DICTAMEN N° 0011 AÑO 2006.
EXPTE. N° 00601-0025916-2.-

Señor Ministro:

Con 572 folios vuelven a mi consideración las actuaciones citadas en la referencia en las que, de acuerdo a la providencia de esta Fiscalía de Estado de f. 438, se ha reconducido el trámite de modificación subjetiva y objetiva del contrato de concesión derivado de la ley 11220 y 11665 (en razón de la negativa de la concesionaria de formular una presentación única informada f. 526), por un trámite de autorización para la concreción de la transferencia de acciones de Aguas Provinciales de Santa Fe (fs. 1 y 406) por parte de los inversores extranjeros accionistas Suez SA; Sociedad General de Aguas de Barcelona "AGBAR" (inversores extranjeros oferentes) e Interagua - Servicios Generales del Agua SA, propietarios de un 77,5% del capital accionario a la Empresa Alberdi Aguas (inversor local) , por la que se perfila, en sustancia, una modificación subjetiva del contrato por cambio de operador y modelo normativo a él inherente; a lo que debe sumarse algunos aspectos relativos a la posición de la Provincia que debe declarar su respecto de la situación contractual y de los límites de la posterior modificación objetiva del contrato que debe ser puesta en conocimientos, por buena fe contractual, tanto de los inversores extranjeros vendedores como del inversor local comprador; más allá de que cuando se perfeccione dicha modificación objetiva, frente a un comportamiento adecuado del nuevo inversor en la ejecución del contrato se requiera de la Honorable Legislatura el ejercicio de atribuciones a ella inherente que permita una especial distribución de los riesgos del contrato, no susceptible de perfeccionarse con el inversor extranjero, en razón del sistema jurídico aplicable y por la posición asumida por ellos en el proceso de licitación y en los procesos de renegociación fracasados.

Se agrega, por este acto informe de los veedores designados por la Inspección General de Personas Jurídicas designados para concurrir a las Asambleas Ordinaria, Extraordinaria y Especiales convocadas

por Aguas Provinciales de Santa Fe SA para celebrarse el 15 de diciembre de 2005 que pasara a cuarto intermedio para proseguir el 13 de enero de 2006.

Se agrega, por este acto, un informe remitido a mi pedido de la C.E.AR.IN.SA. que eleva: Acta emitido el día 1º de junio de 2005; un informe elaborado por la Coordinación de Análisis Económico Financiero que da cuenta del comportamiento del inversor oferente durante los primeros seis años de la concesión y, por último refiere, a las opiniones de un experto en ciencias de la economía, contratado por la Comisión, que se expide sobre las responsabilidades del inversor en la gestación del endeudamiento injustificado desde la perspectiva del contrato de concesión.

1. Sistema Jurídico Aplicable al Supuesto de Hecho. Régimen de Interpretación Especial.

El sistema jurídico aplicable al supuesto de hecho indicado en el encabezamiento es complejo, pues interconecta el contrato local, con los ordenamientos nacional e internacional en razón de que las pretensiones económicas de inversores del negocio concesional, por ser extranjeros, han soslayado, con fundamento en normas nacionales, la jurisdicción contencioso administrativa local al reclamar sus pretensiones económicas ante la jurisdicción internacional contra la Nación Argentina representada por la Procuración del Tesoro de la Nación.

De este modo se potencia, en el caso, el régimen de interpretación especial que caracteriza a los contratos administrativos, que incide en el ejercicio de potestades administrativas de la Administración frente a actos o comportamientos de inversores extranjeros cuyas pretensiones económicas no han de ser resueltas en la jurisdicción contencioso administrativa o local, sino en el ámbito internacional contra la Nación Argentina.

1.1. El contrato de concesión para la prestación del Servicio Público de Agua Potable y Desagües Cloacales cuya modificación tramita en el presente trámite, de este modo, aparece en principio regulado por el derecho local de la Provincia de Santa Fe por constituir, por voluntad del Legislador surgida de la ley 11220, una figura negocial de derecho público local conforme surge del principio del Estado de Derecho derivado del art. 1 de la Constitución Provincial, del que se infiere el principio de legalidad en el ejercicio de la función administrativa; es decir un principio según el cual para que la Administración pueda actuar necesita de una ley previa de la Honorable Legislatura provincial que lo habilite de un modo expreso o razonablemente implícito.

El Constituyente provincial, de este modo, ha repartido entre la Honorable Legislatura y el Poder Ejecutivo la competencia para contratar. Por el art. 72°, incisos 1° y 11° de la Constitución Provincial, el Poder Ejecutivo en su carácter de “Jefe superior de la Administración pública” está facultado a “celebrar contratos con autorización o ad referéndum de la Legislatura” . Por su parte, el art. 55 establece como atribución de la Legislatura la de “Autorizar al Poder Ejecutivo para celebrar contratos y aprobar o desechar los concluidos “ad referéndum” de la Legislatura” (inc. 12°).

Del juego armónico de los preceptos contenidos en las precitadas normas constitucionales, en concordancia con el principio de legalidad, debe concluirse prima facie que, en esencia, la potestad para otorgar plena validez a los acuerdos que comprometan a la Provincia resulta inherente a la H. Legislatura; sea autorizando al Poder Ejecutivo a celebrarlos (ley previa general o especial) o bien ratificando o aprobando los acuerdos ya suscriptos por aquél en su carácter de jefe superior de la Administración Pública (ley posterior).

