

AG JIN 7 N3 01

Evaluación General del Estado Jurídico Institucional

Informe de Auditoría Externa Elaborado por:

Dra. Andrea Juliana LARA ⁽¹⁾

⁽¹⁾ Universidad Nacional de Cuyo

Objeto:

Estado General: Evaluación de cobertura y grado de cumplimiento de normas estructurales del Contrato de Concesión.

Resumen:

El presente documento compila los resultados de la investigación de Nivel 2 de la Auditoría General con relación al desempeño del Concesionario en el Área Jurídico-Institucional y contiene una evaluación del impacto económico y daños emergentes fruto de las observaciones realizadas y de los incumplimientos detectados. En cuanto a las observaciones sobre el desempeño e incumplimientos del Concesionario resultan acreditadas suficientemente las siguientes: a) *Incumplimientos de Normas y Regulaciones Societarias*: Cambios no autorizados en el Operador e Inversores; Irregularidad en la Sindicatura de la Empresa ; Irregularidades en Libros Societarios; b) *Incumplimientos en la Organización de la Operación Técnica*: Inexistencia del instrumento original del Contrato de Operación Técnica en la sede de la empresa; Inexistencia de anexos del Contrato de Operación Técnica; Inexistencia de Contratos de Prestaciones Especiales; Incumplimiento del Procedimiento de Contratación de Servicios Profesionales según normas propias; Incumplimiento del Depósito Legal de la Garantía del Contrato; Fallas en la detección y asiento de no conformidades a las normas internas de calidad; c) *Incumplimientos relativos a los Registros e Informes Obligatorios del Servicio y de la Publicación de la Información*: Incumplimiento relativo al Informe Obligatorio

respecto del Inventario de Bienes y Evaluación de su Estado y Funcionamiento; Incumplimiento asociado en la confección del Registro de Bienes; Incumplimiento respecto del Informe Obligatorio del Relevamiento del Servicio; Incumplimiento en la constitución del Registro Obligatorio de Incumplimientos del Servicio; Incumplimiento de la debida registración en el Registro Obligatorio de Contratos; d) *Sanciones y Procesos Judiciales*: Sanciones y Observaciones del EPAS; Litigiosidad y contingencias considerables en Juicios laborales y ordinarios con particulares, AFIP, procesos judiciales y administrativos contra Municipios, Acciones Procesales Administrativas contra el EPAS.

La evaluación del impacto económico cuantificable emergente de las observaciones realizadas arroja el siguiente resultado: 1) GARANTIA DE CUMPLIMIENTO DE CONTRATO: Inexistencia de instrumento de garantía de cumplimiento de contrato, lo que impide, la ejecución de su monto total con el objeto que prevé el art. 10.1.6 inc. d) del C.C., es decir en concepto de multa por rescisión del contrato por culpa del concesionario. La multa comprende la totalidad de la garantía, sin que ello signifique una limitación para la indemnización de los perjuicios causados por la rescisión culpable, según lo previsto en el Inc. 13.8.2. Es decir se encuentra tarifada en la suma de PESOS DIECIOCHO MILLONES (\$ 18.000.000) concordantemente con lo previsto en el art. 10.1 del C.C.). 2) SANCIONES del EPAS por un monto total de PESOS DOS MILLONES DOSCIENTOS SETENTA Y UN MIL (\$ 2.271.000), 3) SANCIONES DE MUNICIPIOS Y DEPARTAMENTO GENERAL DE IRRIGACION por un monto total de PESOS SEIS MILLONES CIENTO NOVENTA Y NUEVE MIL NOVECIENTOS CUARENTA CON 40/100. (\$ 6.199.940,40), 4) CONTINGENCIAS POR PROCESOS JUDICIALES por un monto total de PESOS SESENTA Y CUATRO MILLONES TRESCIENTOS TREINTA MIL CIENTO SETENTA Y TRES. (\$ 64.330.173)

1 INCUMPLIMIENTOS DE NORMAS Y REGULACIONES SOCIETARIAS.

1.1 Antecedentes y Documentos de Referencia:

AG- JIN 1 N111 y Dictamen Jurídico asociado, AG- JIN 1 N201.

1.2 Descripción

Comprende la organización de la empresa, en todos los tópicos de tipo societarios, es decir el estado de situación institucional y su evolución, realizando una evaluación de la organización de la empresa y grado de cumplimiento de normas estructurales. Se evalúa la situación societaria de la empresa a la luz de la normativa de la Ley de Sociedades Comerciales (LSC), en el período comprendido entre 1998 y 2009, la constitución accionaria de Obras Sanitarias Mendoza S.A. (OSM) y de las sociedades socias o controlantes de la misma, como así también su actuación como grupos de control. También abarca la posible existencia de incumplimientos respecto de las obligaciones asumidas en el contrato, en cuanto al cambio de socios se refiere (art. 2.11 del Contrato de Concesión). Asimismo es motivo de apreciación el cumplimiento de los procedimientos internos societarios: 1) Forma de llevar los libros de actas de Asamblea, Registro de Asistencia, Comisión Fiscalizadora, Directorio y Registro de Accionistas. 2) Elección síndicos; 3) Existencia de modificaciones a los Estatutos societarios.

1.3 Normas aplicables:

LSC 19.550, art. 2.11 del CC

1.4 Observaciones

Resulta de la evaluación realizada: la participación accionaria en OSM, sus controlantes, los cambios accionarios producidos en una de las controlantes indirectas, la forma en que se han llevado sus libros societarios, y la violación, por parte de uno de los síndicos designados, de las incompatibilidades expresamente previstas en la ley.

1.4.1- Composición Accionaria: *Cambios no autorizados en la conformación societaria del Concesionario en general y en particular del Operador Técnico de éste.*

La doctrina especializada afirma que, "... los derechos y obligaciones emergentes del contrato administrativo respecto del cocontratante, son de carácter personal,

intuitu personae”¹. Tal característica surge con claridad del proceso de selección del cocontratante del Estado Provincial que culminó con la privatización de O.S.M. S.A., donde se puso especial énfasis en las cualidades (capacidad técnica y antecedentes) de la totalidad de los integrantes del Grupo oferente (que en este caso, se presentara bajo la forma de un Grupo integrado por un Conjunto Económico), como así también de las empresas controladas por los mismos, cuyos antecedentes fueron exhibidos en el proceso en cuestión. Ello justifica la expresa prohibición de cambio de integrantes, como así también, la imposibilidad de modificar la situación jurídico-económica de control tenida en cuenta para la Calificación, salvo autorización previa del Concedente.

El carácter “intuitu personae” no se diluye por el hecho de tratarse de un Oferente persona jurídica (en los hechos, Grupo de personas jurídicas). Por el contrario, el expertís requerido en el pliego, cumplido en la oferta, valorado en la adjudicación y acordado en el contrato, respecto de todas y cada una de las empresas que integraban a la Oferente (bajo la forma de Conjunto Económico expresamente reconocido), determina la existencia de un contrato de tal naturaleza -“intuitu personae”- respecto de todos y cada uno de los integrantes del grupo oferente. Es que tal como ha sido sostenido con total claridad “Las cláusulas prohibitivas contenidas en los pliegos de condiciones de una licitación, que impidan la cesión o transferencia total o parcial del contrato a terceros, sin el consentimiento del Poder Ejecutivo,..., apuntan fundamentalmente a impedir que el obligado a hacer aquéllas, cuyas condiciones personales, antecedentes y solvencia se han tenido en mira decisivamente al contratar, pueda sustituirse transfiriendo la carga de cumplir a un tercero”²

Dentro de ese contexto, la participación de SAUR International fue esencial, en tanto el pliego condicionaba la precalificación a las condiciones técnicas del Operador del Oferente. Las condiciones técnicas fueron debidamente acreditadas mediante la

¹ Dromi, José Roberto, “Derecho administrativo”, t. 1, Ed. Astrea, 1992, pág. 333.

² Dictamen del Procurador del Tesoro de la Nación, 13 de Marzo de 1995, N° 000039, Partes: Autopistas del Sol S.A., Emisor: Alberto Manuel García Lema.

presentación de los antecedentes del Grupo SAUR, donde se puso especial énfasis en sus sociedades controladas que operaban en distintas partes del mundo.

En cuanto al análisis de la actuación del Grupo controlante de OSM SA, surge que ningún accionista cuenta de manera autónoma con una titularidad mayor al cincuenta por ciento del capital social de la Empresa. En los hechos, sin embargo, era IDA (Inversora del Aconcagua) quien designaba la mayoría de directores de la sociedad (tres directores correspondientes a la clase A de acciones de un total de 5 de OSM), contando con el control autónomo de OSM SA, aunque existiendo una actuación concertada de IDA y ADM (Aguas de Mendoza) en el ámbito de las asambleas, y ejerciendo en los hechos, el control plural de OSM SA. Entre IDA y ADM designaban 4 de los cinco directores titulares de OSM SA. Se puede afirmar en consecuencia que OSM es controlada, a través de IDA y ADM (a su vez controladas), por SAUR International y Aguasur Mendoza S.A.

Del reconocimiento expreso realizado por Azurix Corp en el trámite arbitral ante el CIADI y de las múltiples actuaciones administrativas relativas a AGUASUR MENDOZA S.A., surge que ha existido más de un cambio de composición accionaria en la firma controlante de la que a su vez es controlante de OSM. Dicho de otro modo, han existido múltiples cambios de titularidad accionaria en la controlante indirecta de OSM. De la misma manera ha ocurrido con SAUR International y su controlante SAUR, la cual ha sufrido al menos dos transformaciones, en 2005 PAI Partners adquiere el 90 % del paquete accionario de SAUR Bouygues, y luego es vendida por PAI a un Consorcio compuesto por Séché Environnement, CDC, y AXA; CDC (Caisse des dépôts et consignations) es un banco estatal francés que adquirió una participación en SAUR de 47 %. Ninguna de estas transferencias fue comunicada al Estado Provincial en forma oficial y fehaciente, y en consecuencia tampoco fueron autorizadas por el Concedente.

Debe tenerse presente la calificada jurisprudencia que sostiene que “El derecho de los concesionarios de servicios públicos no puede ir más allá de lo que la concesión define y enumera. Por ende, toda duda que se suscite al respecto deberá ser resuelta en sentido adverso al concesionario, ya que nada debe tenerse por

concedido sino cuando es otorgado en términos inequívocos o por una implicancia clara”.³

En igual sentido ha dicho nuestra Corte Suprema de Justicia que “La interpretación del contenido contractual de la concesión tiene carácter restrictivo. El derecho del concesionario no puede ir más allá de lo que la concesión define y enumera, siendo la regla más segura en materia de interpretación de concesiones la de que toda duda debe ser resuelta en sentido adverso al concesionario, porque nada debe tenerse como concedido sino cuando es dado en términos inequívocos o por una implicancia clara” (Fallos CS, t. 155, p. 12); también sostuvo “No existen derechos implícitos en la concesión en beneficio del concesionario. La afirmativa -en materia de interpretación de concesiones- necesita ser demostrada, el silencio es negación y la duda es fatal para el derecho del concesionario” (Fallos CS, t. 49, p. 224).

En la misma inteligencia Bielsa señala que a tenor de lo resuelto por nuestra Corte Suprema en el caso registrado al tomo 149, pags. 219 y ss. “... es una regla consagrada por el derecho administrativo que en materia de franquicias a una corporación como en toda concesión de privilegios por el Estado a personas o individuos, en caso de duda la interpretación debe ser contra de los concesionarios, porque la presunción más aproximada a la verdad es la de que el Estado ha acordado sólo lo que en términos expresos resulte de ellos”. Máxime cuando la concesión del servicio público es detentada en condiciones de “monopolio natural”.

Agustín Gordillo en forma coincidente afirma que la duda es fatal para el derecho del concesionario.⁴ Cabe remarcar que también la jurisprudencia norteamericana es concordante con el principio de la interpretación restrictiva⁵

³ CNFed. Contencioso Administrativo, Sala IV, 23/12/96; Impsat S.A. c/Ministerio de Economía y Servicios Públicos; La Ley 20/02/98.

⁴ Tratado de Derecho Administrativo, T 1, IV-35-36, 3era edición, Ed. Fundación Derecho Administrativo.

⁵ 97. U.S. 659, in re Northwestern Fertilizing c° v. Village o Hyde Park.

