## Señor Ministro:

Con 587 folios vuelven a mi consideración actuaciones citadas en la referencia, en las que tramita un proyecto de decreto por el que: se rechazan todas las imputaciones formuladas por Aguas Provinciales de Santa Fe SA y sus inversores extranjeros Suez, Aguas de Barcelona SA e Interaguas Servicios Integrales de Aguas SA contra la Provincia de Santa Fe, declarándose que no existe responsabilidad de la Nación al dictar la ley 25561 y de la Provincia respecto de los perjuicios invocados (art. 1º); declara rescindido por todos los motivos y causas expuestos en los considerandos el contrato de Concesión de Servicios de Aguas y Desagües Cloacales, celebrado con Aguas Provinciales de Santa Fe S.A. identificado con el nº 7478 del Registro de Escribanía de Gobierno (art. 2); declara la pérdida de la garantía de cumplimiento de contrato y la garantía de la operación (art. 3º); instruye al Ente Regulador a desarrollar actividad administrativa tendente a determinar los daños y perjuicios causados por los incumplimientos del concesionario y su operador (art. 4º); instruye a Fiscalía de Estado a promover las acciones que correspondan tendentes a lograr la indemnización por los daños y perjuicios ocasionados a la Provincia de Santa Fe por el accionar de la concesionaria y su operador (art. 5); designa a Aguas Santafesinas Sociedad Anónima para que asuma la prestación del servicio y para que reciba los bienes afectados al servicio y el personal, en los términos del numeral 13.9. y 13.10.2 del contrato de concesión (arts. 6º y 7º) y, en sustancia, establece que hasta tanto se formalice el contrato de vinculación regirá para la prestación del servicio el marco normativo que indica (art. 8º).

## 1. Antecedentes.

1.1. Se encuentran agregados al principal por cuerda floja los siguientes expedientes: 00101-0150657-4 (con 25 folios) y 00601-

0026140-0 (con 7 folios). Además, fueron agregados por el MOSPV y el EN.RE.S.S. los siguientes expedientes: 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).

De los antecedentes citados resalto los que estimo insoslayables considerar para el ejercicio de la potestad rescisoria.

En el primero -expte. nº00101-0139447-4-, 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 inadmisible e improcedente, 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 lo 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.

En el segundo -expte. 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 tendentes 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.

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

Del cuarto trámite -expte. nº 00601-0025916-2infiere 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 accionario 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 ésa hubiera sido la voluntad de la concesionaria (ver dictamen aludido, punto 3 párrafo 5to.).

El dictamen 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.).

1.2. Del presente trámite destaco, 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.

1.2.1. 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.

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 presuponía 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. ...".

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..".

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. ...".

Asimismo, otro representante considera: "... 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 ...".

Por último, también en esta Asamblea se informa cuál es la situación del contrato de operación que vincula a APSF S.A. con Suez, en tal sentido el representante de Suez informa: "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. ...".

1.2.2. El EN.RE.S.S. dicta el 18/01/05 la Resolución N° 005/06 (fs. 88/93) que dispone:

 declarar que APSF S.A. ha incumplido con lo ordenado en el art. 1º de la Res. Nº 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 incursa 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 N° 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.

1.2.3. 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). Lo funda 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 N° 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 N° 05/06 EN.RE.S.S.
- 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.

El Directorio del Ente (f. 560) hizo suyo el parecer al sostener que "los informes y dictámenes emitidos lucen razonablemente sustentados en 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 N° 7478 por Culpa del Concesionario Aguas Provinciales de Santa Fe S.A..

2. 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 SA, 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 negocial y al sistema jurídico aplicable (punto 3.1. dictamen Fiscalía de Estado nº 11/06 y actos concordantes respectivos).

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 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 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 párrafo precedente.

El dictamen jurídico producido a fs. 535/538, al reconstruir de modo acertado los aspectos centrales del caso, debe ser considerado a los fines de la producción del acto pertinente, pero ajustado en función de lo expuesto en el presente dictamen; circunstancia ésta que importa que debe modificarse el anteproyecto de decreto de rescisión obrante a fs. 568/581.

El art. 1º del anteproyecto debe ser completado agregando que los supuestos perjuicios invocados por los inversores extranjeros, provienen de una situación anterior puesta de manifiesto en el punto 3.1. del dictamen de Fiscalía de Estado nº 11/06.

Por otro lado debe declararse 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, aun antes de la ley 25561, percibir una tarifa sin realizar las inversiones previstas contractualmente.

El artículo 2do. debe ser ajustado según lo expuesto en los dos primeros párrafos del presente punto.

Los arts. 4º y 5º deben ser sustituidos por un artículo que instruya 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

14

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.

En el art. 7º deberá, al final, encomendarse al Ente Regulador que proponga un acto general cuyo contenido regule la recepción del personal de modo tal que componga adecuadamente los intereses públicos y privados comprometidos.

3. Puede actuarse en consecuencia.

DESPACHO, 30/01/2006