De tal suerte, los contratos, resultan actos negociales que requieren para su validez y eficacia de la intervención necesaria de ambos órganos constitucionales (Legislatura y Poder Ejecutivo), el primero mediante la producción de normas habilitantes o aprobatorias y el segundo suscribiendo el acuerdo; lo cual importa ejercicio de actividad propia de contenido administrativo.

Fines públicos provinciales surgidos de normas (ley 11220, pliego de bases y condiciones) y actos provinciales (decreto de adjudicación a los inversores extranjeros y nacionales que presentaron la oferta más conveniente registrado bajo el nº 2141/95) y luego por la ley 11665 que autorizó una renegociación contractual objetiva del contrato, que perfilaron el nacimiento y contenido de una relación jurídica de derecho público local de sustrato negocial contractual y por ende regida por los conceptos, construcciones, instituciones y ficciones que legal, doctrinaria o pretoriamente has sido elaborados en el orden local.

La citada ley provincial nº 11665 habilitó, asimismo, al Poder Ejecutivo a arribar a nuevas renegociaciones contractuales pero impuso como límite a las mismas el respeto a la ecuación económica financiera original de contrato y el respeto al principio de igualdad de los oferentes, límites éstos que más allá de la ley son exigidos por los máximos tribunales locales y nacionales.

Recientemente, con motivo del presente trámite para la modificación del contrato, la H. Legislatura, a iniciativa del Poder Ejecutivo de la Provincia, ha dictado una ley registrada bajo el nº 12516 que habilita la transferencia de la totalidad del paquete accionario en Aguas Provinciales de Santa Fe SA de Suez, Agbar e Interaguas y/o de cualquier otro accionista (art.

1º), sin referir directamente a sujeto alguno, pero de modo amplio pues dicha autorización conlleva implícitamente la posibilidad de ejercitar atribuciones de alteración del modelo contractual en lo que al concesionario refiere, por cierto dentro de los límites razonables que toda habilitación lleva ínsita.

La aludida ley 12516, ha habilitado además al Poder Ejecutivo de modo amplio a ejercitar atribuciones frente a la hipótesis de ruptura de la relación contractual con la empresa concesionaria Aguas Provinciales de Santa Fe SA; autorizando a instrumentar y a poner en ejecución un procedimiento de transición que garantice la efectiva prestación del servicio, facultándolo a constituir sociedades, fideicomisos, ejecutar obras y, en general, celebrar contratos, dictar las normas reglamentarias y realizar los actos que fueren necesarios para el cumplimiento de los fines de una adecuada prestación del servicio (arts. 2º y 3º). La ley creó una Comisión de seguimiento del proceso de transición frente a la hipótesis de ruptura de la relación integrada por Legisladores y representantes del Poder Ejecutivo (art. 4º).

1.2. El contrato de concesión, resulta alcanzado por normas nacionales dictadas por el H. Congreso de la Nación en ejercicio de atribuciones propias (art. 75 inc. 18, 22, y art. 27) que han incorporado al sistema jurídico normas de valor supralegal (leyes 21400 y 24353) aprobatorias de Tratados Bilaterales para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones Extranjeras, que han innovado el sistema jurídico con proyecciones sobre las relaciones jurídicas a ellas vinculadas al reconocer en el aspecto subjetivo de las relaciones, más allá de la parte contractual, la figura del inversor extranjero, al que por dicha normativa nacional se lo habilita de optar para la solución de controversias recurrir a la jurisdicción internacional, en el caso, ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias en materia de Inversiones (CIADI); es decir una normativa

nacional, que habilita a que, bajo la invocación de standards internacionales de protección, puedan discutirse ante dicha sede pretensiones económicas relacionadas a contratos locales.

Ello ha sucedido en el presente supuesto, en que la concesionaria y los inversores extranjeros oferentes o propietarios de parte del paquete accionario de la concesionaria reclaman ante el centro CIADI en el caso ARB 03/17 “Aguas Provinciales de Santa Fe SA, Suez, Aguas de Barcelona e Interagua c/ República Argentina”, cuya defensa, está a cargo de la Procuración del Tesoro de la Nación, habiendo la Provincia ha creado un órgano especial transitorio, la Comisión de Estudio del Arbitraje Internacional - C.E.AR.IN.S.A.- creada por decreto 2238/04 del Poder Ejecutivo de la Provincia.

Esas normas nacionales, por ende, conectan al contrato local con ese orden y el orden internacional, no sólo en lo relativo al régimen jurídico aplicable sino también a la jurisdicción competente para la resolución de las controversias derivadas de ese contrato originariamente local pero, cuanto menos, con una conexión internacional que incide desde distintos aspectos.

1.3. La situación fáctica y jurídica de la Nación Argentina y de la Provincia de Santa Fe con motivo del contrato de concesionamiento para la prestación del servicio público de agua potable y desagües cloacales es de alta complejidad e impone analizar el adecuado equilibrio e interconexión de las construcciones jurídicas locales y su eventual traslación al orden internacional para la defensa de los intereses comprometidos. Ello obliga a considerar no sólo el derecho local sino las normas y principios inherentes a otro sistema en la búsqueda de la solución justa en el presente supuesto de hecho.

Un supuesto de hecho, en definitiva, que surge de un procedimiento administrativo que provocará, por un lado, una modificación subjetiva en la titularidad de las acciones de la sociedad concesionaria al transferirlas los inversores extranjeros que reclaman sus pretensiones económicas con motivo de este contrato a la Nación Argentina ante la jurisdicción internacional CIADI.

Reitero que trata el presente de un contrato de transferencia de acciones de inversores extranjeros, que ofertaron para acceder al negocio (Suez y Sociedad General de Aguas de Barcelona SA) o se incorporaron como inversores al mismo (Interagua) a un inversor local que ocuparía su lugar en el negocio jurídico.