1.4.2- Órgano de Control Interno – Comisión Fiscalizadora: *Hay violación de la LS por parte del síndico de la clase "A" Cdor. Hugo Néstor Galluzo, ya que no puede ser síndico el director de una sociedad controlante; la responsabilidad se extiende a los directores de esa clase en cuanto a la permisividad, no cumpliendo con el deber "in vigilando". Además habría violación de la LS, por parte del director clase "C" Michele Fourné, por no realizar declaración jurada de no estar incurso en las incompatibilidades, ni denunciar domicilio real, ni constituido la garantía exigida por el estatuto para ejercer cargos. Se destaca que estas violaciones pueden estar incursas en figuras penales, así como ser generadoras de responsabilidad civil por daños y perjuicios.*

Según el artículo 36 de los Estatutos Sociales de OSM, la misma cuenta, como órgano de control interno, con una Comisión Fiscalizadora, integrada por tres (3) miembros titulares y tres (3) suplentes, designados, cada uno de ellos, por cada clase de acciones en asamblea especial. Conforme constancias existentes en el Expte. N° 997/94, caratulado "Obras Sanitarias Mendoza S.A. P/Insc. Soc.", radicado ante la DPJ de Mendoza, ha sido objetada la participación del Sr. Néstor Galluzo, integrante de la Comisión Fiscalizadora como Síndico Titular por las acciones Clase "A" (desde el año 2004, con declaración jurada presentada a fs. 621 del Expte. antes citado), en tanto el mismo revestiría también, de manera concomitante, la calidad de Director Titular de la firma Aguasur Mendoza S.A., que conforme surge de la Auditoría tiene una participación superior al 50% en Inversora Del Aconcagua S.A.(IDA) y por ello controlante de la misma en los términos del art. 33 LSC. A su vez, y tal como ha sido acreditado, IDA es controlante de OSM.

Del análisis de la situación puesta al descubierto, surge que ha existido violación concreta del art. 286 inc. 2 LSC. La designación como director de Aguasur Mendoza S.A. es anterior a la designación como síndico de OSM, en consecuencia y de haber presentado declaración jurada ante esta última, debería evaluarse la posibilidad de existencia de delito.

1.4.3- Irregularidades en la confección del Libros Societarios: se han detectado las siguientes irregularidades:

- a) *Libro de Asistencia a Asambleas y Depósito de acciones Nro. 1* (Rubricado el 14/06/95 por la DPJ Mza.): en términos generales y a partir de la Asamblea General ordinaria y extraordinaria del 12/06/1998 (fs. 11), el mismo es llevado cumpliendo con los requisitos formales de “cierre del libro” en oportunidad de constatarse los accionistas presentes en cada asamblea, no así en oportunidad de cumplirse con la “notificación previa” requerida por el art. 238 LSC.
- b) *Libro Registro de Acciones N° 2* (rubricado el 20/10/97 por la DPJ Mza.): De su compulsas surge que no cumple con las formalidades propias de los libros de comercio (art. 213 LSC, 43 y ss. del C.Co.), en la medida que existen tachaduras (fs. 36), debiendo destacarse que ninguno de sus asientos (ej. transferencias de acciones a los oferentes) ha sido firmado por la autoridad societaria que lo ha realizado (debería ser suscripto por el Presidente del Directorio).
- c) *Libro de Actas de Asambleas N° 1* (Rubricado el 14/06/95 por la DPJ Mza.): De su compulsas surge que el mismo ha sido utilizado en forma completa (200 fs.), habiéndose asentado actas de asambleas generales y especiales. Existen algunas fojas en las cuales se ha dejado gran parte en blanco (ej. fs. 157, 161). Esto es importante destacarlo en la medida que, además, a partir de la asamblea de fecha 25/09/98 (fs. 97), se dejó de consignar la numeración de las actas (obsérvese asamblea del 30/11/98 –fs. 116- y siguientes). Si bien la numeración no es un requisito que la ley exija, debemos destacar el cambio producido, juntamente, a partir del año 1998.
- d) *Libro de Actas de Asambleas N° 2* (Rubricado el 28/06/07 por la DPJ Mza.): El mismo ha sido utilizado, al momento de nuestra compulsas, hasta fs. 68. En cuanto al cumplimiento de requisitos formales, caben las mismas apreciaciones realizadas respecto del libro Nro.. 1. Sus actas no han sido numeradas, encontrándose también alguna fracción importante de hoja en blanco (ej. final acta del 03/04/08).

- e) *Libro de Actas de la Comisión Fiscalizadora N° 2 (rubricado con fecha 28/08/98):* De su compulsión surge que el mismo cuenta con ciertas irregularidades como por ejemplo fs. 67/69 totalmente en blanco (consignándose el término “ANULADO”, desconociendo esta Auditoría quién lo ha consignado), otras fojas con gran parte en blanco (ej. fs. 73, 75, 86), pudiendo destacarse también que sus actas no se encuentran numeradas.
- f) *Libro de Actas del Directorio N° 4 (rubricado con fecha 26/06/98 por la DPJ Mza., de 250 fs.):* De la compulsión de su copia (en contenido informático) surge que a partir del acta N° 098, de fs. 146, se toma constancia de la transferencia de Acciones Clase “A” a favor de IDA. Desde el punto de vista formal se evidencian fojas con gran parte en blanco (ej. fs. 146, 160, 213), y fojas tachadas (fs. 162, 163, 246). Todas las actas se encuentran numeradas de manera correlativa. Se destaca, dentro de las actas, la convocatoria a asamblea general extraordinaria para dar tratamiento a una reducción del capital social (asamblea del 28/11/00), la que, finalmente, posterga su tratamiento (fs. 132 del libro de actas de asamblea nro. 1).
- g) *Libro de Actas del Directorio N° 5 (rubricado con fecha 17/08/00 por la DPJ Mza., de 300 fs.):* De la compulsión de su copia (en contenido informático) se evidencian fojas con gran parte en blanco (ej. fs. 28, 98, 223, 235, 239, 273, 285) y fojas tachadas (fs. 300). Todas las actas se encuentran numeradas de manera correlativa.
- h) *Libro de Actas del Directorio N° 6 (rubricado con fecha 15/05/06 por la DPJ Mza., de 200 fs.):* De la compulsión de su copia (en contenido informático) se evidencian fojas con gran parte en blanco (ej. fs. 7, 34, 62, 71, 87, 127, 135, 142) y fojas tachadas (fs. 300). Todas las actas se encuentran numeradas de manera correlativa.
- i) *Libro de Actas del Directorio N° 7 (rubricado con fecha 11/07/08 por la DPJ Mza., de 200 fs.):* De la compulsión de su copia (en contenido informático) se evidencian fojas con gran parte en blanco (ej. fs. 57, 81, 124). Todas las actas se encuentran numeradas de manera correlativa. La última foja utilizada es la n° 125. En algunas de ellas faltan firmas (ej. acta n° 159 de fs. 57, la firma de Hugo Galluzo; acta n° 160 de fs. 82, faltan las firmas de los Síndicos Galluzo

y Terranova, como así también de Michel Fourré; acta nº 161 de fs. 116, faltan las firmas de los Síndicos Galluzo y Terranova, como así también de Michel Fourré.

1.5 Implicancias asociadas:

La observación 1.4.1 configura violación expresa del Art. 2.11 del CC que establece que *“Los cambios no autorizados en la conformación societaria del Concesionario en general y en particular del Operador Técnico de éste, de acuerdo a lo establecido en el Pliego de la Licitación, habilitará al Concedente a resolver el Contrato de Concesión por culpa del Concesionario”*; los integrantes del Grupo Oferente que resultó Adjudicatario, admitieron y aceptaron expresamente los términos de la Licitación Pública y de la normativa aplicable tales como la Ley 6044, Decreto Marco Regulatorio 911/95, el Contrato de Concesión, la normas emitidas por el EPAS en ejercicio de sus facultades y los propios dictámenes de la Comisión de Preadjudicación, que sobre esta expresa aceptación y las condiciones técnicas y económicas que reunían como grupo oferente aconsejó al Poder Ejecutivo su calificación definitiva como adjudicatario de tal Proceso.

La observación 1.4.2 arroja que ha existido la violación concreta del art. 286 inc. 2 LSC por parte del Síndico de OSM, contador Galluzo, en tanto tenía una concreta incompatibilidad para desempeñar tal cargo, al momento de ser designado, presentar declaración jurada y asumir el cargo. Esta violación importa el funcionamiento irregular del órgano de control societario; debe tenerse presente que cuando la causal es anterior a la designación del síndico, la doctrina “se inclina por la nulidad de los actos realizados por el síndico, basándose en que las causales de inhabilidad o incompatibilidad son de orden público y, por lo tanto, no susceptibles de dispensa o confirmación, lo que conlleva a una incapacidad para el ejercicio de la función que depara la falta de legitimación y cuya consecuencia es la de no tenerse

por celebrados los actos realizados por el síndico, y la decisión asamblearia que designó al síndico legalmente inelegible debe considerarse nula”⁶.

Otra calificada doctrina, va más lejos aún y sostiene que “el síndico inelegible debe equipararse a quien nunca fue nombrado, por cuanto por disposición legal no se encuentra en la posibilidad de desempeñar su función”⁷.

En definitiva la gravedad de esta situación es que OSM SA no ha tenido control, pues según el art. 37 del estatuto de la sociedad, el quórum es por unanimidad (o sea los tres síndicos), de modo que el Síndico Néstor Galluzo, que respondía a los intereses de las controlantes de OSM SA, podía no dar quórum cuando el tema a controlar no era conveniente a los intereses de sus sociedades controlantes: Aguasur Mendoza SA e Inversora Aconcagua SA. Se configura así un incumplimiento grave a las disposiciones legales aplicables al Servicio según lo establecido en el art. 13.3.1 del Contrato de Concesión, que habilita la rescisión del Contrato por culpa del Concesionario adoptada unilateralmente por el Concedente.

Por otra parte, IDA SA incumplió en comunicar la situación de control que tiene en OSM SA, y que por ello encuadra en el supuesto del art. 299 inc. 6 de la LS, incurriendo el directorio en las responsabilidades del art. 305 LS que establece que “los directores y síndicos serán ilimitada y solidariamente responsables en el caso que tuvieren conocimiento de alguna de las circunstancias previstas por el art. 299 , y no lo comunicaren a la autoridad de control...siendo pasibles de las sanciones que determina el inciso 3 del art. 302 LS”.

En cuanto a las irregularidades detectadas en la confección de los libros societarios al menos debe imputársele al Concesionario la inobservancia de los procedimientos de calidad que tiene el deber de seguir, configurando una muestra más de desatención incompatible con lo dispuesto en el art. 5.2 “El Concesionario deberá contar con registros, archivos y otros medios de registrar información en calidad y cantidad suficientes para facilitar el eficiente manejo de la Concesión...” y “para el

⁶ Sasot Betes y Sasot, “Sociedades Anónimas. Sindicatura y Consejo de Vigilancia”, Ed. Ábaco, Bs. As., 1986, pág. 72, siguiendo a Suárez Anzorena /Rev. de Derecho Comercial, Fre/ Società per azioni, Halperin, entre otros.

⁷ Vivante, Tratado, t. II, pág. 299, citado por Sasot Betes y Sasot, op. cit.

cumplimiento de las obligaciones legales, contractuales y reglamentarias, el Concesionario deberá llevar en forma, los siguientes registros actualizados: ...b. Libros y registros contables: los libros contables requeridos por el Código de Comercio y la Ley N° 19.550...”

2 INCUMPLIMIENTOS EN LA ORGANIZACIÓN DE LA OPERACIÓN TÉCNICA.

2.1 Documentos de Referencia:

AG- JIN 1 N102 al N109; AG-JIN 1 N202

2.2 Descripción:

Comprende la evaluación de la organización de la empresa, en todos los tópicos de tipo no societarios, es decir contrato de operación, normas y políticas internas, servicios para la contratación de terceros, garantía del contrato, poderes, contratos de prestaciones especiales, auditorias de sistemas de gestión de calidad y seguros obligatorios. En particular se evalúa el cumplimiento de las obligaciones contractuales a cargo de la concesionaria, contenidas en los artículos 3.1, normas internas en materia de contrataciones, 2.6.3 ,2.6, 2.7, 2.8, 9.2, 9.3 del Contrato de Concesión (C.C), normas del contrato de operación suscripto entre OSM y SAUR INTERNATIONAL y normas legales aplicables.

2.3 Normas Aplicables:

Art. 2.6.3 ,2.6, 2.7, 2.8, art. 3.1, 9.2, 9.3 del Contrato de Concesión (C.C), normas internas en materia de contrataciones

2.4 Observaciones:

Resulta de la evaluación realizada, que la Empresa no cumplió con las obligaciones impuestas por el artículo artículos 28 inc. 2 Ley N° 6.044, ni con el artículo 3.1 del contrato de concesión, ni con sus propias normas internas específicamente con el punto 7 del procedimiento de “Elaboración, Revisión y suscripción de los contratos”, ni con normas legales aplicables en relación a la garantía de cumplimiento del contrato. No se han encontrado en la empresa constancias documentales de las que se pueda inferir la existencia de contratos de prestaciones especiales lo que

resulta relevante a la luz de las observaciones efectuadas por el Área Económica Financiera. Se han detectado faltas en la Auditoría de sistemas de gestión de calidad, vinculadas a los procedimientos en materia de contrataciones.

2.4.1 Contrato de Operación Técnica: *No se encontró el instrumento original dentro del ámbito de la Empresa, sólo se cuenta con una copia certificada de un ejemplar suscripto en 1998, con cinco años de validez, prorrogables.*

Se trata del contrato entre el Operador Técnico (SAUR International) y OSM SA que describe el contenido de la asistencia técnica básica y las especiales, así como el personal especialista, que el primero pone a disposición para que el segundo pueda cumplir el Contrato de Concesión. De éste contrato surge cómo se debe producir el pago como contraprestación. En particular surge la obligación de pagar al Operador Técnico el canon de asistencia técnica básica equivalente al 3% (libre de impuestos) del total facturado por OSM SA sin IVA. Debe destacarse que cualquier pago que se haya realizado desde OSM SA al Operador Técnico debe referirse necesariamente al Contrato de Operación vigente.

