

## Índice

“EL SERVICIO DE AGUA POTABLE Y SANEAMIENTO EN MENDOZA: ORGANIZACIÓN

JURIDICA Y ADMINISTRATIVA DE SU PRESTACIÓN Y CONTROL” *¡Error! Marcador no definido.*

<b>INTRODUCCIÓN</b> .....	<b>3</b>
<b>PARTE I: ANTECEDENTES DEL SERVICIO</b> .....	<b>4</b>
<b>COMO SE CLASIFICAN LOS SERVICIOS PUBLICOS</b> .....	<b>5</b>
<i>Razón jurídica</i> .....	<b>7</b>
<i>Razón política</i> .....	<b>7</b>
<b>ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y PRESTACIONES PÚBLICAS</b> .....	<b>8</b>
<i>Caracteres</i> .....	<b>9</b>
<b>ANTECEDENTES DEL SERVICIO EN LA REPUBLICA ARGENTINA</b> .....	<b>12</b>
<i>Los comienzos de Obras Sanitarias en la provincia de Mendoza</i> .....	<b>13</b>
<i>El retiro del grupo francés Saur International</i> .....	<b>15</b>
<b>PARTE II: OBRAS SANITARIAS MENDOZA COMO SOCIEDAD DE ESTADO Y LUEGO COMO SOCIEDAD ANÓNIMA</b> .....	<b>16</b>
¿QUÉ SON LAS SOCIEDADES DE ESTADO?.....	<b>16</b>
CARACTERES DE LAS SOCIEDADES DE ESTADO .....	<b>17</b>
RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS SOCIEDADES DEL ESTADO .....	<b>17</b>
<i>Patrimonio de las S.E.</i> .....	<b>20</b>
<i>Personal de las S.E.</i> .....	<b>20</b>
<i>Control de las S. E.</i> .....	<b>20</b>
CONSIDERACIONES.....	<b>21</b>
<b>I- ASPECTOS FUNDAMENTALES DEL SISTEMA LEGAL DE LOS RECURSOS HÍDRICOS, REFERIDOS A LA LEY 6044</b> .....	<b>23</b>
<b>II- ROL DEL DGI EN LA GESTIÓN DEL AGUA</b> .....	<b>25</b>
<b>III- BREVE REPASO HISTÓRICO DE OSN</b> .....	<b>26</b>
<b>IV- CONFORMACIÓN DE OSM SE</b> .....	<b>28</b>
<i>Las Privatizaciones en América Latina</i> .....	<b>30</b>
<b>V- PRIVATIZACIÓN DE OSM</b> .....	<b>36</b>
<b>VI- CARACTERÍSTICAS DE LOS MODELOS DE GESTIÓN DE OSM A LO LARGO DE LA HISTORIA</b> .....	<b>39</b>
<b>PRIMER MODELO</b> .....	<b>39</b>
<i>Modelo Actual</i> .....	<b>40</b>
<b>PARTE III: CREACIÓN Y FUNCIONAMIENTO DEL ENTE REGULADOR</b> .....	<b>41</b>
<b>ENTE PROVINCIAL DEL AGUA Y DE SANEAMIENTO</b> .....	<b>41</b>
<b>PARTE IV: LA INTERVENCIÓN DE LA EMPRESA, CAUSAS, FORMAS ACTUALES DE GESTIÓN DEL SERVICIO</b> .....	<b>45</b>

EL CONCEPTO Y CARACTERES DE INTERVENCIÓN .....	45
ANTECEDENTES DESENCADENANTE DE LA INTERVENCIÓN:.....	47
INTERVENCIÓN: LA GESTIÓN Y EL DESARROLLO DE LA MISMA .....	50
<i>Paso previo a la intervención: Auditoría General de OSM S.A.</i> .....	50
<i>La intervención de OSM S.A.</i> .....	53
<i>Propiedades del servicio de agua potable</i> .....	58
LA RESCISIÓN DE CONTRATO DE CONCESIÓN A TRAVÉS DEL DECRETO 1541/10.....	62
<i>Prorroga legislativa de la intervención:</i> .....	64
RESOLUCIÓN DE DIRECTORIO EPAS N° 064-2010.....	64
LA RESCISIÓN DE CONTRATO DE CONCESIÓN .....	<b>¡ERROR! MARCADOR NO DEFINIDO.</b>
FORMAS ACTUALES DE GESTIÓN DEL SERVICIO DE AGUA POTABLE .....	74
<i>La creación de ASM (agua y saneamiento de Mendoza)</i> .....	74
<b>CONCLUSIÓN</b> .....	<b>78</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA</b> .....	<b>80</b>

**“EL SERVICIO DE AGUA POTABLE Y SANEAMIENTO EN MENDOZA:  
ORGANIZACIÓN JURIDICA Y ADMINISTRATIVA DE SU PRESTACIÓN Y  
CONTROL”**

**Introducción**

Frente a la situación generalizada en la que se encontraba la prestación del servicio de agua potable y saneamiento, de la provincia de Mendoza, debido a la insuficiencia, incumplimientos y la falta de inversión en el mismo, surgió el interés de indagar y ahondar en esta temática en la cual nos sentimos involucrados, por ser usuarios permanentes.