El supuesto de hecho importa además una modificación subjetiva del negocio al proponer, a través del contrato de transferencia de acciones, un cambio del operador socio de la concesión (inversor extranjero oferente operador - Suez) por un inversor local que se conecta a un operador extranjero (Passavant España S.A.) por medio de un modelo de operación diferente al previsto para el contrato de concesionamiento; aspecto éste que traspasa los umbrales subjetivos por constituir una modificación objetiva o del contenido del modelo del contrato originario respecto de la operación de la concesión.

El caso impone, por buena fe contractual, que la Provincia de Santa Fe declare su reiterada posición respecto de la situación contractual con la Empresa concesionaria dirigida por inversores extranjeros, como respecto de los límites sustanciales de la posterior modificación objetiva del contrato que debe ser puesta en conocimiento tanto de los inversores extranjeros vendedores y de la Procuración del Tesoro de la

Nación -a cuyo cargo se encuentra la defensa legal ante el arbitraje CIADI -, como del inversor local comprador que ha decidido atender el servicio público.

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, que con ellos no pueden ser discutidas en los tribunales locales por haberse desplazado el conflicto al orden internacional, al menos en tanto no se acoja la excepción de jurisdicción allí planteada.

Debe interpretar y aplicar el derecho como el caso lo impone; es decir, accediendo a la transferencia accionaria por parte de los inversores extranjeros, pero fijando posición respecto de su comportamiento para hacerla saber a la Procuración del Tesoro a la Nación a los fines de la defensa legal en la órbita internacional y, por último, permitiendo el ingreso de un nuevo inversor, a los fines de mantener el servicio necesitado de atención.

La transferencia accionaria supone además disponer modificaciones objetivas al contrato y autorizar modificación estatutarias, en cuanto constituyen aspectos que es preciso contemplar para posibilitar aquella y para permitir al nuevo inversionista el cumplimiento del contrato.

Pero no es posible acordar la modificación definitiva del contrato en ejercicio de las facultades para renegociar que otorgan las leyes 11665 y 25561 al que la Provincia adhirió por ley 12036, por cuanto no se ha logrado hasta la fecha llegar al mínimo acuerdo que permita renegociar el contrato, teniendo en cuenta las circunstancias que lo autorizan conforme a dicha normativa, y que el sistema jurídico local y argentino no admite purgar errores o defectos originarios o comportamientos y actos de los contratantes que integran las decisiones a asumir en un contrato de metas y objetivos, de riesgo.

2. El contrato de transferencia de acciones. Procedimiento administrativo.

2.1. El procedimiento administrativo desarrollado para la presente cuestión se inicia con una presentación de la concesionaria Aguas Provinciales de Santa Fe SA del 20.12.05 (fs. 1/ 262) por la que informa que los accionistas Suez SA, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A e Interagua -Servicios Integrales de Aguas SA- han acordado con la Empresa Alberdi Aguas SA, con domicilio en calle Corrientes 880 piso 6º Of. A de la ciudad de Buenos Aires un texto de modelo de contrato para la compraventa de la totalidad de las acciones de las que resultan titulares (77,5%); a cuyo efecto solicitan la autorización correspondiente a los fines de posibilitar la conclusión de la transacción comercial en los términos y condiciones previstas en el contrato (f.1).

Adjunta a la presentación: i) Modelo de Contrato de Operación entre Passavant España SA y Alberdi Aguas SA (fs. 4/8) al que adjunta Referencias Técnicas del nuevo operador Passavant (fs. 9/206); ii) Modelo de Garantía consistente en una póliza de seguro de caución (fs. 207/212) a la que se adjunta un aval presentado por Enrique Gatti a la Compañía de Seguros (fs. 213) y una nota de la Compañía Aseguradora a Cerámicas Alberdi SA que da cuenta de antecedentes en materia de aseguramiento (fs. 214/218); (iii) Antecedentes del Grupo Alberdi (fs. 219//232); Acta de Constitución y Estatutos de Alberdi Aguas SA (fs. 233/238) y (iv) Modelo de contrato de compraventa de acciones (fs. 239/262).

La concesionaria acompañó el 09/01/06 (fs. 406/467), el original del contrato celebrado, con los anexos respectivos según se indica en punto posterior.

2.2. La Empresa Alberdi Aguas SA, en el trámite iniciado con la presentación realizada con Aguas Provinciales de Santa Fe SA, se presenta (fs. 264/265) diciendo, en sustancia, que: 1. El contrato de concesión constituye un contrato de derecho público calificado de metas y objetivos, basado en el principio de riesgo empresario y regido por el sistema jurídico vigente en la Provincia; 2. La evaluación de los costos que la empresa realiza de los compromisos a asumir, exceden en mucho los que pueden ser afrontados por el flujo de fondos que surge del actual nivel tarifario más el ingreso detallado en conclusiones; 3. El incremento salarial obtenido para los trabajadores del 36% sobre el ingreso básico, profundiza la necesidad de aumentar los ingresos de la concesión; 4. Se hace necesario concluir el proceso de renegociación establecido por el decreto 2362/04 de manera tal de acordar todos los temas pendientes a cuyo efecto solicita distintos aspectos. Adjunta (266/305) diversa documentación a saber: cuadros:. De la situación patrimonial de la compañía, cambios en la estructura patrimonial de la compañía, nueva situación patrimonial de la compañía, deudas financieras que quedarán a cargo de la compañía, plan de obras 2006/2007; y Anexo I Plan de Obras 2006/2007.