La falta del documento original va en contra de la normativa interna que la misma empresa se ha dado en cumplimiento de disposiciones contractuales vinculadas con las condiciones de prestación del servicio y su calidad (art. 3.1). Concretamente se trata de incumplimiento del punto 7 del “Manual de Elaboración, Revisión y Suscripción de los Contratos”, según el cual la Custodia y Archivo de los contratos originales es de la Gerencia de Asuntos Legales. Dicha falta ha sido asumida de modo incontrovertible por el propio personal de la empresa, todo lo cual permite concluir que la concesionaria no ha actuado conforme a los parámetros de calidad y eficiencia a los cuales debe ajustar su accionar en cumplimiento de obligaciones contractuales (Art. 3.1 C.C).

Este comportamiento también va en contra de las prácticas usuales del buen hacer que exigen sumo cuidado con la guarda y custodia de documentos que instrumentan un conjunto de derechos y obligaciones, en este caso, esenciales al desarrollo del contrato de concesión de servicios públicos que el Estado le ha confiado.

El cumplimiento de las normas que se han violado no es optativo para la empresa sino obligatorio, y la imposición le viene dada no en su beneficio sino en beneficio de una organización eficiente para prestar tan importante servicio público que el Estado le ha encomendado, máxime cuando ello ha ocurrido luego de una selección donde se ha valorado su capacidad organizativa.

Finalmente el cumplimiento de las normas de calidad tampoco resulta indiferente al operador. En efecto el texto del contrato de operación que vincula a OSM SA y Saur International y específicamente el art. 2º Prestaciones Básicas, punto 2.8 Normas de Gestión de Calidad ISO, establece que “El operador técnico asesorará a OSM sobre la forma de cumplir con las normas de calidad ISO9000 y 9004 conforme al art. 3.1 del Contrato de concesión”.

Con los antecedentes con los que se cuenta no puede afirmarse que el Operador Técnico haya mostrado en este punto la diligencia a la que se encuentra obligado en los términos del art. 7.3 del contrato de operación antes referido. No puede arribarse a otra conclusión si se tiene en cuenta que en los considerandos del contrato de operación referido se establece que se considera “...*imprescindible para OSM contar con la colaboración y asistencia del operador Técnico con el objeto de lograr el eficaz cumplimiento del Contrato de Concesión*” y teniendo en cuenta que OSM “*procura alcanzar un gerenciamiento del nivel habitual en las empresas a cargo de ...servicios mas avanzados, para poder dar solución a los problemas técnicos, administrativos y de organización que actualmente enfrenta o podrá enfrentar*”

2.4.2. Contratos de Prestaciones Especiales del Operador Técnico: *No se encuentran contratos particulares de Asistencia Técnica Especial con el Operador Técnico dentro del ámbito de la Empresa*

El art. 2.6.2 del CC establece las vías por las cuales el Operador Técnico se compromete a sostener el cumplimiento por parte del Concesionario de las obligaciones asumidas en el Contrato de Concesión, entre ellas: aporte de conocimiento y experiencia, la transferencia de tecnología, la asistencia técnica, la elaboración de las políticas generales y estructuras organizativas, la afectación del personal especialista, la elaboración, ejecución, y control de planes de acción y sus

presupuestos, la gestión del financiamiento y la preparación de toda la información referente a la prestación del servicio y la que el ente regulador solicite.

El art. 2.8. del CC establece por otra parte que el Operador Técnico proporcionará al Concesionario su experiencia y la información y conocimiento teórico- práctico comprometidos y de los que dispusiere en la actualidad y en el futuro, particularmente en las áreas de estrategias empresarias, operacional y técnica, comercial, administrativa, financiera y de la política laboral y de organización.

El Contrato de Operación Técnica establece en su artículo 2 incisos 2.1 hasta 2.9, las denominadas "Prestaciones Básicas" que reproducen como obligaciones del Operador los contenidos de los artículos 2.6, 2,7, 2.8, 2.9 y 2.10 del Contrato de Concesión, así como las vinculadas con los registros obligatorios, informes y estudios especiales, informes periódicos y otros contemplados en el Capítulo 5 del CC; para ello se estipula el pago de una retribución neta, es decir libre de todo impuesto (incluido el "withholding tax"), tasa y contribución, que será equivalente al 3% (tres por ciento) de la facturación de OSM neta del IVA (art 4.1 del Contrato de Operación)

El art. 3 del Contrato de Operación Técnica (COT) establece también las Prestaciones Especiales, excluyendo aquellas definidas en su art. 2, y una mecánica especial de acuerdo y documentación (3.2 y Anexo 1 de COT)

De tales disposiciones surge el carácter excepcional de la Prestación Especial, la que podrá estar referida a problemas especiales organizativos y/o operativos, así como todo desarrollo y/o puesta a disposición de software, que surjan en las actividades de OSM. Luego de estudiar los antecedentes obrantes en la empresa, no se han encontrado constancias documentales que acrediten la existencia de contratos de prestaciones especiales entre OSM S.A. y el Operador Técnico a los que se refiere el art. 3º del COT. Debe resaltarse que es el propio COT el que establece que tales contratos de Prestaciones Especiales deben ser acordados por escrito, con indicación de su alcance, el lugar de la prestación, el presupuesto y las demás condiciones de ejecución (art. 3º Prestaciones especiales"), *por ello puede asumirse que tales contratos no han existido.*

2.4.3 Servicios por Contratos de Terceros: *Incumplimiento de normas internas de contratación por asesoramiento profesional.*

Concurren aquí las conclusiones respecto a la falta del ejemplar original del Contrato de Operación y el incumplimiento de las previsiones contenidas en el art. 3.1. del Contrato de Concesión, que obliga aplicar en todas las actividades que realice para prestar el servicio, las normas de Gestión de Calidad ISO 9000 a 9004, a partir del final del segundo año de la fecha de Toma de Posesión. La obligación de observar tal previsión, conlleva al dictado de normas consecuentes, (en este caso es el punto 7 del Procedimiento), y fundamentalmente a su cumplimiento para la correcta prestación del servicio.

Se han advertido fuertes falencias organizativas en materia de contrataciones, las que también guardan relación con la falta de implementación del Registro de Contrataciones tal como lo exige el Contrato de Concesión, situación sobre la que nos explayaremos más adelante.

2.4.4 Garantía de Cumplimiento de Contrato: *Incumplimiento del depósito legal correspondiente*

La norma contractual involucrada directamente en este tópico es el art. 10.1 del contrato de Concesión que establece todo lo relativo a su constitución, facultades de la concedente, devolución, riegos a cubrir etc. Sin embargo, la póliza que se constituyó lo fue en los términos previstos por el art. 8 de la Carta de Entendimiento entre OSM y el Poder Ejecutivo de la Provincia de Mendoza (firmada el 17 de mayo 2007 y ratificada por Decreto N° 3246/07), como garantía provisoria con una vigencia de dos años y por un monto de tres millones de pesos (\$ 3.000.000). La documentación aportada se ajusta a esas pautas.

Sin embargo la empresa ha incurrido en un incumplimiento al ordenamiento legal vigente en la provincia de Mendoza al no efectuar su depósito correspondiente. En este sentido se pudo corroborar que la fecha en que se efectuó dicho depósito (17 de noviembre de 2009), fue luego de la Intervención a OSM SA.

Específicamente el decreto acuerdo N° 7061/67 Régimen de Compras y Gastos Públicos establece en su art. 52 que *“las garantías previstas, cualquiera fuera su forma de constitución, deberán depositarse en la Tesorería General de la Provincia o en la Tesorerías de las Reparticiones intervinientes”*. La norma resulta aplicable en virtud del art. 8° de la Ley 5507 “De Concesión de Obras y Servicios Públicos”, que establece que *“Las leyes de Obras Públicas, Contabilidad, Procedimientos Administrativos... serán de aplicación supletoria cuando fueren compatibles con la naturaleza jurídica y modalidades de la presente ley”*.

2.4.5 Auditoria Sistema de Calidad: *Fallas internas en la detección y asiento de no conformidades a las normas internas de calidad*

Resultan especialmente aplicables en este punto las disposiciones contenidas en el ya citado art. 3.1. del CC. El Contrato de Operación establece que el operador SAUR INTERNATIONAL es quien debe asesorar a OSM sobre la forma de cumplir con las normas de calidad que se implementen como consecuencia del art. 3.1 citado (art.2.7).

Durante el transcurso de la Auditoría General se han detectado serios incumplimientos a las normas internas de calidad, por ejemplo el punto 7 del procedimiento de Elaboración, Revisión y Suscripción de los Contratos, sin embargo tales fallas no se encuentran contenidas en el listado de no conformidades presentado por la empresa.

2.5 Implicancias asociadas:

En los tópicos referidos al Contrato de Operación, Servicios por Contratos de Terceros, Garantía de Cumplimiento de Contrato, Contratos Prestaciones Especiales y Auditoria Sistema de Calidad, no sólo resultaron violentadas las normas internas, contractuales y normas legales provinciales, las que en cada caso han sido puntualmente citadas, sino que tales faltas han constituido el vehiculo para configurar situaciones gravosas para el empresa: es el caso de la falta de documentos que instrumenten contratos con terceros, o la falta de depósito de la garantía de cumplimiento de Contrato, o de las deficiencias que se han advertido en la Auditoria del Sistema de Calidad.

Gran parte de estas situaciones configuran además, incumplimientos del operador respecto de O.S.M. S.A.

Los incumplimientos en materia organizativa no solo deben ser valorados en ese contexto, si no también como vehículos necesarios para configurar situaciones de suma gravedad y consecuencias para la empresa.

En efecto las “fuertes falencias organizativas en materia de contrataciones, las que guardan relación con la falta de implementación del Registro de Contrataciones tal como lo exige el Contrato de Concesión”, también se relacionan con la existencia de graves irregularidades en el manejo de gastos confidenciales con impacto significativo en los resultados operativos” de la empresa. Así el Área Económica Financiera ha informado que “No existe respaldo documental (contratos de prestación de servicios y/o contratos de mutuos con accionistas y/o sociedades relacionadas) que justifique las prestaciones y la razonabilidad sobre los pagos al Personal especialista de ADM y sobre los pagos por “Cuenta y Orden” de la compañía”.

Por otro lado el reiterado incumplimiento de la Empresa de las previsiones contenidas en el artículo 3.1 respecto del sistema de gestión de calidad, como así también el incumplimiento de las normas contenidas en el art. 52 del decreto Ley N° 7061/67 y art. 8º de la ley 5507 sobre depósito de la garantía contractual, constituyen incumplimientos que junto a otros, habilitan al Poder Concedente a rescindir el contrato de conformidad a lo previsto en el art. 13.3.1 Contrato Concesión.

3 INCUMPLIMIENTOS DE REGISTROS E INFORMES OBLIGATORIOS DEL SERVICIO Y DE LA PUBLICACIÓN DE LA INFORMACIÓN.

3.1 Documentos de Referencia:

AG- JIN 3 N103 a N108; AG JIN 3 N201; AG JIN 4 N101 a N107; AG- JIN 201

3.2 Descripción:

Abarca la evaluación del cumplimiento por parte del Concesionario de las obligaciones contractuales de llevar Registros Obligatorios y de realizar Informes y Estudios Especiales relativos al Servicio y los Bienes, así como de publicar aspectos relativos al Programa de Operación y Expansión (POE).

Los Registros Obligatorios y los Informes y Estudios Especiales tienen como objeto común el conocimiento, control y optimización permanente del servicio y su operación tanto por parte del Concesionario como del Ente Regulador.

En particular, en el art. 5.4.1 se establece la obligación de confeccionar un *Inventario de Bienes y Evaluación de su Estado y Funcionamiento* dentro de los doce (12) meses de la toma de posesión y su actualización luego dentro de los treinta (30) días corridos de finalizado cada periodo anual de la concesión.

Por su parte el art. 5.2 a) establece la obligación de llevar un *Registro de Bienes* actualizado, comprendiendo esto todos los bienes afectados al Servicio, con un grado de detalle que posibilite una adecuada información acerca de la existencia, ubicación y estado de dichos bienes, incluyendo, entre otros, láminas, modelos de computación y bases de datos.

En el art. 5.4.2 se establece que dentro de los primeros doce (12) meses de la Toma de Posesión, el Concesionario debía realizar y presentar un informe de *Relevamiento del Servicio* que reflejara una imagen objetiva de su estado, discriminando en forma detallada cada uno de sus aspectos, en función de lo dispuesto en el capítulo 3, el contenido de los informes de calidad en el artículo 5.6, y los aspectos comerciales y de atención de los Usuarios.