El propósito es enmarcar la temática abordada desde el tratamiento administrativo, jurídico y conceptual.

Tomamos como punto de partida el desarrollo histórico del Servicio de agua Potable y Saneamiento en Mendoza, el cual ha transcurrido diversas etapas desde ser un servicio suministrado por la Nación y luego por la provincia, para su posterior concesión a empresas privadas (con control del Estado), destacando los factores internos y externos.

Distintas circunstancias confluyeron en el proceso de intervención, manifestado desde mediados del año 2009 y finales del año 2010, Terminando con la rescisión del contrato de concesión y la creación de Agua y Saneamiento de Mendoza Sociedad Anónima administrada mayoritariamente por el poder ejecutivo provincial.

Durante la investigación se presta atención a las obligaciones y facultades que le concierne al ente regulador, en este caso EPAS, como el principal organismo responsable de mantener control sobre el prestador.

## **Parte I: Antecedentes del servicio**

### ***AGUA COMO UN SERVICIO PÚBLICO: ¿Qué es un Servicio Público?***

Se puede observar que el concepto de Servicio Público a lo largo de la historia ha tenido interpretaciones diferentes, algunas como:

Villegas Basavilvaso define el Servicio Público como “como toda actividad directa e indirecta de la Administración Pública, cuyo objeto es la satisfacción de las necesidades colectivas por un procedimiento de derecho público”. (Villegas Basavilvaso, Benjamin, Derecho Administrativo, T. II; Buenos Aires, 1950)

Diez restringe la noción de Servicio Público diciendo que es “la prestación que efectúa la Administración en forma directa o indirecta para satisfacer una necesidad de interés general”. (Diez, Manuel María, Manual de Derecho Administrativo, Plus Ultra, Buenos Aires, 1980)

Dromi entiende que Servicio Público “es un medio para un fin próximo o para un fin mediato (el bien común), que se traduce en actividades públicas, con forma de obra, función o prestación de interés público y con un régimen jurídico de derecho administrativo común a todo el quehacer de la función administrativa”. (Dromi, Roberto, Reforma del Estado y Privatizaciones, Astrea, Buenos Aires, 1991)

Un Servicio Público son “...las prestaciones que cubren necesidades públicas o de interés comunitario, que explicitan las funciones-fines del Estado, de ejecución per se o por terceros, mediando concesión, licencia, permiso, autorización o habilitación, pero siempre bajo fiscalización estatal...” (Dromi Roberto, 1998, cap.3)

Sarmiento García propone una definición descriptiva del Servicio Público, entendiendo por tal “la actividad administrativa desarrollada por entidades estatales o por delegación, que tiene por finalidad satisfacer necesidades individuales de importancia colectiva, mediante prestaciones materiales en especie, periódicas y sistemáticas que constituyen el objeto esencial de una concreta relación jurídica con el administrado asegurada por normas y principios que tienden a dar prerrogativas de derecho público a quien la cumple para permitirle la mejor satisfacción de las necesidades colectivas”. (Sarmiento García, Temas de introducción de derecho Publico, Universidad Nacional de Cuyo, Facultad de Ciencias Económicas, Mendoza 1996)

La Constitución (Art. 42), al imponer a las autoridades el deber de proveer al control de la calidad y eficiencia de los servicios públicos, está reconociendo el derecho de los usuarios a un nivel de prestación adecuado, al mejoramiento de las condiciones de vida.

“...En el servicio público, perviven dos ideas, la idea de "servicio" que consiste en la actividad de prestación asumida directamente por la Administración o indirectamente, por un particular o una organización destinada a aportar alguna utilidad general, pública o colectiva; y la idea de lo "público" que implica la gestión en nombre de la colectividad, en principio por parte del Estado, sin que ello excluya la posibilidad de gestión, a través de los particulares. (León Duguit, 2002)

Los servicios públicos son “...órganos administrativos encargados de satisfacer necesidades colectivas, de manera regular y continua. Les corresponde generalmente aplicar las políticas, planes y programas que apruebe el Presidente de la República a través de los respectivos Ministerios de Estado...” (León Duguit, 2002).