2.3. El trámite fue remitido (f. 306) al Ente Regulador de Servicios Sanitarios para su análisis y estudio de sus distintas Gerencias (fs. 307/334), que culmina con una nota del Directorio nº226 agregada a fs. 323/327.

2.4. Con posterioridad interviene el Servicio Jurídico Permanente de la Autoridad de Aplicación (fs. 330/342) .

2.5. Esta Fiscalía solicitó se ordene el trámite mediante providencia agregada a fojas 344/345.

2.6. Por conducto de la Cartera competente se remite al Ente regulador un proyecto de acta acuerdo tendente a posibilitar la transferencia en cuestión y las modificaciones contractuales propuestas, a ser suscripta por la Concesionaria, los accionistas que transfieren, la Autoridad de Aplicación y Alberdi Aguas S.A (fs. 377/382, y cuya última versión se encuentra a fs. 557/563)

2.7. El Ente Regulador de Servicios Sanitarios, remite a los informes de las gerencias técnicas que intervienen y formula diversas opiniones en relación al acta acuerdo mediante la nota 009- D (fs. 403; 384/405).

2.8. Aguas Provinciales de Santa Fe SA, en esta instancia, presenta el 9 de Enero de 2006 el original del contrato de transferencia de acciones (fs. 406/470).

2.9. A instancia de señor Secretario de Servicios Públicos de la Autoridad de Aplicación interviene el Servicio de Asesoramiento Jurídico, emitiendo un parecer sobre los fundamentos jurídicos que alude a los límites de la renegociación, surgidos de la ley 11665 y concluye favorablemente sobre el proyecto de readecuación contractual (fs. 478/510).

2.10. A fojas 512/514 se agrega informe de la Comisión - Decreto 2238/04 (C.E.AR.IN.S.A.) vinculado a modificaciones de cláusulas en función de la estrategia de defensa legal de la Nación ante el CIADI y requiere un informe de la Autoridad de Aplicación que condense todos los aspectos que se encuentran cumplidos total y parcialmente y cuales no; asimismo que este cometido negocial, constituye la actividad administrativa imprescindible para el cumplimiento del fin principal de la efectiva prestación del servicio, siendo ella preferente frente a otras opciones posibles.

2.11. La Dirección de Asuntos Jurídicos de la Autoridad de Aplicación se expide sobre un nuevo proyecto de acta acuerdo que le remite el Secretario de Servicios Públicos, opinando al respecto que no tiene reparos que formular sobre contenido (fs. 523/525).

El Secretario de Servicios Públicos no encuentra impedimento para dar continuidad al trámite.

2.12. La Autoridad de Aplicación comparte lo actuado, remitiendo las actuaciones a Fiscalía de Estado en fecha 11.01.06 y dando cuenta expresamente que se ha tenido en cuenta en el desarrollo del trámite el objetivo de priorizar la continuidad de la prestación del servicio de agua y cloacas, la defensa de los intereses de los usuarios y demás intereses públicos comprometidos (f. 528).

2.13. En esta instancia se agrega, a requerimiento de la C.E.AR.IN.S.A. (f. 529) comunicación recibida via fax de la Procuración del Tesoro (fs. 531/537).

2.14. Esta Fiscalía reenvía el trámite a la Autoridad de Aplicación, previa extracción de copias para comenzar el análisis de admisibilidad y procedencia de la gestión aguardando para su parecer final, los informes técnicos faltantes (f. 538).

2.15. Intervienen nuevamente el EN.RE.S.S. (fs. 540/543) y la Autoridad de Aplicación (fs. 564/572), que en sustancia reiteran la necesidad de preservar la continuidad regular de la prestación, y para ello acompañan el acta acuerdo final proyectada por dichos estamentos, agregada a fs. 557/563, que postularía tales objetivos.

2.16. Tal Acta fue remitida el día 13 a las 15,10 hs. no constando que se haya recibido respuesta alguna.

Consecuente con dicha postura, la Concedente también se inscribe en el trámite diversa comunicación epistolar llevada a cabo entre la Autoridad de Aplicación y la Concesionaria (fs. 349/350, 351/352, 547,468, 544/545, 548/556, entre otras).

2.17. En el día de la fecha se agregó a lo actuado un informe presentado por los veedores designados por la Inspección General de Personas Jurídicas designados para concurrir a las Asambleas Ordinaria, Extraordinaria y Especial convocadas por Aguas Provinciales de Santa Fe SA celebrada el 15 de diciembre de 2005, que pasó a cuarto intermedio para proseguir el 13 de enero de 2006.

El representante de inversores locales en la sociedad (Banco de Galicia y Buenos Aires), según se informa, dejó constancia que la postura de los accionistas mayoritarios de no aumentar el capital causaría perjuicios irreparable a la sociedad y sus accionistas. Expuso que el aumento de capital no requiere desembolso de los accionistas a quien les bastaría con capitalizar sus créditos contra la Sociedad; afirmando que Suez tiene expectativas puestas en sus reclamos ante el CIADI; acusando a los socios mayoritarios de posturas contradictorias, antisocial y de deslealtad para con los accionistas minoritarios que causa responsabilidad en aquellos accionistas que voten favorablemente por los daños que habrá de provocar y que la responsabilidad se extiende a los directores; al punto que propuso como moción concreta (que fue por cierto rechazada por la mayoría involucrada) iniciar acción social de responsabilidad contra Suez, Agbar e Interagua por el daño causado a la sociedad al negarse a capitalizar créditos y a forzar una

disolución anticipada. En lo relativo a la votación del punto 7 de la convocatoria concerniente a la disolución anticipada de la sociedad no fue votada favorablemente por el representante del inversor local que sostuvo que disponer la disolución por no aumentar el capital con el sencillo procedimiento de capitalizar créditos de los accionistas y de la cuenta de ajuste de capital no tiene fundamento económico y es un grave error de gestión, salvo que los accionistas mayoritarios tengan de antemano una política de dejar morir a la sociedad por puros intereses individuales contrarios a la sociedad. Por último el representante aludido hizo uso del derecho de solicitar al liquidador designado la convocatoria a una asamblea en donde se tratará la reactivación de la sociedad, asamblea que debería celebrarse en el plazo máximo de 40 días.

