el párrafo precedente.

ARTICULO 3. - Declárase la pérdida por parte de la empresa Aguas Provinciales de Santa Fe S.A. de la garantía de cumplimiento de contrato y la garantía de operación, de acuerdo a lo dispuesto por el

contrato de concesión, la cual se encuentra constituida por los fondos depositados en el Nuevo Banco de Santa Fe S.A. conforme a lo dispuesto en el decreto N° 1024/05, facultándose al Ministerio de Obras Servicios Públicos y Vivienda a dictar los actos administrativos complementarios y necesarios a tal fin.

ARTICULO 4. - Instrúyase al Ente Regulador al Ente Regulador a desarrollar, en forma coordinada con la Comisión Especial creada por decreto 2238/04 -que tiene facultades para celebrar convenios y contratación de expertos, actividad administrativa interna tendente a determinar los daños y perjuicios causados por los incumplimientos del concesionario y su operador, a cuyo efecto deberán requerir y evaluar los criterios y posturas que sustente el órgano competente de la Nación frente al comportamiento de los inversores extranjeros que han llevado a la jurisdicción internacional diferencias económicas sustanciales supuestamente provenientes de esta relación jurídica contractual y, cumplido que sea, someter la cuestión a la Fiscalía de Estado de la Provincia, para que ella se expida sobre las acciones legales pertinentes para lograr la reparación de daños y perjuicios producidos.

ARTICULO 5. - Designase a "Aguas Santafesinas Sociedad Anónima" constituida en virtud de decreto N° 193/06 y modificatorio, para que asuma la prestación del servicio en las localidades incluidas dentro del ámbito de la concesión especificado en el art. 3º de la Ley N° 11220.

ARTICULO 6. - Notifícase a la empresa Aguas Provinciales de Santa Fe S.A., que en fecha 8 de febrero de 2006 a las 9.00 hs., Aguas Santafesinas Sociedad Anónima procederá a la recepción del servicio de los bienes afectados al mismo y del personal necesario para el servicio, en los términos de los numerales 6.8.2, 7.6, 9.2, 13.9 y 13.10 del Contrato de Concesión, para lo cual contará con la asistencia del Ente Regulador de los Servicios Sanitarios al que se le encomienda que proponga un acto general cuyo contenido regule la recepción del personal de modo tal que componga adecuadamente los intereses públicos y privados comprometidos.

ARTICULO 7. - Establécese que hasta tanto se formalice el contrato de vinculación entre Aguas Santafesinas Sociedad Anónima y la Provincia de Santa Fe, regirá para la prestación del servicio, el marco normativo que regía para la ex concesionaria Aguas Provinciales de Santa Fe S.A., excepción hecha del PGMDS, que será reemplazado por el plan de obras comunicado a la ex concesionaria en fecha 22/11/05 por nota SSP Nro. 251.

ARTICULO 8. - Dése cuenta a la Honorable Legislatura y a la Procuración del Tesoro de la Nación.

ARTICULO 9. - El presente decreto será refrendado por el Ministro de Obras, Servicios Públicos y Vivienda.

ARTICULO 10. - Regístrese, comuníquese, publíquese y archívese.

OBEID

Arq. Alberto Nazareno Hammerly