En el mismo sentido, el art. 5.2.d) establece la obligación de llevar un *Registro de Incumplimientos del Servicio*, comprendiendo la información sobre aquellas anomalías ocurridas en la prestación del Servicio que comporten el incumplimiento de los niveles de Servicio, de acuerdo a lo establecido en el artículo 3.4, así como también el resultado de las investigaciones realizadas con motivo de tales incumplimientos, incluyendo un detalle de las reparaciones y de las obras de mantenimiento realizadas.

Siempre con el objeto de garantizar el conocimiento, transparencia y control de todos los actos del Concesionario, en particular, aquellos que están directamente referidos a la operación y sustentabilidad del Servicio, el art. 5.2.f) obliga a llevar un *Registro de Contrataciones* que debe contener todos los contratos, convenios y acuerdos en los que el Concesionario sea parte o interesado. Debe detallar al menos la identificación de partes, montos, obligaciones recíprocas y plazo de los convenios, los cuales deberán volcarse en una tabla, indicando todos los compromisos y obras asumidas por el Concesionario con mención del responsable y los terceros a cargo del cumplimiento.

El Contrato exige también la *Publicación de los Contenidos y Avance Anual del POE*, con el objeto de lograr el conocimiento público y el control directo por parte de los usuarios; así el art. 5.7 establece que como mínimo, el Concesionario debía publicar un informe sintético para su circulación pública, el que debía ser puesto a disposición de los Usuarios en las oficinas comerciales del Concesionario y en las dependencias del Ente Regulador, así como también la de publicar los aspectos más relevantes de dicho Informe en los medios periodísticos de alcance provincial.

3.3 Normas Aplicables:

Art. 5 del Contrato de Concesión: 5.1, 5.2, 5.4 y 5.7

3.4 Observaciones:

Se detectaron incumplimientos en los siguientes casos:

3.4.1 Inventario de bienes y evaluación de su estado y funcionamiento: *Fallas sustanciales en la confección del inventario de bienes afectados al servicio.*

El Informe relativo al *Inventario físico de Bienes y la Evaluación de su Estado y Funcionamiento*, no fue realizado ni informado conforme lo establecen las pautas contractuales. Consecuentemente, tampoco se encuentra adecuadamente confeccionado el *Registro de Bienes* asociado, en particular en cuanto a la estructura y detalle de los componentes del Servicio, implicando esto que la concesionaria cuenta con una información pobre e insuficiente del sistema, sus redes y de su estado de funcionamiento. Ello deriva necesariamente en un defecto de las propias acciones correctivas necesarias.

El contrato exige que el Concesionario realizara un inventario actualizado, controlado y ordenado según metodologías modernas, conteniendo éste las características físicas de los bienes afectados al Servicio, indicando su estado y funcionamiento. Cuando no hubiera información disponible o ella no fuera suficiente para mantener adecuadamente actualizado el inventario de bienes, el Concesionario debía realizar las investigaciones que considerara necesarias para obtener la información adicional, identificando en los casos que correspondían, aquellas deficiencias que requirieran trabajos de corrección. Los estudios y evaluaciones debían estar adecuadamente documentados, asignando niveles de confiabilidad en función de la precisión de los datos usados y el método de investigación adoptado. Los resultados de estas evaluaciones debían luego ser aplicados para implementar las soluciones requeridas y para remediar las deficiencias encontradas (art. 5.4.1 CC)

Debe destacarse aquí que, por Resolución del EPAS N° 069/98 (de fecha 11 de junio de 1998) interpretativa del Contrato, el plazo de implementación de doce (12) meses se cuenta a partir de la transferencia efectiva del Servicio ocurrida en 1998; ello refuerza que la razón misma de dicho informe e inventario era que el Operador Técnico y en general los nuevos accionistas tomaran efectivo control sobre las eventuales deficiencias del Servicio y propusieran y ejecutaran las acciones de mejoramiento.

Lo cierto es que no se realizaron los informes ni las tareas de investigación previstas en el Contrato de Concesión, a pesar de haber sido recomendado formalmente al menos una vez (2003) por la Gerencia de Administración y Finanzas, a la Gerencia General de la Empresa.

Frente al contenido de las previsiones contractuales citadas, puede afirmarse que la registración contable que pudo hacerse de los bienes no cumple las finalidades antes reseñadas.

No debe asimilarse la obligación de llevar un registro de bienes de la concesión con la obligación de realizar un informe y estudio especial consistente en un inventario con la evaluación del estado y funcionamiento de los bienes afectados al servicio. Este último debe ser elaborado y presentado al Ente Regulador en tiempos precisos

y ello con un objetivo claro: permitir implementar las soluciones que se requieran y remediar las deficiencias encontradas. Tal finalidad eminentemente operativa y no contable, es lo que permite diferenciar a este inventario de bienes y su registro obligatorio de una mera registración contable, que como tal perseguirá otros objetivos.

Varios ejemplos de las instalaciones que no se encuentran en el inventario contable resultaran altamente ilustrativos de lo que decimos: *“...establecimientos potabilizadores y depuradores con todas sus instalaciones de obras civiles, electromecánicas e hidráulicas sanitarias con su descripción, ubicación y caracterización, las conducciones de transporte con sus accesorios tanto de agua potable como de desagües cloacales...”*⁸

3.4.2 Relevamiento de Servicio: *No se realizó comunicación alguna al EPAS referida al tema, ni tampoco existen datos de que tal relevamiento se haya realizado tal como lo prevé el contrato.*

Esta observación se vincula con el incumplimiento referido en el punto anterior (3.4.1). Resulta innegable, conforme con las reglas del buen hacer, que el Concesionario hubiera obtenido rédito inmediato del conocimiento profundo del estado del Servicio, ya que podía generar a partir de ese conocimiento los planes de corrección de deficiencias y de mejoramiento operativo que gobernarían su accionar según los alcances de los art. 2.6, 2.9 y 2.10 del CC, y los del art. 2 del propio COT, y ello con el evidente objetivo de mejorar las condiciones de prestación del servicio, con el consecuente beneficio para el usuario.

3.4.3 Registro de Incumplimientos del Servicio: *El Registro de Incumplimientos del Servicio no se encuentra constituido como tal.*

Debe destacarse que desde las áreas relevantes de control interno como son la Gerencia de Recursos Humanos y la Jefatura de Calidad, se informó el desconocimiento liso y llano de tal Registro. La Gerencia de Explotación aportó

⁸ Ver informe del Área Técnica Operativa.

información de incumplimientos y tiempo insumido en las acciones correctivas, pero que no configuran el registro en sí mismo sino una reconstrucción histórica realizada sobre una base de datos de sanciones del EPAS; de hecho no incluye el detalle de las acciones correctivas. Debe destacarse que tal incumplimiento no sólo tiene implicancias formales sino también operativas.

En éste sentido, se ha podido constatar que la concesionaria ha generado normas internas respecto de la creación de sólo dos de los registros que el contrato exige obligatoriamente: el de contrataciones y el registro de reclamos y solicitudes de usuarios. El hecho de que ni siquiera se hayan dictado las normas para crear los registros obligatorios, es especialmente valioso para acreditar *la decisión deliberada* de no hacerlo pese al carácter obligatorio de los mismos previstos en el art. 5.2. del C.C., lo que constituye un incumplimiento contractual.

3.4.4 Registro de Contrataciones: *No se registraron debidamente ni el Contrato de Operación Técnica, ni hay registración de Contratos de Prestaciones Especiales con el Operador Técnico, en particular las derivadas del caso de los pagos a ADM por servicios de Personal Especialista, ni tampoco se encuentran registrados los Poderes Otorgados, todo lo cual permite concluir que la empresa no ha implementado un Registro de Contrataciones, como registro comprensivo de todos los contratos, convenios, acuerdos etc.*

Existe en este punto también la obligación de aplicar debidamente los procedimientos internos alcanzados por las normas de Gestión de Calidad ISO 9000 a 9004. Además de resultar cuestionable que se haya contado con asesoramiento de diferentes profesionales con los cuales la relación contractual no ha quedado instrumentada y si lo ha sido, que los documentos no se encuentren en la sede de la empresa, su incumplimiento guarda relación con las previsiones del art. 9.1, 9.2, 9.3 (Contratos y Procedimientos de contratación) del CC, ya que la falta de prueba de la eventual existencia de una relación contractual y su alcance compromete fuertemente el control que debe ejercitarse sobre los aspectos previstos en esos artículos del contrato. El cumplimiento de las normas que se han violentado no es optativo sino obligatorio, y la imposición le viene dada no en su beneficio sino en el de una organización eficiente para prestar el tan importante servicio público

que se ha encomendado. De este modo se admite un incumplimiento manifiesto y deliberado de las previsiones de los artículos 3.1 y 5.2 del CC.

3.4.5 Publicidad de Información: *No se ha cumplido con la publicación anual en medios periodísticos de los aspectos más relevantes del POE y del Informe Anual de Avance del POE.*

La contundencia de la norma contractual que impone tal obligación, como así también de la respuesta dada por la empresa, donde no solo se reconoce no haber cumplido con las pautas mínimas previstas en el art. 5.7 si no también que ello se debía a lineamientos gerenciales, permiten afirmar que la empresa concesionaria ha incumplido manifiesta y concientemente con las previsiones contenidas en el art. 5.7 del C.C.

Esta obligación no es de carácter meramente formal, ya que tiende a asegurar los derechos no solo de los usuarios efectivos sino también de los potenciales usuarios. Así la Ley N° 6044 establece en su artículo 28 inc.7 que es uno de los deberes del operador del servicio la de “*publicar los planes de expansión de la red operada y del servicios para que los usuarios puedan conocer sus derechos*”. El art. 35 de la ley N° 6044 establece que “*...los usuarios potenciales tienen el derecho de pedir al operador el cumplimiento de las metas de expansión que se le hayan fijado en el área de expansión y, de recurrir ante el EPAS, para su imposición*”. En la misma inteligencia, se puede citar lo previsto por el art. 29 inc. 7 de la Ley N° 6.044, donde se prescribe “*el operador del servicio tendrá los siguientes deberes y atribuciones: ...publicar los planes de expansión de la red operada y del servicio, para que los Usuarios puedan conocer sus derechos*”, en el mismo orden de ideas puede aludirse al art. 29 inc. i) del Decreto N° 2.223/94 modificado por Decreto N° 911/95, donde se establece que “*sin perjuicio de los que el Contrato de Concesión reconozca, los Operadores tendrán los siguientes deberes y atribuciones: ...publicarán información sobre... Planes de Operación, a los efectos de que los Usuarios estén al tanto de las condiciones éste...*”.

Nuestro texto constitucional prevé en su art. 42, que los consumidores y usuarios tienen derecho a una información adecuada y veraz, al igual que lo hace el art. 4 de la Ley de Defensa al Consumidor (ley 24.240). En igual sentido nuestros tribunales

han sostenido: *“El derecho a la información que el artículo 42 de la Constitución Nacional reconoce al consumidor, halla su exacto correlato en el deber de información impuesto con alcances genéricos a los proveedores de bienes y servicios por la ley de defensa del consumidor en su art. 4º, cuando expresa: “Quienes produzcan, importen, distribuyan o comercialicen cosas o presten servicios, deben suministrar a los consumidores o usuarios, en forma cierta y objetiva, información veraz, detallada, eficaz y suficiente sobre las características esenciales de los mismos”⁹*

El comportamiento de la empresa constituye una transgresión a las previsiones contenidas en el art. 3.1 del Reglamento del Usuario (Res. EPAS 115/1999 y mod. Res. EPAS 119/2000) y específicamente en el inciso 3.3.6 que impone al concesionario la obligación de Publicar y difundir periódicamente información general a efectos de que los usuarios estén al tanto sobre la evolución del servicio, sus condiciones técnicas y económicas, su operación, sus mejoras y planes de inversión y expansión. En particular el Operador debe realizar la difusión del Plan Anual de Operación y Expansión y el cumplimiento de metas que emprenda por sí o a través de obras por cuenta de terceros una vez aprobada por el Ente Regulador. Por su parte el inc. 3.3.7 establece la obligación del concesionario de Publicar y difundir la información particular del servicio de base periódica o no periódica que establezcan las normas aplicables y el Ente Regulador.

3.5 Implicancias asociadas:

El incumplimiento de la empresa de las obligaciones impuestas por el artículo 5 del C.C. relativas a crear el Registro de Bienes, el Registro de incumplimientos de servicio, el Registro de contrataciones, a la elaboración del informe inventario de bienes y evaluación de su estado y funcionamiento, el relevamiento de servicio y

⁹ “Epac S.R.L. c/Sec. de Comercio e Inversiones -disp. DPCI 582/97”, del 11/11/1997”, Expte. N° 18.339/2008 - “OSDE - Organización de Servicios Directos Empresarios SA c/DNCL -Disp. 376/08 (Expte. S01: 132.269/04)” - CNACAF - SALA II - 04/08/2009.

publicidad de información, configuran reticencia según lo establecido en el art. 4 del C.C.