2.18. En el día de la fecha, asimismo, se agregó un informe remitido de la C.E.AR.IN.S.A. que eleva: Acta N° 21 emitida el día 4 de julio de 2005; un informe elaborado por la Coordinación de Análisis Económico Financiero que da cuenta del comportamiento del inversor oferente durante los primeros seis años de la concesión y, por último refiere, a las opiniones de un experto en ciencias de la economía, contratado por la Comisión, que se expide sobre las responsabilidades del inversor en la gestación del endeudamiento injustificado desde la perspectiva del contrato de concesión.

3. El acto a dictarse.

Considero que el Poder Ejecutivo, en esta instancia del trámite, no se encuentra habilitado a dictar un acto administrativo que permita aprobar la transferencia de acciones en los términos con que tienen interés los inversores extranjeros vendedores y el inversor adquirente, pues el caso exige declaraciones previas (aspecto desarrollado en el punto 3.1. del

presente) y una serie de actos y voluntades complementarias necesarios para la legalidad de la decisión.

El Poder Ejecutivo podría dictar, sin embargo, un acto por el que, en esta instancia, declare que es voluntad de la Provincia no obstaculizar el retiro de la concesión por parte de los inversores extranjeros por medio de la transferencia del paquete accionario a la empresa “Alberdi Aguas SA”, y a ese efecto instruya a la Autoridad de Aplicación de la ley 11220 para que, con la asistencia del Ente Regulador, realice la actividad administrativa necesaria y dicte los actos generales, individuales o negociales que permitan que se opere, en tiempo perentorio, la transferencia de acciones y modificación subjetiva y objetiva del negocio en lo que al cambio de modelo contractual inherente al operador refiere y a la consiguiente devolución de garantías derivadas de la aludida modificación (aspecto desarrollado en el punto 3.2. del presente).

Asimismo, puede dictar un acto que declare que es voluntad de la Provincia arribar con el nuevo inversor a una modificación objetiva provisoria del contrato en los términos de este trámite que resulten procedentes, y sin perjuicio de una modificación objetiva definitiva del contenido del negocio, con requerimiento de la Honorable Legislatura, si así correspondiere, de ejercicio de atribuciones a ella inherente que permita una especial distribución de los riesgos del contrato de metas y objetivos, procedente en el sistema jurídico aplicable respecto del nuevo inversor -que ha aceptado la naturaleza de contrato de metas y objetivos y de riesgo empresario-, pero no respecto de los inversores extranjeros que con su intransigente posición, que implica pretender cambios que no son acordes con la naturaleza del contrato ni con la asunción, en los supuestos que corresponda, de conductas a su cargo en el contrato de riesgo, han impedido toda posibilidad de renegociación.

La Autoridad de Aplicación, con la asistencia del Ente Regulador, debería realizar la actividad administrativa necesaria y dictar los actos generales, individuales y negociales que permitan el cumplimiento de la voluntad declarada (aspecto desarrollado en el punto 3.3. del presente).

El Poder Ejecutivo, frente al desarrollo de la asamblea de accionistas y si se produjera una presentación de la sociedad en la que declare que mantiene su intención de salida ordenada de la concesión por venta del paquete accionario, podrá valorar la conveniencia del dictado del acto aconsejado en puntos siguientes. Debe tenerse presente que socios minoritarios hicieron uso del derecho de solicitar asamblea donde se tratará la reactivación de la sociedad (fs.573/577), la que si bien hoy está en liquidación conserva jurídicamente su personalidad jurídica en los alcances respectivos y es factible que sea reconducida en la asamblea a celebrarse a esos efectos.

3.1. La Provincia, si así se estima corresponder, debe declarar su voluntad fijando posición frente a declaraciones de los inversores extranjeros contenidas en el contrato de transferencia de acciones de la Sociedad que no se ajustan a la realidad negocial y al sistema jurídico aplicable. Así es requerido acertadamente por la Procuración del Tesoro de la Nación y por la Comisión creada por decreto 2238/04, conforme se expuso en los antecedentes.

Los inversores extranjeros declaran que venden 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 hacen a fin de mitigar parcialmente daños y perjuicios sufridos por ellos (Considerandos L, M y N - f. 409 -). El operador, a su turno, también sostiene que rescinde 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). Formulan reservas respecto de reclamo CIADI (fs. 410, 416/417, 449).

La Comisión especial creada por decreto 2238/04 aconsejó que se fije posición respecto a las afirmaciones de los inversores extranjeros oferentes efectuadas en el contrato de transferencia de acciones, atendiendo a las conductas de las partes en la ejecución del contrato, y que se aclare que los vendedores voluntariamente acuerdan la compraventa de acciones.