Entonces podemos definir al Servicio Público como: “una actividad administrativa desarrollada por entidades estatales o por entes designados por el Estado, idóneos para llevar a cabo la prestación del servicio bajo la fiscalización estatal, con la finalidad de satisfacer necesidades individuales de importancia colectiva”.

### ***COMO SE CLASIFICAN LOS SERVICIOS PUBLICOS***

Existen diferentes tipos de criterios para clasificar los servicios públicos:

❖ Esenciales y no esenciales; los primeros son aquellos que de no prestarse pondrían en peligro la existencia misma del Estado: policía, educación, sanidad. Los no esenciales; a pesar de satisfacer necesidades de interés general, su existencia o no prestación no pondrían en peligro la existencia del Estado; se identifican por exclusión de los esenciales.

❖ Permanentes y esporádicos; los primeros son los prestados de manera regular y continua para la satisfacción de necesidades de interés general. Los esporádicos; su funcionamiento o prestación son de carácter eventual o circunstancial para satisfacer una necesidad colectiva transitoria.

❖ Por el origen del órgano del Poder Público o Ente de la Administración que los presta; Nacionales, Estadales, Distritales, Municipales y concurrentes si son prestados por cada una de las personas jurídicas territoriales: nacionales por la República u otros órganos

del Poder Nacional; los Estadales son los prestados por cada uno de los Estados que integran la Federación venezolana, particularmente los señalados en la Constitución de la República o en la Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencia de Competencias del Poder Público citados precedentes y, los Municipales en conformidad con la Constitución de la República y Ley Orgánica del Poder Público Municipal. Hay servicios públicos de competencia concurrente; son aquellos en cuya prestación concurren distintos órganos de los niveles del Poder Público, bien sean nacionales, distritales, estadales o municipales y los hay que son prestados en forma exclusiva por órganos de la administración o por los particulares.

❖ Desde el punto de vista de la naturaleza de los servicios, se clasifican en servicios administrativos y servicios públicos industriales y comerciales; éstos últimos específicamente referidos a las actividades de comercio, bien sea de servicios para atender necesidades de interés general o los destinados con fines lucrativos y no a satisfacer necesidades colectivas.

❖ Servicios públicos como obligatorios y optativos. Los primeros los señalan como tales la Constitución y las leyes; y son indispensables para la vida del Estado. Los optativos, el orden jurídico los deja a la potestad discrecional de la autoridad administrativa competente.

❖ Por la forma de prestación de servicio: Directos y por concesionarios u otros medios legales. En los primeros, su prestación es asumida directamente por el Estado (nacionales, estadales, municipales, distritales, entes descentralizados). Por concesionarios: no los asume directamente el Estado; prestan a través de concesionarios.

Los diversos conceptos de servicio público podrían sistematizarse como:

Interpretación negativa;

Plantea la crisis y extinción de la noción de servicio público.

Interpretación positiva.

- Máxima, servicio público es toda actividad del Estado cuyo cumplimiento debe ser asegurado, regulado y controlado (esta interpretación fue receptada por nuestros constituyentes en el Art. 99, Inc. 18, Constitución Nacional);
- Media, servicio público es toda la actividad de la Administración Pública;

➤ Mínima, servicio público es una parte de la actividad administrativa.

"El servicio público... presentará los mismos caracteres jurídicos que exhibe la función pública. Estos se impondrán cuando más intensa, más general es la necesidad pública que los crea... por eso debe organizarse un régimen administrativo que responda a esa necesidad y la satisfaga en forma continua" (CSJN, Fallos, 224:706; 1/3/38)

### **Razón jurídica**

La conceptualización del servicio público, ha modificado su contenido de conformidad con el cambio que se produjo en la razón jurídica que justificó su concepción. La noción servicio público, como determinada especie de actividad realizada por la Administración, en una primera etapa sirvió de columna vertebral para la construcción del derecho administrativo clásico. La relación con el servicio público constituyó el eje y punto de partida para definir al derecho administrativo y a sus instrumentos, pues aquella idea justificaba "lo contencioso administrativo", "la naturaleza de los contratos administrativos", "el régimen jurídico del dominio público".

En una segunda etapa, se trató de conferirle un "régimen jurídico especial", distinto del régimen jurídico general de la actividad pública. Se buscó su tipificación en la tríada de elementos: "fin que cumple" (satisfacer una necesidad pública, colectiva, de interés público), "organización que lo presta" (Administración Pública activa, directa o indirectamente) y "forma o régimen jurídico que lo regula" (manifestado en los caracteres de generalidad, uniformidad, regularidad, continuidad y obligatoriedad). Caracteres a los que se suman la calidad y la eficiencia por mandato constitucional.

### **Razón política.**

La noción de servicio público está íntimamente ligada a la razón de ser del Estado: la prosecución del bien común.