El art. 4.1 que establece que *“...Será considerada reticencia a los fines de lo establecido en el punto 12.2.4.2.2. a) e inciso 13.3.7., todo incumplimiento de las obligaciones a cargo del concesionario contenidas en este capítulo”* A continuación el art 4.2 establece que *“El concesionario deberá cooperar con el Ente Regulador de forma tal de facilitar el cumplimiento de las funciones de este, según lo dispuesto en la Ley Nº 6044 y el Marco Regulatorio. En tal sentido, entre otras obligaciones el concesionario deberá...”* *“4.2.2. Preparar y presentar al Ente Regulador los informes, planes, estudios y demás requisitos previstos en este contrato, en los tiempos y formas contempladas para cada uno de ellos...”*, *“4.2.6 Informar al Ente Regulador si tomare conocimiento de hechos o circunstancias que faciliten el cumplimiento de las funciones de éste...”*, *“4.2.7. Cooperar con el Ente Regulador en toda investigación que éste lleve a cabo para verificar incumplimientos contractuales...”*

Este encuadramiento habilita a su vez la causal de rescisión contenida en el artículo 13.3.7. del C. C. producida por reticencia u ocultamiento reiterado de información al Ente Regulador.

Con respecto a la reticencia conviene resaltar aquí lo ocurrido con la Evaluación de Riesgo Técnico respecto de la cual ha habido también ocultamiento de estudios al ente regulador.

El ocultamiento referido surge claramente del Acta de Reunión llevada a cabo en dependencias de OSM SA el día 26/11/2009¹⁰ en ocasión de la exposición del Gerente de Ingeniería al Ministro de Infraestructura y de cuyo texto surge lo siguiente: *“Durante la exposición ...se expresan algunos riesgos de gravedad y serias deficiencias de infraestructura con evaluación de alternativas de solución...Tras la exposición el Ministro interroga desde cuando se realiza tal tipo de evaluación en la empresa OSM S.A., contestando el Ing Cardone que desde el año 2002 cuando asumió como Gerente de Ingeniería, con presentaciones sintéticas periódicas al Directorio de la empresa preguntado sobre si conocía si se habían*

¹⁰ Acta incorporada por el Área Técnico Operativa como anexo I del AG TOP3 N2 01

realizado presentaciones oficiales al Ente Regulador dijo que no conocía sobre tales presentaciones”.

Reforzando la importancia que tiene para la prestación del servicio público, las obligaciones referidas nuestro Superior Tribunal ha sostenido que como prestataria de un servicio público, la concesionaria debe actuar “...con plena conciencia del objeto social al que está directamente vinculada, es decir una finalidad pública, aún cuando es una empresa privada, lo que implica que su dirección y funcionamiento interno debe ofrecer a la sociedad una transparencia y claridad en su accionar que no se le exige a cualquier otra empresa privada. Por ello también la motivación de su actuación no puede ser exclusivamente de lucro sino la satisfacción de las necesidades sociales. Es por estos conceptos que debe afirmarse que OSM S.A. como concesionaria del servicio público de agua, tiene el deber de colaborar en toda investigación para verificar incumplimientos contractuales, facilitando al EPAS el ejercicio del poder de policía que ostenta...” (LS 392-158).

Tales incumplimientos relativos a la creación de registros obligatorios y elaboración de informes obligatorios, configuran también incumplimientos de SAUR INTERNATIONAL a sus obligaciones contenidas en el contrato de operación y asistencia técnica celebrado con OSM. Ese comportamiento contradice las disposiciones contenidas en el art. 7.3 que dice “El Operador Técnico estará obligado a cumplir con las prestaciones asumidas en este contrato con la mayor diligencia, afectando los recursos materiales, técnicos y humanos adecuados y de conformidad con la legislación de la Republica Argentina y con las normas internacionales y reglas del arte que rigen la materia.

Es también obligación del operador técnico asesorar a OSM S.A. sobre la elaboración de informes y estudios especiales según lo establecido en el art. 2.4 del C.O.T. “Registros e informes” que establece: “2.4.3 *Informes y estudios especiales: El operador Técnico asesorará a OSM sobre sistemas, métodos y técnicas para la recopilación de informes y estudios de conformidad a los arts. 5.4 y 5.6 del contrato de Concesión. Esto incluirá los siguientes informes...2.4.3.5. Inventario de bienes y Evaluación de su estado y funcionamiento, 2.4.3.6 Relevamiento del Servicio*”.

La importancia que tiene el operador Técnico en este tema surge también de los considerandos del contrato de operación referido donde se considera *“...imprescindible para OSM contar con la colaboración y asistencia del operador Técnico con el objeto de lograr el eficaz cumplimiento del Contrato de Concesión y teniendo en cuenta que OSM...procura alcanzar un gerenciamiento del nivel habitual en las empresas a cargo de ... servicios más avanzados, para poder dar solución a los problemas técnicos, administrativos y de organización que actualmente enfrenta o podrá enfrentar”*

La falta de cumplimiento de las obligaciones que venimos reseñando no solo *tiene implicancias formales sino también operativas. Estas últimas* han sido informadas por el Área Técnica Operativa extensamente al referirse a *“Deficiencias muy graves en el conocimiento de los bienes afectados al servicio con inexistencia de registros formales de estado de instalaciones y equipamientos...”*. Además *“el Registro de Activos suministrado tampoco permite identificar que ocurrió con piezas de importancia operativa que están erradicadas del servicio activo...”*.

Ejemplifican la situación refiriéndose a un camión completamente equipado para la ejecución de perforaciones para agua subterránea que se utilizaba al tiempo de la transferencia del servicio y del cual no se tiene ninguna referencia sobre si esta operable, si se usa, o sobre el destino que ha tenido. Destacan que lo mismo ocurre con los equipos de monitoreo desmantelados.¹¹

Tales deficiencias han sido asumidas por la propia Gerencia de Administración y Finanzas que también reconoció que no obstante los pedidos formulados a la Gerencia General, las solicitudes tendientes a mejorar la situación nunca fueron aprobadas.

Finalmente el comportamiento de la concesionaria ha configurado variados incumplimientos contractuales, lo que habilita la rescisión por la aplicación del Art.

¹¹ Ver Informe Área Técnica Operativa

13.3.1. del Contrato de Concesión por el incumplimientos grave de disposiciones legales, contractuales o reglamentarias aplicables al servicio.

4 SANCIONES Y PROCESOS JUDICIALES

4.1 Documentos de referencia

AG- JIN 5 N101- AG- JIN 6 N101 al N106; AG- JIN 6 N201

4.2 Descripción

Abarca el relevamiento de las sanciones aplicadas a OSM SA, desde los organismos públicos provinciales, municipales y nacionales; incluyendo entre éstas las aplicadas por el EPAS. En particular, la graduación de las sanciones previstas en el Contrato de Concesión se refieren a la gravedad y la reiteración de la infracción, las dificultades o perjuicios que la infracción ocasione al Servicio prestado, a los Usuarios y a los terceros, el grado de afectación del interés público, el grado de negligencia, culpa o dolo incurrido, y la diligencia puesta de manifiesto para subsanar los efectos del acto u omisión imputados. En general, se consideran consecuencias graves aquellas que, por su naturaleza y duración, comprometen la regularidad, continuidad o calidad en la prestación del Servicio.

Abarca también los procesos judiciales en los que interviene o intervino OSM SA y sus contingencias derivadas, con efecto directo sobre el estado económico y financiero de la empresa, actual y futuro. Se evaluaron los procesos judiciales en curso en los que OSM SA reviste el carácter de parte. Se ha analizado la estructura y composición general de los juicios, tipo, circunstancias, inevitabilidad, curso actual e impacto societario divididas en las siguientes categorías: a) Las causas ordinarias contra particulares y/o usuarios: incluye los procesos civiles entablados por terceros no usuarios y laborales y b) las causas contencioso-administrativas en las que interviene el Estado, sea a través de sus órganos centralizados o descentralizados: involucra acciones contra el Gobierno de la Provincia de Mendoza, el Departamento General de Irrigación, el EPAS, los Municipios y la AFIP.

4.3. Normas de referencia

Artículos 13.6 y 8.1 del Contrato de Concesión.

4.4. Observaciones

4.4.1 Sanciones.

4.4.1.a) Sanciones y Observaciones del EPAS: *Número significativo de intervenciones del EPAS*

El EPAS ha emitido al menos 4654 instrucciones técnicas (2000- 2008) muchas de las cuales son observaciones a situaciones del servicio (IGA) o relativas a situaciones con usuarios (IGU-Instrucciones Gerencia del Usuario). Entre el año 2000 y 2008 se han emitido 3594 IGU y 1062 IGA. Entre las IGU el 13 % se refirieron a problemas de presión o falta de agua y un 5% a desbordes cloacales. Entre las IGA el 28% se refirió problemas de presión o falta de agua, el 7 % a cortes imprevistos y un 8 % a calidad de agua o desbordes cloacales.

El historial de sanciones aplicadas por el EPAS arroja un total de 223 infracciones por PESOS CUATRO MILLONES CIENTO SETENTA MIL (\$4.170.000), con algo más del 5% de éstas superando los PESOS CIEN MIL (\$ 100.000), correspondiente al nivel 4 de gravedad de cinco niveles, siendo el quinto el mayor; una de ellas por PESOS QUINIENTOS MIL (\$ 500.000), correspondiendo el nivel 5 de gravedad. Las causas más frecuentes son cortes imprevistos de agua (54 %) y falta de presión (30%). Entre las más graves se registran los incumplimientos de parámetros de vuelco de líquidos cloacales tratados (6%), calidad de agua suministrada (5%) y cortes imprevistos mayores de agua y cloaca.

4.4.1.b) Multas y sanciones impuestas por municipios: El análisis realizado en este punto se concentró solo en aquellas causas que no han derivado en procesos judiciales, ya que estas se han abordado en el punto "Procesos judiciales".

Del informe AG JIN 5 N 103 surge que las multas y sanciones propiamente dichas¹², han sido impuestas por violación de variadas normas municipales, por ejemplo por la realización de obras sin la correspondiente autorización municipal, sin la señalización correspondiente, por rotura de pavimento, etc.

Se comparte la conclusión del veedor auditor que en su informe AGJIN 5 N103 ha sostenido que las multas impuestas por los municipios informadas por la empresa se pueden agrupar de la siguiente manera: 1) Multa impuesta por la Municipalidad de San Rafael y 2) Multas impuestas por el Municipio de Luján de Cuyo.

1) En el caso de la multa impuesta por la Municipalidad de San Rafael por la suma de PESOS DOS MIL (\$2000), se cotejó la Resolución N° 159 A. L./02 dictada en virtud de la violación de la ordenanza N° 3029/85 y su reglamentaria resolución N° 16/86. La sanción es impuesta por no haber presentado la concesionaria la correspondiente documentación de la obra para su aprobación y por la falta de señalización de la misma.

2) Respecto del Municipio de Lujan las multas informadas por la concesionaria ascienden a la suma de PESOS QUINIENTOS NOVENTA Y UN MIL NOVECIENTOS DIEZ CON 05/100 (\$ 591.910,05). De la compulsa de los expedientes que han sido seleccionados aleatoriamente, surge lo siguiente:

2.1) Las actuaciones administrativas N° 8581 del año 2009 originarias en el Municipio de Lujan de Cuyo, contienen la indicación de las sumas debidas por la concesionaria, **por el periodo que va desde enero de 2009 hasta mayo de 2009.** Concretamente se informan: Multas por falta de balizamiento de obra, incorrecto corte de asfalto y falta de cartel de obra. Se incorporan **4 actas de constatación de infracciones** a las disposiciones de la ordenanza 36/70 Código de edificación Municipal, Art. IV 3.1.1.y V.2.3.3.;Multas por rotura de caño de agua, deterioro de asfalto, rotura de caño de cloacas -contaminación ambiental: Se incorporan **33 actas de constatación de infracción** a diversas ordenanzas vigentes; Multas por rotura de asfalto (con y sin aviso) por aplicación de la ordenanza 36/70 y 3555/04 (Código

¹² Por oposición a aquellos casos en que los municipios han reclamado por obligaciones de carácter tributario a cargo de la concesionaria, que además han derivado en procesos judiciales que como tales han sido analizados en el rubro "Procesos judiciales".

de Edificación Municipal) Art. V 2.2.2.3 y 2.3.4, Ord. 3555/04 y Ord. 1418/99: **Se agregan 43 actas** de constatación.

2.2) Similares incumplimientos reiterados surgen de los expedientes municipales N° 7620-2008, N° 6826-2007, N° 316/2008 y N° 4294/2007 donde se aplican distintas multas por infracción de la ordenanza N° 1651/00 (multas fuera de término) y rotura de asfalto (ordenanza N° 1487/99).

El análisis de tales causas permite concluir que ha existido una reiterada violación de ordenanzas municipales que imponen claras obligaciones a la concesionaria en materia de: aprobación de las obras, balizamiento o señalización, ambientales, rotura de pavimento, etc. Tal conducta encuadra en las disposiciones contenidas en el art. 13.3.1 del C.C. que habilita la rescisión del contrato por culpa del concesionario en virtud del incumplimiento reiterado de normas legales.

4.4.1.c Multa impuesta por el Departamento General de Irrigación: La multa que ha informado la concesionaria asciende a la suma de PESOS OCHENTA MIL (\$ 80.000). El acto administrativo que la impone se motiva en haber realizado la empresa un vertido no autorizado en los términos de la Resolución 778/96 del Honorable Tribunal Administrativo (también se ordenó la clausura del punto de vuelco), todo ello en el establecimiento potabilizador Potrerillos.