Mencionó dicha Comisión informes técnicos producidos en su ámbito; y en respuesta a mi requerimiento no formal, elevó copia del acta emitida en el mes de julio de 2005; un informe elaborado por la Coordinación de Análisis Económico Financiero que da cuenta del comportamiento del inversor oferente durante los primeros seis años y, por último, una transcripción de algunas conclusiones expuestas por un experto en ciencias de la economía, contratado por la Comisión que se ha expedido en informe de avance sobre las responsabilidades del inversor en la gestación del endeudamiento injustificado desde la perspectiva del contrato de concesión.

Según se informa, dicha acta se emitió con motivo de un requerimiento de la Procuración del Tesoro de la Nación derivado del desarrollo de la audiencia de jurisdicción celebrada el 9 de mayo del año 2005 ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (Caso nºARB/03/17) en la que la demandante reafirmó su posición relativa a que la concesión se trata de un contrato basado en el principio de equilibrio y no en el principio de riesgo empresario, negando conocer la nota presentada el 2 de agosto de 1995 en el procedimiento de licitación, por la entonces oferente “Aguas Provinciales de Santa Fe”, con el objeto de acceder al

contrato; nota ésta a la que aludiera la República Argentina en el memorial presentado a los fines de la audiencia.

El acta analizó, en el sentido expuesto, el modelo contractual de metas y objetivos y riesgo empresario; la voluntad de las partes a esos efectos; los criterios de los máximos Tribunales que imponen limitaciones a modificar las bases de los contratos públicos sobre la base de los actos propios; el sistema jurídico que sustenta el contrato; la falta de responsabilidad de la Provincia en el fracaso de las renegociaciones intentadas; los errores y defectos de oferta de los inversores oferentes; la carga de la prueba que sobre ellos recae en el sistema jurídico aplicable; la actitud de la Provincia para mantener el contrato en marcha perdonando provisoriamente los compromisos de inversiones y, por último, la estrategia del inversor de reclamar pretensiones económicas ante la jurisdicción internacional y de retirarse del contrato, frente al fracaso de sus pretensiones de renegociación que cambie el modelo de negocio y purgue defectos y decisiones equivocadas.

El Area Económico Financiera de esa Comisión informó acerca del comportamiento del inversor oferente durante los primeros seis años de la concesión del servicio de agua potable y desagües cloacales.

Resumió cuál fue la voluntad de las partes en el proceso de licitación. En especial sostuvo que “Ya en esta instancia el oferente conocía que el contrato (Anexo XII del Pliego Licitatorio) era de metas y objetivos que debían cumplir con el PGMDS (Anexo X del Pliego) al precio que ofertara en el sobre 3 (oferta económica), y fundado en el principio de riesgo empresario y que: Ante la impugnación efectuada por el otro oferente Aguas de Santa Fe, quien afirmó que la oferta estaba sometida a una condición, el Consorcio Aguas Provinciales de Santa Fe manifestó contestando a la impugnación que los compromisos asumidos son de metas y objetivos y no de medios, agregando que asumía que <u>la utilización de herramientas e inversiones adicionales serían soportadas por el consorcio por</u>

resultar consecuencia del riesgo empresario asumido. Asimismo, se comprometió a hacerse cargo con sus propios recursos de cualquier contingencia que afecte las metas y objetivos del pliego y del contrato". También en su escrito manifestó que :"...debe señalarse con claridad que el elemento decisivo a fin de evaluar la ecuación económica del negocio no es a juicio de mi representada el precio ofrecido sino los ingresos proyectados…Y en ese aspecto no cabe duda que mi representada ha asumido el riesgo empresario de aumentar sustancialmente los ingresos, aún con un valor más bajo que el ofrecido por el consorcio impugnante...el consorcio que represento proyecta obtener ingresos superiores a los de su competidor durante los primeros años de la concesión como consecuencia de las acciones previstas en el Capítulo III - Subcapítulo 2 de este escrito, aún ofreciendo un precio sustancialmente más bajo que el de Aguas de Santa Fe…" (nota del 2 de agosto de 1995).

En lo atinente a la economía del contrato confrontó la oferta económica de los inversores oferentes - en los aspectos relacionados a las inversiones, el endeudamiento, los ingresos y costos operativos - , con los estudios de prefactibilidad (Proyecciones económicas del Informe de Prefactibilidad de la Consultora Sir Halcrow & Partners Ltd) y con lo sucedido en la realidad del negocio relacionado con el actual Concesionario Aguas Provinciales de Santa Fe S.A..

En materia de inversiones reales destacó, en sustancia, que a partir del año 1998 cayeron por debajo de lo previsto en la oferta en magnitudes prácticamente exponenciales; en materia de endeudamiento real indicó, centralmente, que estuvo en un orden del 7% por debajo de la oferta en el año 2001; en materia de ingresos reales por facturación sostuvo, en resumen, que estuvieron para todo el análisis temporaal excesivamente por debajo de la proyección ofertada y, por último, en materia de costos operativos muestra que los operados en la realidad superan levemente los de

la oferta. Elaboró gráficos sobre dichos tópicos y uno que combina las variables.

Sostuvo que esta expectativa excesivamente optimista de INGRESOS proyectados en su oferta, que no se plasmó en la realidad, obligó que ante la carencia de recursos genuinos de la concesión, debiera recurrir a un mayor financiamiento de las inversiones, optando el Concesionario por endeudarse con aportes de terceros, en lugar de efectuar aportes de capital propio.