La evolución de su concepto está determinada por dos momentos históricos de la vida económica del Estado: el de la economía liberal y el de la economía social.

El servicio público en el Estado liberal del siglo XIX resultaba extraño a la concepción política y jurídica que regía, pues ella era ajena a los intereses colectivos de la sociedad. Por

lo tanto, se dejó en manos de los particulares la satisfacción de esos intereses y necesidades, limitándose el Estado a una función meramente orientadora y de policía.

Los profundos cambios sociales y económicos posteriores llevaron a una progresiva y necesaria intervención estatal, no sólo ya reglamentando la prestación de los servicios, sino asumiendo directamente su gestión y ejecución. Esta situación se revierte, en nuestro país a partir del proceso de privatización que se inicia con la Ley de Reforma del Estado 23.696 (LRE), que transforma la prestación de los servicios públicos.

Actualmente nuestro Estado no monopoliza la prestación de los servicios públicos. Estos pueden ser gestionados por otros sujetos, privados o públicos no estatales, como cooperativas, consorcios o administraciones concesionarias (PTN, Dictámenes, 112:177), pero siempre bajo control estatal. Podrán prestarse en forma compartida, en co-gestión. También podrá prestarlos el Estado cuando no lo haga la comunidad o cuando razones de justicia social y bienestar determinen su necesaria intervención. En este caso podrá hacerlo a través de empresas federativas u otras modalidades como las empresas de prestación.

De esta manera se supera el concepto restringido respecto del sujeto prestador del servicio. Junto al Estado participan las iniciativas privada y social, lo que permite la revalorización del servicio público, como prestación de uso y utilidad común.

### ***ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y PRESTACIONES PÚBLICAS***

El Estado es y debe ser, necesariamente, el principal gestor del bien común, pero no el único. La organización administrativa está conformada por entes públicos estatales y no estatales. Por lo demás, los entes públicos no estatales y aún los entes privados reciben por autorización o delegación estatal competencias, atribuciones y prerrogativas de poder público, para constituirse en prioritarios gestores del quehacer público (Dromi Roberto, 1998, cap.3).

## **Caracteres**

El servicio público participa de las mismas características que toda la actividad administrativa y forma parte de ella.

### ➤ Continuidad

Debe prestarse toda vez que la necesidad que cubre se haga presente, es decir, que se efectúe oportunamente. Hay servicios que por la necesidad colectiva que satisfacen, no pueden ser interrumpidos, estamos en presencia de continuidad absoluta. También puede hablarse de continuidad relativa cuando el servicio no se presta ininterrumpidamente, sino en determinados momentos.

Para asegurar la concreción de la continuidad se han previsto: a) la reglamentación del derecho de huelga y la restricción del lock-out patronal, para impedir su paralización; b) la aplicación de la imprevisión para que en caso de dificultades económicas no se paralice el servicio; c) la prohibición de ejecución forzosa de los bienes afectados a un servicio público, pues el cambio de destino del bien puede paralizar la prestación del servicio; d) la ejecución directa por el Estado en caso de rescate de servicios concedidos, y e) en caso de quiebra del concesionario, la ley de quiebras prevé, en su Art. 189, lo atinente a la continuidad del servicio (ley 24.522).

La huelga y el paro patronal, que suspenden o paralizan la prestación del servicio, son considerados por la doctrina y la legislación lesivos del status jurídico del servicio público. Los derechos en un Estado de derecho no se ejercen de manera absoluta, sino "conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio" (Art. 14, CN). La continuidad del servicio público fija su status jurídico, aunque en muchos casos la norma o el derecho positivo no lo hayan establecido así. Por ello, podemos concluir que la huelga en el servicio público, si no prohibida, debe considerarse de manera restrictiva, estableciendo las normas expresamente, y por vía de excepción, su procedencia y alcance. Por encima de los derechos e intereses individuales tiene que primar el interés superior de la comunidad.

A fin de preservar las garantías mínimas de prestación de servicios indispensables serán considerados esenciales: a) los servicios sanitarios y hospitalarios; b) el transporte; c) la producción y distribución de agua potable, energía eléctrica, gas y otros combustibles; d) los servicios de telecomunicaciones; e) la educación primaria, secundaria, terciaria y universitaria; f) la administración de justicia, a requerimiento de la Corte Suprema de

Justicia de la Nación, y g) en general todos aquellos en los que la extensión, duración y oportunidad de la interrupción del servicio o actividad pudiera poner en peligro la salud, la libertad o la seguridad de toda la comunidad o de parte de ella.

➤ Regularidad

Debemos distinguir entre regularidad y continuidad. Regularidad significa que el servicio debe prestarse conforme a reglas preestablecidas o a determinadas normas; la continuidad significa que el servicio debe prestarse de manera interrumpida.