4.4.2. Procesos judiciales: *Hay un estado grave de litigiosidad y contingencias derivadas.*

La empresa concesionaria ha informado sobre diversos juicios con sentencia firme y otros en progreso, cuyas contingencias económicas actuales y eventuales han sido calculadas por personal de la empresa en una suma que superaría los PESOS CUARENTA MILLONES (\$ 40.000.000). Entre los que están en progreso al momento de desarrollarse esta auditoria se destaca un juicio contra la AFIP por impuestos mal liquidados por PESOS VEINTE MILLONES (\$ 20.000.000). Entre los que cuentan con sentencia firme se encuentran deudas por derechos municipales por permisos de paso aplicados a las redes, como por ejemplo con la Municipalidad de Capital por PESOS DOS MILLONES (\$ 2.000.000).

Durante el transcurso de la Fase B de esta auditoria se han dictado varias sentencias en distintos procesos en curso al momento de comenzar esta última. En el informe final de Fase B, la auditoria informó respecto de dos sentencias dictadas en primera instancia que en cuanto declaran la responsabilidad de la concesionaria, acreditan objetivamente la deficiente prestación del servicio en violación de varias disposiciones contractuales. Se trata de las sentencias recaídas en los autos N° 84.614 "SANTA TRINIDAD S.A. C/ OBRAS SANITARIAS MENDOZA, S.A. p/ D. Y P." y en los autos N° 2892 "DI MARÍA, ELENA Y OTS. C/ OBRAS SANITARIAS MENDOZA S.A. P/ DYP".

En esta etapa de la auditoria (Fase C) se propuso el análisis de las sentencias firmes, no solo en procesos en trámite al momento de iniciarse y desarrollarse esta última sino también de las dictadas en procesos ya concluidos para este momento. También el análisis de posibles acuerdos transaccionales.

Con ese objetivo se hicieron los requerimientos correspondientes y se mantuvieron entrevistas con personal de la GAL de la empresa concesionaria.

Se focalizó la atención en la búsqueda de aquellas causas iniciadas por usuarios por mala o deficiente prestación del servicio. Para ello se solicitaron: 1) La totalidad de las sentencias recaídas en los procesos de esta naturaleza, durante el tiempo que se ha extendido la auditoria; 2) Las sentencias recaídas en el mismo tipo de procesos terminados con anterioridad al comienzo de esta auditoria, por hechos posteriores al inicio de la concesión y 3) Los acuerdos transaccionales anteriores a esta auditoria, por hechos posteriores al inicio de la concesión.

1) Estas sentencias fueron ubicadas rápidamente en el listado actualizado provisto por la GAL cuya copia integra el presente informe¹³. Se trata de 5 sentencias, todas ellas en contra de la concesionaria donde se la declara responsable en forma exclusiva por el desborde de líquidos cloacales, derivado del mal funcionamiento y/o mal mantenimiento de los sistemas de desagües cloacales, configurando tales situaciones incumplimientos de obligaciones concretas impuestas por el contrato a la concesionaria (art. 3.2.2). Su detalle es el siguiente:

¹³ Como Anexo I.

AUTOS Nº 546 (TGA 1) "ALBARRACIN, MARIO PABLO Y OTS. C/ OBRAS SANITARIAS MENDOZA P/ DyP". En este proceso se condenó a OSM S. A. a responder por un desborde de líquidos cloacales fundándose en su carácter de dueño guardián de los sistemas de desagües cloacales por cuyo correcto funcionamiento debe velar la Concesionaria (conforme artículo 3.2.2. del C.C.).

Se sostuvo expresamente que "La responsabilidad deriva de la ineficiencia en sus funciones de supervisión de las instalaciones a fin de que no ocasionen daños a las cosas ajenas." La sentencia refiere también a la resolución dictada por el EPAS el día 16 de mayo de 2007 "Resolución instructor sumarial Nº 087/07 en los autos Reclamo Nº 11808/06 "Albarracín Mario Pablo p/ desborde cloacal", donde se determina que el desborde de los líquidos cloacales es de exclusiva responsabilidad de la demandada y que se deben única y exclusivamente al mal funcionamiento del colector.

AUTOS Nº 548 (TGA 1) "ARAMBURU, CESAR LUIS Y OTS. C/ OBRAS SANITARIAS MENDOZA P/ DyP". En este caso se condenó a O.S.M S.A. atribuyéndole responsabilidad por defecto del servicio, dando la razón al EPAS cuando ha sostenido la responsabilidad exclusiva de la concesionaria por el mal funcionamiento del servicio de red cloacal.

AUTOS Nº 38.592 (Décimo Juzgado Civil Comercial y Minas de la Primera Jurisdicción Judicial) "NAVES, GERMAN LUIS C/ OBRAS SANITARIAS MENDOZA S.A. P/ DyP". El tribunal condenó a OSM S.A. a responder por un desborde de líquidos cloacales en la red colectora argumentado la exclusiva responsabilidad del concesionario tanto por la limpieza como por el mantenimiento de los colectores de acuerdo a lo establecido en el C.C. y lo informado por el EPAS.

AUTOS Nº 100.329 (Vigésimo Cuarto Juzgado Civil, Comercial y Minas de la Primera Circunscripción Judicial) "ROZEN MIGUEL C/ OBRAS SANITARIAS MENDOZA S. A P/ DY P". El Tribunal condenó a O.S.M. S.A., responsabilizándola por los desbordes de líquidos cloacales producidos en el domicilio del actor, debidos exclusivamente al mal funcionamiento del colector que se encuentra bajo la responsabilidad de la empresa O.S.M. S.A.

AUTOS Nº 85.322 (Décimo Quinto Juzgado Civil, Comercial y Minas de la Primera Circunscripción Judicial) "OJEDA, GUSTAVO C/ OBRAS SANITARIAS P/ DY P". El Tribunal condenó a la empresa

por los desbordes de líquidos cloacales que se debieron única y exclusivamente al mal funcionamiento del colector, siendo este último de responsabilidad de la empresa O.S.M S.A.

2) La búsqueda sistemática de las sentencias firmes dictadas contra O.S.M S.A., en procesos terminados antes de que comenzara la presente auditoria por hechos posteriores a la concesión, resultó impedida, por la falta de registros o archivos donde se registrarán específicamente dichas sentencias. Solo se ha podido tener acceso a sentencias aisladas, de las que no se pueden inferir conclusiones con alcance general¹⁴.

3) La búsqueda sistemática de acuerdos transaccionales resultó impedida por la falta de registros o archivos donde se registrarán específicamente dichos acuerdos transaccionales. Solo se ha podido tener acceso a acuerdos aislados, de los que no se pueden inferir conclusiones con alcance general¹⁵. Solo se puede decir que existe

¹⁴ La metodología en este caso fue la búsqueda y selección aleatoria de la documentación obrante en la GAL y provista por ella. El resultado de la misma es el siguiente:

- Sentencia de fecha 2 de setiembre de 2008 recaída en autos N° 110.583 caratulados "MONTANARO MARINA C/ OBRAS SANITARIAS MENDOZA S.A. P/DyP". En ella se responsabiliza a la concesionaria por el desborde producido en un domicilio "debido a que la colector funcionó a sección llena sin ventilación..." El decisorio se basa en el informe recabado en esas actuaciones que sostuvo: "se ha comprobado que las colectoras sobrepasan su capacidad de conducción por ingreso de agua de origen pluvial, produciendo desbordes en el interior de domicilios, aun cuando los artefactos sanitarios se encuentran sobre nivel de acera" continuando "Mientras que el operador no realice los ajustes necesarios para evitar la incorporación de agua de lluvia en las colectoras, estos problemas seguirán repitiéndose en próxima precipitaciones pluviales de gran intensidad".

- Sentencia de fecha 16 de agosto de 2004 recaída en autos N° 144.084 "VARGAS, JOSE FELIZ C/ OSM S.A. P/ DYP". El actor reclama la suma de PESOS NOVENTA Y CUATRO MIL TRESCIENTOS NOVENTA Y NUEVE (\$94.399) por un accidente ocurrido en una zanja abierta por la empresa OSM S.A., donde el tribunal atribuyó en forma exclusiva la responsabilidad a la concesionaria dictando sentencia en su contra por la suma de PESOS NOVENTA Y UN MIL (\$91.000).

¹⁵ La metodología en este caso fue la búsqueda y selección aleatoria de la documentación obrante en la GAL y provista por ella. El resultado de la misma es el siguiente:

Convenio celebrado en autos N° 82.482 caratulados "MIGUEL LOMBARDO Y CIA CONSTRUCCIONES CIVILES S.R.L. C/ OSM S.A. P/ DYP". La demanda se interpuso por la suma de Pesos CUARENTA Y CINCO MIL (\$ 45.000) por los daños estructurales causados a un inmueble por las pérdidas de agua de viejas conexiones especiales. Esta demanda fue objeto de convenio transaccional por el total de la suma reclamada y los honorarios profesionales. Obra en la carpeta correspondiente (N° 142 DYP) el memorando que indica la conveniencia de la transacción atento a que en el pleito para esa fecha no se habían producido pruebas periciales "...que podrían influir desfavorablemente en el pleito contra OSM S.A. debido a los graves daños sufridos por la propiedad

un porcentaje de causas que no culminaron con el dictado de sentencias, sino con acuerdos transaccionales, donde hubo reconocimiento de la responsabilidad de la empresa por situaciones que implicaron incumplimientos de normas contractuales.

4.5. Implicancias asociadas

4.5.1. Sanciones

4.5.1.a) Sanciones del EPAS:

Las sanciones aplicadas previo al 31/12/04 quedaron saldadas por la compensación acordada mediante el Anexo I de la 1ª Carta de Entendimiento (art. 5.2 Anexo I a la Carta de Entendimiento del 5/10/2005; aprobada por Decreto 3016/05 y Ley 7491 de 2006). El monto compensado es por \$ 1.450.000 correspondiendo a un total de 148 sanciones.

Las sanciones impuestas con posterioridad a aquella fecha no han sido compensadas o abonadas. Corresponde así la aplicación del art. 12.2.4.2.1 que en su segundo párrafo establece que el no pago de las multas y sus intereses **“...será considerada una falta grave”**.

Tal comportamiento de la empresa configura un reiterado incumplimiento contractual que habilita la rescisión unilateral por aplicación de lo dispuesto en el artículo 13.3.1 del C.C. que se refiere al incumplimiento grave de disposiciones contractuales aplicables al servicio.

4.1.5. a. i) La resolución EPAS N° 093/00.

del actor a partir de refiltraciones de agua potable de conexiones especiales autorizadas por la empresa...”

Convenio celebrado en autos N° 147.483 caratulados “MARTINEZ, DAVID ALEJANDRO C/ OSM S.A. P/ DY P”. En ella se demanda por los daños sufridos como consecuencia de una zanja abierta por OSM. S.A. por la suma de Pesos TREINTA Y SEIS MIL TRESCIENTOS QUINCE (\$36.315). En el memo que se encuentra agregado a la carpeta respectiva (carpeta N° 150 DYP) aconseja la transacción por conveniente “...atento a no haberse producido aún pruebas periciales que podrían influir desfavorablemente en el pleito contra O.S.M. S.A. debido a la mecánica del siniestro, pruebas producidas a la fecha, con el correspondiente incremento de costos y de responsabilidad, seguido de su incidencia en el quebranto oportunamente informado...” El convenio se suscribe por la suma total de Pesos VEINTE MIL (\$20.000) y los honorarios profesionales por la suma de Pesos TRES MIL SEISCIENTOS (\$3.600).

Abordamos aquí los aspectos relativos a la resolución del EPAS N° 093/00, como correlato de lo manifestado por el veedor auditor en su informe de Fase A AG JIN 5 N 101 quien ha sostenido que su aplicación constituye un extremo crítico “cuyo impacto a la fecha no se ha logrado cuantificar”.

La resolución referida limita la tarifa que la concesionaria puede cobrar a usuarios no conectados al 38%. En su artículo 1º reglamenta “...como tarifa de aplicación para los inmuebles que se encuentran en Área Servida de agua potable y/o cloacas y no se encuentran conectados a dichos servicios el treinta y ocho por ciento (38%) de la tarifa plena correspondiente al inmueble involucrado”.

Dicha norma resulta manifestación del poder reglamentario del Ente Regulador y encuentra su fundamento en el Anexo II del C.C. que establece que “el Ente Regulador dictará toda reglamentación en materia tarifaria que considere necesaria a los efectos de la aplicación del presente Régimen Tarifario, con arreglo a las disposiciones de la ley N° 6044 y considerando las normas establecidas en el Contrato de Concesión”.

Esta norma fue objeto de sucesivos recursos administrativos que culminaron ante la Suprema Corte de Justicia de Mendoza, la que finalmente rechazó el planteo de la concesionaria por sentencia dictada en el año 2007, dando razón al EPAS y confirmando la resolución N° 093/2000.