Y que una vez ganada la licitación con la oferta del Pq más baja y proyectando con optimismo sus niveles de ingresos, sí o sí luego en la realidad, las observaciones permiten inferir que el Concesionario debió apelar a una estrategia que por un lado le permitiera incrementar sus ingresos vía aumentos tarifarios (no previstos contractualmente), o bien tener la posibilidad de acceder a la suspensión de las metas del PGMDS que no lo obligara a realizar desembolsos en obras de inversión. De este manera, los eventuales errores de estimación en los ingresos de la oferta tendrían que ser subsanados de algún modo, para obtener los recursos suficientes que le permitiera el repago del mayor endeudamiento contraído en los primeros años de la Concesión.

Estimó que las variables observadas muestran con evidencia que el nivel de ingresos, aún con la cantidad de cuentas previstas a facturar en su oferta, al precio del metro cúbico ofertado y aplicando la evolución tarifaria prevista contractualmente por cumplimiento del PGMDS (variable Realidad Teórica), no hubiera alcanzado para obtener los recursos suficientes y necesarios que le permitieran afrontar los niveles de inversión a los que se comprometió con su PGMDS.

Trajo a cita un informe elaborado por la U.B.A y presentado al MOSPyV, quienes expresan en su punto 2.2.4 Conclusiones “La oferta tenía una expectativa de ingresos por facturación de servicios muy por encima de lo real, lo que afectó la capacidad de inversión con fondos

genuinos y la rentabilidad empresaria. Lo expuesto habría tenido consecuencias sobre el incumplimiento de metas y objetivos de la Concesión, una disminución de la rentabilidad empresaria que se estimaba en un 18.2%, lo que evidentemente contenía un alto riesgo empresario; ya que, debe considerarse como una tasa real dado el mecanismo de ajuste tarifario por incremento de costos que tenía el contrato; la alta exposición al endeudamiento en moneda extranjera". Agrega además que "La responsabilidad sobre estos hechos es claro que debe ser asumida por la empresa, que obtuvo la Concesión respecto de otros oferentes sobre la base de esas estimaciones, que en la actualidad se evidencian como deficientes." Al final de sus conclusiones los profesionales de la UBA manifiestan "Que la tasa de rentabilidad esperada del 18.2% está muy por encima de una tasa libre de riesgo, es evidente que en su determinación se estimaba <u>un riesgo empresario y un riesgo financiero que ahora debe ser asumido por el Concesionario y como lo debería haber asumido cuando lo proyectado fue diferente a lo real"</u> (lo subrayado le pertenece a los técnicos productores del informe).

Hizo notar que para el período 1996-2001, la diferencia en los recursos que surgen de la simple comparación entre los montos acumulados de facturación neta prevista en las proyecciones de la oferta por un total de 665,4 millones de pesos/dólares, con relación al total de 460,2 millones de pesos/dólares que surge de la variable Realidad Teórica (calculada teniendo en cuenta el precio de oferta, cantidad de cuentas a facturar de la oferta que incluye la expansión del servicio, evolución tarifaria por cumplimiento del PGMDS, afectados por los consumos promedios observados en la realidad), estarían en el orden de los 200 millones de pesos/dólares.

Terminó su informe aludiendo a que dicha diferencia, originada exclusivamente por errores de estimación en sus proyecciones de facturación no verificadas en la realidad, debió ser cubierta con un fuerte

endeudamiento que para el período considerado asciende a la suma de 164.8 pesos/dólares (considerando las deudas del corto y largo plazo).

El experto en materia económica contratado especialmente por la Comisión del decreto 2238/04 estimó que: “La República Argentina no debería compensar a los accionistas por lo que en definitiva fue un error de management, que los accionistas no supieron o quisieron detectar o corregir a lo largo de la Concesión, y por el cual el Ente o el Concedente no tuvieron participación alguna en las decisiones. Un error que se agravó en la forma de contabilizar los aportes de capital diferidos en la deuda”. “La decisión de financiar la concesión con endeudamiento o con aportes de capital propio, es una decisión que le corresponde al management de la Concesión y no al Ente regulador o al Concedente, siempre que la concesión muestre solvencia financiera y no haya caído en default”.“ El Ente no debería interferir en una decisión de este tipo ya que hace a la remuneración del concesionario en su carácter de accionista por el riesgo empresario incurrido al desarrollar su objeto social”.

Estos informes técnicos -que prima facie aparecen razonablemente fundados, más allá de que su valoración definitiva no corresponde ser efectuada en esta instancia y sede, sino en el ámbito donde deben plantearse y discutirse las diferencias de sustrato técnico y económico al que corresponde la demostración de los supuestos perjuicios que se invocan-, justifican el consejo de rechazar las afirmaciones efectuadas por los Inversores y por el operador, contenidos en los puntos L, M y N y concordantes del contrato de compraventa de acciones agregadas a foja 407 y siguientes.

La Provincia, se encuentra frente a un modelo y situación contractual en que se enfrentan límites para llegar a una renegociación exitosa, frente a la cerrada negativa de aceptar la porción de responsabilidad

que le corresponde, o de probar el grado cierto, no imputable a ella, que le produjeron las normas nacionales y la consecuente situación generada en el país, que debe ser asumida por la Provincia en esta renegociación. En función de todo lo expuesto, se debe habilitar a que se retire del negocio, previa declaración que fije la posición sosteniendo que no existe responsabilidad de la Nación al dictar la ley 25561 y de la Provincia en los términos en que se la imputan, respecto de los supuestos perjuicios invocados por los inversores provocados a partir del año 2002; pues ellos ya provenían total o parcialmente de errores de cotización y de decisiones empresariales asumidas a riesgo de la empresa y sin justificación -endeudamiento-; es decir una situación anterior a la ley 25561, que afectó el normal cumplimiento del contrato de metas y objetivos con un Plan General de Mejoras y Desarrollo del Servicio, que se funda en el principio de riesgo empresario, no aceptado en la renegociación a pesar de declaraciones expresas efectuadas a los fines de acceder al negocio, en nota presentada el 2 de agosto de 1995.