La regularidad habla del ritmo y equilibrio con que se presta el servicio, la continuidad hace referencia a la no paralización o suspensión.

Esta característica ha sido receptada por la Constitución que determina que la legislación establecerá los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional (Art. 42). En este sentido le corresponde al Estado establecer las normas y los parámetros de idoneidad necesarios para el logro de la excelencia en la prestación.

La Constitución, al imponer a las autoridades el deber de proveer al control de "la calidad y eficiencia de los servicios públicos" está reconociendo el derecho de los usuarios a un nivel de prestación adecuado, al mejoramiento de las condiciones de vida.

➤ Uniformidad

Significa la igualdad de trato en la prestación. La igualdad en la prestación de los servicios públicos es el derecho de exigir y recibir el servicio en igualdad o uniformidad de condiciones, sin discriminación, ni privilegios. Deriva del principio constitucional de igualdad ante la ley (Art. 16, CN). La igualdad de trato para los usuarios de un determinado servicio es regla general que no admite excepciones, cualquiera sea la naturaleza del servicio de que se trate. La Constitución indica expresamente que los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho "a condiciones de trato equitativo y digno" (Art. 42).

➤ Generalidad

Significa que el servicio puede ser exigido y usado por todos los habitantes, sin exclusión alguna. El servicio se establece para satisfacción de una necesidad general o colectiva. Se trata de prestaciones de interés comunitario.

En forma concordante y reconociendo que hace al interés público de tutela estatal garantizar la continuidad en la prestación de los servicios públicos, mejorar la expansión

del servicio universal permitiendo su acceso a los habitantes de poblaciones no servidas por su escasa rentabilidad, y prevenir conductas monopólicas que puedan desvirtuar el objetivo final de asegurar la libertad de elección de los consumidores, el Estado nacional instrumentó por medio del decreto 264/98 un período de transición hacia la competencia en materia de telecomunicaciones. El objetivo de este período es resguardar el derecho de los actuales y potenciales prestadores de este sector posibilitando el tránsito ordenado, efectivo y sin dilaciones al régimen de competencia abierta, de forma que sea posible para la autoridad regulatoria controlar el proceso de apertura, en resguardo del interés público.

➤ Obligatoriedad

Es inherente al servicio, por su propia naturaleza, la obligatoriedad de la prestación, que se corresponde con el derecho subjetivo del usuario de exigirla.

Por su parte, el usuario no está, en principio, obligado a usar el servicio, excepto en algunos casos en que por el fin que el Estado persigue, el servicio es el instrumento idóneo para alcanzar aquel fin; por ejemplo, la instrucción primaria, que tiende al fin de la educación; la provisión de agua potable y las conexiones cloacales, que persiguen objetivos de salubridad e higiene.

➤ Calidad y eficiencia

La Constitución precisa en el Art. 42 que los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno. En este mismo orden, dispone que las autoridades provean a la protección de esos derechos, a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales, a la calidad y eficiencia de los servicios públicos.

El objetivo de la Constitución es lograr una mejor calidad de vida, de modo que tales niveles de prestación son exigibles a todos los prestadores del servicio público (Estado, licenciataria, concesionario).

## ***ANTECEDENTES DEL SERVICIO EN LA REPUBLICA ARGENTINA***

En 1869 se comenzó con el saneamiento urbano en nuestro país mediante la habilitación de los primeros servicios de abastecimiento de agua potable y desagües en Buenos Aires, todo a cargo del Estado.

En 1943 se produjo la transformación jurídica de Obras Sanitarias de la Nación, creándose por decreto la Administración General de Obras Sanitarias de la Nación.

El 27 de abril de 1973 por Ley 20.324, se produjo la transformación jurídica de la Administración General de OSN que pasa a ser persona jurídica de carácter público, denominándose: Empresa Obras Sanitarias de la Nación, es decir pasó a ser una de las empresas del Estado Nacional.

En 1980 la situación tuvo un cambio fundamental. Comenzó un proceso de descentralización de los servicios y la responsabilidad de OSN fue delegada a los estados provinciales, salvo en la ciudad de Buenos Aires y en el conurbano bonaerense, que continuaron siendo atendidos por esta empresa. Así, cada provincia eligió su modelo de prestación; mientras algunas transfirieron la responsabilidad a sus municipios, otras optaron por recurrir a cooperativas. En ciertas jurisdicciones se constituyeron empresas públicas locales, en tanto que otros estados provinciales combinaron algunas de las variantes anteriormente descritas. La provincialización de los servicios de provisión de agua y desagües prestados hasta entonces por OSN, reservándose a ésta exclusivamente la competencia en el sistema unificado de Capital Federal y 14 distritos de Buenos Aires.