La sentencia del máximo Tribunal Provincial recalcó como misión fundamental del Ente Regulador la de amparar los derechos de los usuarios al decir: *“La correcta hermenéutica de las normas analizadas me llevan a confirmar la interpretación realizada por el EPAS por ser la que resulta más acorde con la función de los organismos reguladores y de control de los servicios públicos, a quienes se los constituye no para asumir un papel de terceros imparciales prescindentes pues su primer y principal deber es amparar los derechos de los usuarios (LS 299-012). Esta afirmación se comparece con la expresa disposición contenida en el art. 42 de la Constitución Nacional que obliga a las autoridades públicas a velar por la tutela de los derechos de los usuarios.*

La protección de los usuarios, como fin esencial, no puede ser obviada por el ente de control ni por los jueces con motivo de posibles imperfecciones técnicas en la instrumentación legal de la tarifa como la que se verifica en autos...”

Continua afirmando que "Mas allá del necesario interés público del ente de reordenar la política de prestación del servicio de agua y cloaca, del lógico interés municipal de supervisar la efectiva prestación del servicio al barrio y a los contribuyentes, el verdadero sujeto interesado tanto en la calidad del servicio, como en su costo y eficiencia es el vecino propietario, y por el que tanto el prestador del servicio, como el ente regulador, y las municipalidades tienen que proteger y satisfacer. Debe procurarse la provisión del servicio en condiciones de calidad, eficiencia y precio acordes con las necesidades efectivamente satisfechas, siendo el E.P.A.S. el encargado de la regulación y control del servicio, sin perjuicio de su obligación de coordinar con los municipios, conforme lo dispuesto en los arts. 6 y 12 de la ley 6.044....." (LS 311-202);. "...la actora tuvo o debió tener pleno conocimiento de las disposiciones que sobre la materia tarifaria y los concretos alcances materiales de los derechos y obligaciones libremente asumidos, así como de su posible interpretación, en oportunidad de celebrar el contrato de concesión”.

El Tribunal citó también en esa oportunidad la doctrina fijada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación que establece que: "... La magnitud de los intereses en juego le impone actuar de modo tal de prever cualquier eventualidad que pudiese incidir negativamente en el resultado económico del contrato...." (art. 512 del C.C. y Fallos 300:273, 3224:4199) "... adoptando a ese efecto las diligencias apropiadas que exigirán las circunstancias de persona, tiempo y lugar y si la oferente incurrió en error en la interpretación de las cláusulas contractuales, éste provendrá de un acto propio que impide su invocación...." (art. 929 del C.C. y Fallo 303:323, 311:1181);"De lo contrario y de aceptarse la tesis de la actora se incorporarían, por vía del control judicial, modificaciones a las condiciones del contrato favorables a la adjudicataria y perjudiciales a los usuarios, sin que los demás oferentes hayan podido conocerlas y adecuar sus propuestas a ellas, todo lo cual podría haber incidido significativamente en un cambio de las ofertas presentadas”.

No obstante tal decisión judicial que se encuentra firme, la empresa no ha cumplido ni con la Resolución del Directorio del E.P.A.S N° 093/00 ni ha acatado el fallo del Superior Tribunal de la Provincia.

Tal actitud refleja una reticencia sistemática al cumplimiento de obligaciones contractuales y regulatorias, deliberadamente asumida y mantenida hasta la intervención de la empresa.

Denota en definitiva una clara falta de voluntad por parte del concesionario para prestar el servicio en las condiciones requeridas por la autoridad policial y, una falta de buena fe en la ejecución contractual, en contra de previsiones expresas de las normas aplicables y del contrato .

Tal incumplimiento es un incumplimiento grave no solo respecto de la resolución del EPAS, si no también respecto del Fallo del Superior Tribunal provincial, cuya decisión ha sido lisa y llanamente desatendida, y que habilita la aplicación del Art. 13.3.1 del C.C. que prevé la resolución del contrato, por culpa del concesionario en virtud de incumplimientos de normas legales y contractuales.

Con respecto a la cuantificación de las consecuencias derivadas de la efectiva aplicación de la resolución del EPAS N° 093/00y a las posibilidades concretas que tiene esta auditoria de llevarla a cabo, adelantamos que ello no será posible con los elementos con los que se cuenta.

En efecto los auditores del Área Técnica Operativa al analizar el conocimiento que la empresa tiene de las conexiones ha concluido que hay deficiencias GRAVES en el conocimiento de las instalaciones. Así, por ejemplo en las conexiones domiciliarias, esto se constata compulsando las respuestas de las Gerencias Comerciales y de Explotación y Obras respecto de las conexiones domiciliarias. Consultado la Gerencia Comercial por Requerimiento AG – SER 1 –AG SER 2 cuya contestación se transcribe:

“En tiempo y forma me dirijo a Ud. con motivo de dar cumplimiento al Requerimiento de Información AG – SER 1 –AG SER 2 Organización y cobertura del servicio de

Agua Potable y Cloaca, a continuación se detallan los puntos requeridos y su correspondiente respuesta:

a) Detalle anual para el periodo 1998 – 2009 del N° de conexiones domiciliarias de agua potable y cloaca discriminando por diámetro y localidad.

La Gerencia Comercial posee información estadística sobre la cantidad de cuentas que se facturan en cada período y NO de conexiones. Se puede inferir que una vivienda es igual a una conexión y esta es igual a una cuenta comercial, lo cual NO es aplicable a los inmuebles de Propiedad Horizontal donde existe una conexión por “Nº” de cuenta”.

Por otra parte La Gerencia de Explotación y Obras en contestación al requerimiento AG-TOP 2 – N° R01 ha expresado: “La información solicitada en el punto ocho (8) del requerimiento concierne a datos administrados por la Gerencia Comercial”.

En base a tales respuestas el Área Técnica Operativa ha concluido: “... la información de ambas gerencias respecto de las conexiones domiciliarias, deja claramente sentado el desconocimiento de información básica de las instalaciones que la Empresa debe operar y mantener. Además es notoria la descoordinación en el manejo de la información técnica de prestación de servicio entre sectores de la Empresa”.

En definitiva al no existir una diferenciación entre las conexiones y las cuentas no es posible establecer quienes son los usuarios no conectados y cuales los no conectados, y por ello no puede efectuarse la cuantificación que deriva de la aplicación efectiva de la resolución Epas N° 093/00.

Entendemos necesario aconsejar enfáticamente que se resuelva con la mayor celeridad posible todo lo relativo con la aplicación efectiva de la resolución E.P.A.S. 093/2000.

4.1.6. Sanciones impuestas por los municipios y por el Departamento General de Irrigación.

La concesionaria ha sido sancionada por parte de los municipios por el no cumplimiento de normas municipales que le imponen las obligaciones de solicitar la previa aprobación de las obras a realizar, el adecuado señalamiento de obras efectuadas en calles y espacios públicos sujetos a la jurisdicción municipal, entre otras. La cantidad de actuaciones administrativas informadas por la concesionaria vinculadas con este incumplimiento, muestran incumplimientos reiterados.

Por otro lado la empresa ha informado y se ha analizado, la sanción impuesta por el DGI la que se motiva en la violación por parte de la concesionaria de normativa trascendente tendiente a evitar la contaminación del recurso hídrico.

Entendemos que la conducta de la concesionaria refleja en este punto un reiterado incumplimiento de disposiciones legales, situación que habilita la aplicación del art. 13.3.1 del C.C., que prevé la resolución del contrato por culpa del concesionario, en virtud del incumplimiento reiterado de normas legales.

4.5.1. Procesos judiciales:

Los procesos judiciales por el **reclamo del pago de derechos de ocupación por utilización del espacio público y Derechos de Inspección y Habilitación de instalaciones o Derechos de Comercio seguidos por Municipios contra OSM SA**, son demostrativos no solo de una sistemática estrategia litigiosa, sino también de una conducta que vulnera las disposiciones contenidas en el artículo 8.1 del C.C. que prevé que *“El servicio que preste el Concesionario estará sujeto a la legislación tributaria nacional, provincial, municipal, o comunal vigente en cada momento siendo de su absoluta y exclusiva responsabilidad el conocimiento y pago de todos aquellos impuestos, tasas o contribuciones que gravan al sujeto al objeto de la prestación a su cargo”*.

En estos procesos resulta difícil estimar con certeza la deuda correspondiente a cada uno de los Municipios de la provincia. Lo que si puede sostenerse es que la estrategia litigiosa en relación a estos rubros, ha permitido diferir en el tiempo el pago de tasas cuya existencia es legítima, con el impacto económico correspondiente.

Teniendo en cuenta lo dificultoso que resulta efectuar estimaciones en este sentido consideramos prudente efectuar un cálculo que presente el mayor riesgo o impacto al que se encuentra expuesto el patrimonio de la empresa por los procesos ya iniciados, asumiendo a tal efecto como procedente el monto total de la demanda contra la concesionaria, en aquellos casos en los cuales el quebranto se haya establecido en O. Este resultado deberá compararse con el cálculo efectuado por la empresa en las planillas que se acompañaron al informe final de fase B. Tal comparación servirá para ilustrar en que medida podrá resultar mayor el riesgo al que se encuentra expuesto el patrimonio de la empresa comparado con el que su propio personal proyecta.

Respecto de la cuantificación del impacto económico de los procesos judiciales, debe tenerse en cuenta que:

1) En todos los procesos deben calcularse los intereses teniendo en cuenta el plenario de la SCJM (28/05/09) caratulado "AGUIRRE HUMBERTO POR SÍ Y POR SU HIJO MENOR EN J. 146.708/39.618 AGUIRRE HUMBERTO C/OSEP P/EJEC. SENTENCIA S/ INC. CAS", donde se resolvió la inconstitucionalidad de la Ley 7198 que establecía actualización de los intereses según Tasa Pasiva Banco de la Nación Argentina. Ello en la manera en que ha sido efectuado por la Gerencia de Asuntos Legales en planillas y cuadro de contingencia actualizados al 31/3/2010 que se adjuntaron como anexos al informe final del área de Fase B.

2) Para los procesos incoados por usuarios (vgr. D y P por desbordes de líquidos cloacales) debe incorporarse a la estimación económica la previsión de la ley 6856 vigente que permite al juez elevar hasta en 50 % el monto de la condena cuando la Empresa condenada hubiere en su defensa negado o declarado desconocer la mala calidad o la interrupción del servicio o falta de disposición de la obra (art. 5º ley 6856). También en este caso entendemos prudente efectuar un calculo incremental generalizado que ponga de resalto el mayor riesgo al que se encuentra expuesto el

patrimonio de la empresa que pueda ser comparado con los valores que surgen de las planillas actualizadas acompañadas al Informe Final de Fase B.

3) Por otro lado el veedor auditor ha advertido sobre un extremo “crítico”. Se trata de la sentencia dictada contra O.S.M. S. A. por la Suprema Corte de Justicia de la Provincia en la causa “Carrefour”, la que produce importantes efectos económicos y financieros para la Empresa, ya que tiene un impacto bimestral cuya previsión en el balance debería ser confirmada.

Del análisis de los **Procesos judiciales derivados del dictado de Resoluciones de naturaleza Regulatoria dictadas por el EPAS**, surge que las mismas fueron sistemáticamente recurridas.

Tal afirmación no surge sólo de la información aportada por el EPAS, a requerimiento de los auditores externos, donde se explicita la impugnación reiterada de las resoluciones del regulador sino también de las manifestaciones de personal de la empresa que han indicado que la directiva empresaria era, en todos los casos, la impugnación.

Tal actitud refleja una reticencia sistemática al cumplimiento de obligaciones contractuales y regulatorias, deliberadamente asumida y mantenida hasta la intervención de la empresa.

Denota en definitiva una clara falta de voluntad por parte del concesionario para prestar el servicio en las condiciones requeridas por la autoridad provincial y, una falta de buena fe en la ejecución contractual, en contra de previsiones expresas de las normas aplicables y del contrato .

5. EVALUACION DEL IMPACTO DE INCUMPLIMIENTOS Y OBSERVACIONES

5.1. Impacto Económico de los Incumplimientos de Normas y Regulaciones Societarias.

La situación de control accionario que se ha verificado en la empresa determina, conforme art. 54 LSC, la responsabilidad de sus controlantes de manera solidaria cuando hubieren ocasionado daño a la sociedad por su actuación dolosa o culposa, debiendo asumir la indemnización correspondiente.

De igual modo, cuando dichos controlantes hubieren aplicado los fondos o bienes de la sociedad a uso o negocio de cuenta propia de ellos, o de terceros, están obligados a traer las ganancias a la sociedad (en este caso OSM).

Los cambios en la composición accionaria, verificados y reconocidos por los accionistas controlantes violan el art. 2.11 del Contrato de Concesión, según el cual *“los cambios no autorizados en la conformación societaria del Concesionario en general y en particular del Operador Técnico de éste, de acuerdo a lo establecido en el Pliego de la licitación, habilitarán al Concedente a resolver el Contrato de Concesión por culpa del Concesionario”*, en tanto que conforme al artículo 3.2. del Pliego de Condiciones, *“la situación jurídico-económica de control tenida en cuenta para la Calificación según 3.2, no podrá modificarse durante toda la vigencia del Contrato de Concesión, salvo autorización previa del Concedente”*. De lo expresado en el presente informe y la documentación sustentatoria del mismo surge de manera coincidente y concordante, que dichos cambios se han producido en las firmas controlantes de OSM.