El Poder Ejecutivo, debería declarar que, en razón de las particularidades que presenta este contrato, no existe responsabilidad de la Nación al dictar la ley 25561 y de la Provincia respecto de los supuestos perjuicios invocados por los inversores en los considerandos L,M y N y ccss del contrato de transferencia de acciones, pues ellos provienen, salvo demostración en contrario en el ámbito pertinente, de una situación anterior consistente en errores de cotización y decisiones empresariales que no aparecen debidamente justificadas tomadas por la concesionaria y los inversores a su riesgo, las que afectaron el adecuado cumplimiento del contrato de metas y objetivos con un plan general de mejoras y desarrollo del servicio fundado en el principio de riesgo empresario, no aceptado en las renegociaciones intentadas.

El acto debe declarar, asimismo, que en el fracaso de las negociaciones intentadas subyace la improcedente pretensión de la concesionaria y de los inversores de volver sobre sus propios actos que le permitieron acceder al contrato (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 , aun antes de la ley 25561, percibir una tarifa sin realizar las inversiones previstas contractualmente.

3.2. La H. Legislatura, por ley registrada bajo el Nº 12516 ha habilitado la transferencia de la totalidad del paquete accionario en Aguas Provinciales de Santa Fe S.A. de Suez, Agbar e Interaguas y/o de cualquier otro accionista (art. 1º); es decir de modo amplio pues dicha autorización conlleva implícitamente la posibilidad de ejercitar las atribuciones para efectuar las modificaciones imprescindibles para que ella se pueda concretar, por cierto dentro de los límites razonables que toda habilitación lleva ínsita.

El Ente Regulador ha emitido un informe claro y contundente en relación al ejercicio de esta atribución de modificación del negocio, en lo que al cambio de operador refiere (fs. 540/543). El fin público; la justificación de recomponer el contrato con un inversor local que aceptado en su presentación ante la Autoridad que el contrato es de metas y objetivos, fundado en el principio de riesgo (fs. 264/265), tal como lo había reconocido el inversor extranjero en notas presentadas con motivo de su oferta económica y nota adjunta; la preferencia de la alternativa de la transferencia de acciones frente a otras, son extremos que considera a los fines de concluir que, desde el punto de vista técnico, y en las actuales circunstancias por las que atraviesa la concesión, es la solución que aparece como preferente para tener en

cuenta los intereses públicos y privados complejos comprometidos en la alternativa de la transferencia de acciones, frente a la hipótesis de rescisión por culpa de la Empresa.

El Secretario de Servicios Públicos de la Autoridad de Aplicación que hace suyo el informe (fs. 564/567), aconseja la autorización de la transferencia de acciones solicitada por la empresa concesionaria como herramienta necesaria para tutelar los intereses de los usuarios y del Estado concedente, suscribiéndose un acuerdo que contemple distintos aspectos referidos por ella (modificación del contrato de operación presentado, que debe prever en su contenido el control y la responsabilidad en la gestión técnica, un adecuado mecanismo de participación del concedente en la rescisión y cambio de operador, solvencia del inversor adquirente; observaciones de garantías presentadas; desistimiento del reclamo invocado ante el CIADI; y compromiso del inversor adquirente respecto del cumplimiento de una readecuación contractual) para lo que debe contarse con un plazo prudencial para que los organismos técnicos se expidan al respecto.

El Poder Ejecutivo en este estado del trámite, podría dictar un acto que declare que es voluntad de la Provincia acceder al retiro de la concesión por parte de los inversores extranjeros por medio de la transferencia del paquete accionario a la empresa “Alberdi Aguas S.A.”, pero sujetando la perfección de dicha voluntad a actos sucesivos por parte de la Autoridad de Aplicación de la ley 11220 que sean necesarios para que, en el plazo más breve posible, se opere la transferencia de acciones, modificación subjetiva y objetiva del negocio en lo que al cambio de modelo contractual inherente al operador refiere y a la consiguiente devolución de garantías derivadas de la aludida modificación.

3.3. El acto debería además, declarar que es voluntad de la Provincia arribar con el nuevo inversor a una modificación objetiva provisoria del contrato en los términos de este trámite que resulten procedentes, sin perjuicio de la posterior modificación objetiva definitiva del contenido del negocio, con requerimiento de la Honorable Legislatura, si así correspondiere, que permita una especial distribución de los riesgos del contrato de metas y objetivos.

La Autoridad de Aplicación, con la asistencia del Ente Regulador, deberá, en su caso, realizar la actividad administrativa necesaria y dictará los actos generales, individuales y negociales que permitan el cumplimiento de la voluntad declarada.

A los efectos de la modificación objetiva provisoria, la Autoridad de Aplicación debe verificar el cumplimiento de las exigencias resaltadas, no sólo por la Autoridad de Aplicación que remite al informe del Secretario de Servicios Públicos sino también los aspectos destacados por los estamentos técnicos del Ente Regulador que deban ser tutelados por resultar procedentes.

4. Por todo lo expuesto aconsejo al Poder Ejecutivo la suscripción del acto que se indica en el punto 3 del presente; el que deberá ser puesto en conocimiento de la Procuración del Tesoro de la Nación a los fines que estime corresponder en relación al caso de Arbitraje CIADI ARB 03/17.

DESPACHO, 17/01/2006