En abril de 1991 se formó Comisión Técnica de Privatización de Obras Sanitarias de la Nación, bajo dependencia directa de la Subsecretaria de Obras y Servicios Públicos, en su carácter de autoridad de aplicación. El 18 de abril de 1993 se celebró el Contrato de Concesión entre el Estado Nacional y Aguas Argentinas S.A., como resultado del llamado a Licitación Pública Internacional.

La concesión de los servicios se otorgó por el plazo de 30 años y operó a partir del 10 de mayo de 1993 al oferente Aguas Argentinas S.A., constituido por las firmas Lyonnaise des Eaux-Dumez, Sociedad Comercial del Plata SA, Sociedad General de Aguas de Barcelona SA, Meller SA, Banco de Galicia y Buenos Aires SA, Compagnie Generales de Eaux SA y Anglian Water Plc. (Eduardo de la Fuente y Fernando del Corro, 2009)

En la actualidad se están renegociando algunas concesiones y en otros casos, se ha revertido la situación, retornando la prestación del servicio a la esfera estatal.

### **Los comienzos de Obras Sanitarias en la provincia de Mendoza**

Durante el gobierno de Arturo Lafalla, ya en la segunda mitad de los '90, se entregó esta empresa de los mendocinos a South Water; Saur Internacional; Societa Italiana per il Gas per Azioni; Presidente S.A. y DALVIAN S.A. El grupo francés Saur Internacional quedó como operador técnico.

Estas empresas, "...además de quedarse con OSM a un precio irrisorio, pidieron préstamos, dejaron de pagar el canon de concesión y no cumplieron con el plan de obras. Estas cuentas las estamos pagando todos los mendocinos, a través de nuestros impuestos y las regalías provinciales, por ser la Provincia de Mendoza la garante..." (Eduardo De la Fuente y Fernando Del Corro, 2009).

La "transformación" de Obras Sanitarias Mendoza Sociedad del Estado arrancó en 1994 con la ley 6.044 y se completó con el marco regulatorio del decreto 911 de 1995.

El primer paso se dio recién en 1996 cuando quedó conformada Obras Sanitarias Mendoza Sociedad Anónima (OSM), con una participación accionaria del 90% para el Estado y del 10% para sus trabajadores, y ésta firmó con el Estado un contrato de concesión del servicio de agua potable y cloacas.

Una empresa en lo formal privada pero con el 90% de las acciones en manos del Estado, en 1998 se avanzó en la segunda etapa del proceso: vender el 70% de las acciones por 25 años para cederle a privados el manejo de la empresa. La mejor oferta (US\$ 132,78 millones) llegó del grupo integrado por Saur Internacional, Italgas, Enron Capital & Trade y los inversores locales Dalvian SA (Grupo Vila) y Presidente (Mario Groisman). (Diario "Los Andes"- 2009)

El Estado se quedó con el 20% de las acciones con la idea de venderlas a futuro.

El Estado se tuvo que hacer cargo de reducir la planta permanente de trabajadores para que los compradores no tuvieran inconvenientes al momento del despido del personal. De esta manera se ofrecieron retiros voluntarios que permitieron bajar de 1.200 a 1.000 la planta permanente de OSM a setiembre de 1998 (llegó en el año pasado a tener un poco más de 600).

En mayo de 2007, hubo un intento de sanear la situación de OSM, dada la crisis de 2001 y la devaluación de febrero de 2002, que en un principio, durante la convertibilidad atrajeron inversiones pero que con la crisis, devaluación y posterior pesificación de tarifas terminaron no sólo condicionando su continuidad sino frenando todo tipo de nuevas inversiones. Se firmó un acta acuerdo que consensuaron los directivos de la empresa y el gobierno de Julio Cobos, pero que nunca tuvo aval legislativo.

En este acta, se le concedió a OSM un aumento del 19,7% parejo en la tarifa a cambio de que Saur internacional (uno de los principales accionistas) retirara una demanda por U\$S 200 millones interpuesta ante el Ciadi (tribunal internacional sobre diferimientos en inversiones).

“...Bajo este acuerdo, OSM se obligaba a reactivar un plan de inversiones de \$ 11 millones al año que incluía unos \$ 48 millones en obras adeudadas. Todo en un plazo de 16 años.

Pero este ajuste (el primero desde la privatización) alcanzó sólo para actualizar los ingresos de la empresa en función de los costos vigentes al 2005, por lo que OSM cerró el 2008 con un déficit de \$ 131 millones...” (Diario “Los Andes”- 2009)

En diciembre de 2008 asumió Celso Jaque con nuevos planes para OSM, pese a que seguían los reclamos de la empresa por una nueva actualización tarifaria bajo renovadas promesas de inversiones.