Tales situaciones no generan per se un impacto económico demandable

Ha existido la violación concreta del art. 286 inc 2 LSC por parte del Síndico de OSM, contador Galluzo, en tanto tenía una concreta incompatibilidad para desempeñar tal cargo, al momento de ser designado, presentar declaración jurada y asumir el cargo. Tal situación debía ser solucionada tanto por el socio que lo designara, asamblea especial mediante, como así también por la sociedad toda, en cuanto legitimada pasiva ante una acción de remoción de dicho síndico (confrontar arts. 286 y 265 LSC). Nada de ello ocurrió en este caso.

Tal irregularidad se ha traducido en una falta de control, lo que en si mismo no produce daño, si no que en todo caso habilita o permite que se produzcan daños como consecuencia de las irregularidades cometidas por la falta de control.

Por otro lado la cuantificación de los daños por las irregularidades detectadas, cuando ha sido posible, ha sido realizada por el Área Económica- Financiera

El daño emergente derivado de la detección de la irregularidad cometida por el Contador Galluzo, esta dado por los mayores gastos que ha ocasionado a la empresa por ejemplo el tener que nombrar un nuevo síndico, efectuar trámites ante DPJ, contratar asesores especializados, etc.

5.2. Impacto económico de los Incumplimientos en la Organización de la Operación Técnica

Los incumplimientos detectados en esta área, constituyen incumplimientos que junto a otros, habilitan al Poder Concedente a rescindir el contrato por culpa del Concesionario, de conformidad a lo previsto en el art. 13.3.1 C.C.

Los incumplimientos en materia organizativa no solo deben ser valorados en ese contexto, si no también como vehículos necesarios para configurar situaciones de suma gravedad y consecuencias para la empresa cuyo impacto cuantificable, en cuanto ha sido posible, ha sido calculado por el Área Económica- Financiera.

Por ejemplo las “fuertes falencias organizativas en materia de contrataciones, las que guardan relación con la falta de implementación del Registro de Contrataciones tal como lo exige el Contrato de Concesión, también se relacionan con la existencia de graves irregularidades en el manejo de gastos confidenciales con impacto significativo en los resultados operativos de la empresa. Así el Área Económica Financiera ha informado que “No existe respaldo documental (contratos de prestación de servicios y/o contratos de mutuos con accionistas y/o sociedades relacionadas) que justifique las prestaciones y la razonabilidad sobre los pagos al Personal especialista de ADM y sobre los pagos por “Cuenta y Orden” de la compañía”.

Por otro lado el reiterado incumplimiento de la Empresa de las previsiones contenidas en el artículo 3.1 del C.C. respecto del sistema de gestión de calidad, ha generado un impacto cuantificable, que en cuanto ha sido posible, ha sido calculado por el Área de Servicio.

Una mención especial corresponde hacer aquí respecto de la garantía de cumplimiento del contrato. La garantía que constituyó la concesionaria y que indebidamente no depositó. Lo fue en virtud del art. 8 de la carta de entendimiento firmada entre OSM y el Poder Ejecutivo de la Provincia de Mendoza en el año 2007, como garantía provisoria con una vigencia de dos años y por un monto de PESOS TRES MILLONES (\$3.000.000). Esta garantía se constituyó, como se dijo, por dos años y se encuentra vencida, no se conoce que la misma haya sido prorrogada o que se haya propuesto algún sustituto para ella. Por lo tanto el estado concedente no cuenta hoy con instrumento que documente la garantía de cumplimiento del contrato.

Ello no implica que vencido ese plazo de vigencia provisoria del instrumento, haya cesado la obligación de abonar la multa que la garantía cubre. Por el contrario resulta aplicable la normativa que surge del Capítulo 10 del contrato de concesión "Régimen de garantías y seguros", especialmente los arts.10.1.y sigs.

El art.10.1.1 del C.C. establece que "La garantía a favor de la provincia de Mendoza debe ser firme, irrevocable, incondicionada y ejecutable total o parcialmente a mero requerimiento del concedente. La vigencia de la garantía deberá ser como mínimo anual y por un monto equivalente a DOLARES ESTADOUNIDENSES DIEZ Y OCHO MILLONES (U\$S 18.000.000) a la fecha de la firma de este contrato. El monto referido deberá ser reajustado quinquenalmente a fin de mantener su valor inicial frente a la infracción interna de los Estados Unidos, según el índice que establezca el Ente Regulador. Toda modificación o sustitución de la garantía del contrato, así como todo lo relativo a su liberación o ejecución, deberá realizarse de conformidad con las disposiciones de este capítulo. Treinta (30) días antes de su vencimiento, el concesionario deberá renovar la garantía o presentar una nueva, en los términos previstos en el art. 10.1.El incumplimiento a lo dispuesto precedentemente habilita al

concedente a proceder a la rescisión del contrato por culpa del concesionario, según lo dispuesto en el art. 13.3...”.

Por su parte el art. 10.1.6 dice que la garantía cubrirá y así deberá expresarlo, todas las obligaciones a cargo del concesionario derivadas de este contrato. En especial, sin que esta enumeración tenga carácter limitativo, la garantía del contrato comprenderá el cumplimiento de las siguientes obligaciones: a) Indemnizaciones debidas al concedente, al Ente Regulador o a la Provincia de Mendoza por los daños causados por incumplimientos del concesionario, b) todas las obligaciones tributarias, previsionales y de seguridad social debidas por el concesionario a organismos o entes estatales, c) Todas las obligaciones derivadas de créditos internacionales que constituyan pasivos financieros de O.S.M. S.A. y cuenten con el aval del estado provincial, d) La multa por rescisión del contrato por culpa del concesionario. La multa debida por tal concepto comprenderá la totalidad de la garantía, sin que ello signifique una limitación para la indemnización de los perjuicios causados por la rescisión culpable, según lo previsto en el Inc. 13.8.2.;e) La multa por rescate parcial de las acciones clase C por culpa del Operador técnico. La multa por tal concepto comprenderá la totalidad de la garantía sin que ello signifique una limitación para la indemnización de los perjuicios causados por la rescisión culpable según lo previsto en el Inc. 13.8.4.2., f) La multas establecidas en el punto 12.2.4.2, g) El costo de mantenimiento y renovación de los seguros exigidos por el contrato, h) Compensaciones pecuniarias debidas al concedente por cualquier causa, i) la negativa por parte del Operador Técnico del periodo de concesión vencido a vender las acciones clase C al operador Técnico adjudicatario del nuevo periodo de Concesión”

La carta de entendimiento suscripta el 17 de mayo de 2007 modificó el monto y la forma de constitución de la garantía. En la cláusula 8 “Garantía” el monto fue pesificado a PESOS DIESIOCHO MILLONES (\$18.000.000), por aplicación de la ley Nº 25561 y Decreto Nacional 214/2002, estableciendo además que podría constituirse con la forma de póliza de seguro de caución. Se estableció una garantía provisoria y excepcional por PESOS TRES MILLONES (\$3.000.000), que tendría una duración de dos años a partir de que se formalizara la aprobación legislativa de

la carta de entendimiento. Finalmente dispone que vencido dicho plazo, el concesionario deberá constituir la garantía en forma integral por cualquiera de los métodos previstos en el contrato de concesión, incluido el seguro de caución.

Lo cierto es que el contrato de concesión ha tarifado una multa, independientemente de los daños y perjuicios que se pudieran reclamar, que asciende a DIESIOCHO MILLONES DE PESOS (\$ 18.000.000)¹⁶ y cuyo pago procede en supuesto de rescisión del contrato por culpa del concesionario. La multa comprende el monto total de la garantía, sin que ello signifique una limitación para la indemnización de los perjuicios causados por la rescisión culpable, según lo previsto en el Inc. 13.8.2.

5.3. Impacto económico de los Incumplimientos de Registros e Informes Obligatorios del Servicio y de la Publicación de la Información.

Tales incumplimientos tienen consecuencias operativas, cuyo impacto económico, en cuanto ha sido posible, ha sido cuantificado por el Área Técnica Operativa.

Los incumplimientos en que ha incurrido el operador en virtud del contrato de operación, deben ser evaluados en el marco de ese contrato, como incumplimientos distintos de los incumplimientos de la concesionaria.

5.4. Impacto económico de las Sanciones y procesos judiciales

5.4.1. Sanciones del EPAS:

Las sanciones aplicadas luego del 31/12/04 no han sido ni compensadas ni pagadas, contradiciendo esta actitud lo previsto en el art. 12.2.4.2.1.

¹⁶ El calculo cambiaria considerablemente si se considerara el monto previsto originalmente en el contrato, como si lo acordado por la Carta de Entendimiento no se hubiera ejecutado o no hubiera existido. Ascendería a la suma aproximada de PESOS SETENTA MILLONES (\$ 70.000.000), actualizados.

Generan un impacto cuantificable según lo informado por la empresa que asciende a la suma de **PESOS DOS MILLONES DOSCIENTOS SETENTA Y UN MIL (\$ 2.271.000)** ¹⁷

5.4.1.2 Sanciones impuestas por los municipios y el Departamento General de Irrigación.

Sobre la base de lo informado por la empresa y de la revisión del impacto económico calculado por el Área Económica¹⁸, el monto estimado asciende a la suma de **PESOS SEIS MILLONES CIENTO NOVENTA Y NUEVE MIL NOVECIENTOS CUARENTA CON 40/100. (\$ 6.199.940,40)**

5.4.2. Procesos Judiciales:

Sobre la base de lo informado por la empresa y de la revisión del impacto económico calculado por el Área Económica financiera¹⁹, el monto estimado asciende a la suma de **PESOS SESENTA Y CUATRO MILLONES TRESCIENTOS TREINTA MIL CIENTO SETENTA Y TRES. (\$ 64.330.173).**

5.5 Impactos económicos atribuibles a la rescisión contractual

La rescisión del contrato genera un impacto económico determinado directamente por esas las consecuencias de tal decisión, tales como la caída de facturación, gastos emergentes de la constitución de nueva Sociedad, honorarios de especialistas, discontinuación de contratos, reconstitución de sistemas, etc.

6. CONCLUSIONES

De lo expuesto surge, que el impacto económico cuantificable emergente de las observaciones realizadas es el siguiente: 1) Por no existir garantía de cumplimiento

¹⁷ Según planilla que forma parte del presente informe como Anexo II, que fuera la que acompañara la empresa como respuesta al requerimiento de información identificado con el N° R01 AG JIN5.

¹⁸ Ver AG ECO 4 N3 01 ESTADO GENERAL ECONÓMICO-FINANCIERO Y SU EVOLUCIÓN.

¹⁹ Ver AG ECO 4 N3 01 ESTADO GENERAL ECONÓMICO-FINANCIERO Y SU EVOLUCIÓN.

de contrato, lo que impide, la ejecución de su monto total con el objeto que prevé el Inc. d), del art. 10.1.6 del C.C. es decir en concepto de multa por rescisión del contrato por culpa del concesionario. Atento a que la multa comprenderá la totalidad de la garantía, sin que ello signifique una limitación para la indemnización de los perjuicios causados por la rescisión culpable, según lo previsto en el Inc. 13.8.2., el monto asciende a la suma de PESOS DIESIOCHO MILLONES (\$ 18.000.000). 2) SANCIONES del EPAS cuyo monto total asciende a la suma de PESOS DOS MILLONES DOSCIENTOS SETENTA Y UN MIL (\$ 2.271.000), 3) SANCIONES DE MUNICIPIOS Y DEPARTAMENTO GENERAL DE IRRIGACION cuyo monto total asciende a la suma total de PESOS SEIS MILLONES CIENTO NOVENTA Y NUEVE MIL NOVECIENTOS CUARENTA CON 40/100. (\$ 6.199.940,40), 4) CONTINGENCIAS POR PROCESOS JUDICIALES por un monto total de PESOS SESENTA Y CUATRO MILLONES TRESCIENTOS TREINTA MIL CIENTO SETENTA Y TRES. (\$ 64.330.173)

A estos daños cuantificables cabe agregar otros daños emergentes, que no pueden ser cuantificados, tales como: a) Los derivados de la rescisión del contrato en cuanto esta genera un impacto económico directos, por ejemplo la caída de facturación, los gastos emergentes de la constitución de una nueva Sociedad, honorarios de especialistas, discontinuación de contratos, reconstitución de sistemas, etc.; b) Los derivados de la no aplicación de la resolución EPAS 093/00, que limita la tarifa que la concesionaria puede cobrar a usuarios no conectados al 38% de la tarifa plena correspondiente al inmueble involucrado; c) A nivel societario los daños que se podrían haber producido como consecuencia de las irregularidades cometidas por la falta de control y el daño emergente derivado de la detección de la irregularidad cometida por el Contador Galluzo, derivada de los mayores gastos que ha ocasionado a la empresa por ejemplo el tener que nombrar un nuevo síndico, efectuar trámites ante DPJ, contratar asesores especializados, etc.