Saur Internacional había hecho evidente su decisión de irse de la empresa. Frente a ese escenario, el Gobierno manifestó su intención de sumar el 10% de las acciones del personal para así hacerse con el 50% del capital accionario y ponerla bajo su control. En ese momento, el subsecretario de Servicios Públicos, Marcelo Costa, ya hablaba de “desmanejo” y criticaba al ente regulador, el EPAS, por no haber controlado la situación. (Diario “Los Andes”- 2009)

En los hechos, esta situación ha venido ocasionando no sólo recurrentes cortes y mala calidad en el servicio, sino la existencia, por ejemplo, de niveles inadmisibles de mercurio en el agua que la tornan riesgosa para la salud, según el propio Gobierno.

### **El retiro del grupo francés Saur International**

En 1998, como parte de un proceso de privatización de las empresas públicas de Mendoza, Saur Internacional se quedó con el 24% del paquete accionario de OSM y con un 20% de las acciones clase C de Aguas de Mendoza SA, que le permitían convertirse en el operador técnico de la compañía de agua potable y cloacas que abastece a la mayor parte de los usuarios mendocinos. (Roxana Badaloni -2009)

El grupo Saur envió una carta a Cobos pidiendo el visto bueno del gobierno provincial para retirarse del negocio. Después de varias charlas con José Calderero, el representante legal del grupo francés, el gobernador entendió que la propuesta era conveniente siempre que renunciaran al CIADI.

El reclamo de Saur Internacional al Ciadi ingresó en agosto de 2002 y lo mantenía suspendido desde abril de 2006. Ahora deberían comunicar por escrito su renuncia a ese reclamo contra la Argentina que impacta a Mendoza.

## **Parte II: Obras Sanitarias Mendoza Como Sociedad de Estado y Luego como Sociedad Anónima**

Este apartado se focaliza en una parte de la evolución de OSM, en un principio como Sociedad de Estado y luego como Sociedad Anónima, tratando de exponer aquellos aspectos que han influido en la satisfacción de derechos reconocidos constitucionalmente (art. 42. CN y art. 8. C.P) y aquellos inherentes al ser humano, entre tanto se han desarrollado la gestión de la misma.

Se ha llevado a cabo un exhaustivo análisis de diversas fuentes de información en pos de dar a conocer las causas que llevaron a la privatización y las consecuencias que desencadenó dicha acción, realizando un análisis comparativo de los modelos de gestión con que se operó en OSM.

Comenzaremos exponiendo las bases teóricas que nos permitan profundizar en el caso específico que nos atañe. Y luego destacando aspectos fundamentales del sistema legal de los recursos hídricos (ley 6044) para luego profundizar en las transformaciones que se han llevado a cabo a lo largo de la historia en OSM

### ***¿Qué son las Sociedades de Estado?***

El art. 1º de la LSE, expresa: "Son sociedades del Estado aquellas que, con exclusión de toda participación de capitales privados, constituyen el Estado Nacional, los estados provinciales, los municipios, los organismos estatales legalmente autorizados al efecto" y el art. 2º agrega: "...se someterán en su constitución y funcionamiento a las normas que regulan las sociedades anónimas, en cuanto fueren compatibles con las disposiciones de la presente ley".

Dromi propone definir a las Sociedades del Estado como "entes estatales descentralizados, que realizan actividades de tipo comercial o industrial, organizados bajo un régimen jurídico predominantemente privado". Señala que "en el régimen de la LSE, las sociedades del Estado son entidades descentralizadas con patrimonio y personalidad jurídica propia, que se caracterizan por ser entes íntegra y expresamente estatales sometidos principalmente al derecho privado. Se trata de la incorporación de una actividad comercial e industrial al Estado, sin someterla, sin embargo, a las formas de derecho público".

En suma, la calidad de ente estatal de los socios, con titularidad exclusiva del capital social, excluyente de aportes privados y su regulación por el régimen de las sociedades anónimas, constituyen las notas que confieren especificidad operativa a este modelo empresarial.

### ***Caracteres de las Sociedades de Estado***

Del contexto normativo-legal aplicable (LSC y LSE) pueden inferirse los siguientes caracteres de las sociedades del Estado:

a) Subjetivo. Sólo pueden ser socios: el Estado Nacional, las provincias, los municipios, los organismos estatales legalmente autorizados al efecto y otras sociedades del Estado. En suma, sólo pueden componer este tipo societario entes públicos estatales, ya que la LSE excluye toda participación de capitales privados (art. 1º); prohíbe su transformación en sociedades anónimas con participación estatal mayoritaria (art. 3º), y sólo permite la negociabilidad de los títulos representativos del capital entre sujetos estatales (art. 4º).

A consecuencia de dicho carácter subjetivo, el capital es íntegramente estatal (nacional, provincial o municipal), excluyéndose toda participación (mayoritaria o minoritaria) de capitales privados y públicos no estatales. Además, tal capital está representado por certificados nominativos (art. 4º, LSE).

Las sociedades del Estado pueden ser unipersonales (art. 2º, LSE), es decir de propiedad exclusiva de un solo sujeto de derecho, siempre público estatal.

En las sociedades del Estado los entes públicos estatales asociados responden de modo indirecto o subsidiariamente por los actos y hechos de la sociedad que integran.

b) Objetivo. La ley de creación indica que estas sociedades deben constituirse para desarrollar actividades de carácter industrial y comercial o explotar servicios públicos (art. 1º).

### ***Régimen jurídico de las Sociedades del Estado***

El régimen legal de las sociedades del Estado lo componen, como normas de fondo, las disposiciones de la LSE, y las de la LSC, por reenvío legislativo. El art. 2º de la LSE reenvía expresamente "a las normas que regulan las sociedades anónimas..." (Sección V, LSC).

Cuando esa aplicación sea incompatible, se procurará otorgar la solución concreta a través de la aplicación analógica de otras normas del derecho positivo, o de los principios generales del derecho administrativo.

La LSE es una ley nacional, de aplicación en todo el ámbito territorial (nacional, provincial o municipal).

Se trata de una norma de origen nacional, pero no de alcance únicamente federal, sino que es una ley de fondo, por las siguientes consideraciones:

- El art. 1º de la ley se refiere a las sociedades del Estado provincial y municipal, lo cual indica su aplicación directa como norma común en la materia.

- En razón de la analogía que existe entre las sociedades del Estado y las sociedades anónimas con participación estatal mayoritaria, y en cuanto éstas están incorporadas a la LSC (arts. 308 a 314), y a su vez, dicha ley se incluye en el Código de Comercio, con lo cual se enmarca la materia en la competencia asignada al Congreso Nacional, por el art. 75, inc. 12, de la Constitución.

Se trata de una categoría societaria, que se sitúa en la esfera del derecho público, en cuanto a su nacimiento, y en la del derecho privado en cuanto a su desarrollo, volviéndose a aquél en relación a su desaparición, ya que no se las puede declarar en quiebra, y sólo mediante autorización legislativa el Poder Ejecutivo puede proceder a su liquidación (art. 5º, LSE).

El régimen jurídico de estas entidades es predominantemente de derecho privado. En tal sentido, se les aplican las normas reguladoras de las obligaciones negociables, como lo prevé expresamente el art. 1º de la ley 23.576, según reforma de la ley 23.962. Conviene reiterar que el nacimiento y la extinción de las sociedades del Estado se rigen por el derecho público.

Con respecto a los actos y contratos, destacamos que las sociedades del Estado se rigen predominantemente por el derecho privado en sus relaciones con terceros y fundamentalmente por el derecho público en sus relaciones con la Administración. Por ello, en sus relaciones con terceros, los actos que emiten y los contratos que celebran, son, en principio, privados, concordantemente con la exclusión parcial, en nuestro criterio, de la aplicabilidad de las leyes de obras públicas, contabilidad y procedimientos administrativos. No obstante, sus actos y contratos serán públicos cuando, en la relación jurídica, goce de

"facultades más bien propias del derecho público que del derecho privado"; así lo ha entendido la jurisprudencia diciendo que en esos casos "son convenciones de derecho público, en virtud de la interpretación que cabe hacer de las cláusulas del convenio y del reglamento de contrataciones" (CSJN, 26/4/84, "Gas del Estado c/Lindoro ICSA"; íd., 26/4/84, "Gas del Estado, Sociedad del Estado c/International Sales División General Electric Co.", ED, 110-610).

En sus relaciones con la Administración, predominan las normas de derecho público, por ello son procedentes el recurso de alzada (art. 4º, decr. 1883/91) y la intervención administrativa.

En lo referido a su responsabilidad el art. 5º de la LSE había excluido la posibilidad de la declaración de quiebra de las sociedades del Estado. Dicha norma se explicaba por la instrumentalidad de estos entes y la plena vigencia de la responsabilidad del Estado por las obligaciones de las entidades que constituía.

Sin embargo, este régimen fue sustituido por la ley 24.522, cuyo art. 2º dispone: "Pueden ser declaradas en concurso las personas de existencia visible, las de existencia ideal de carácter privado y aquellas sociedades en las que el Estado nacional, provincial o municipal sea parte, cualquiera sea el porcentaje de su participación".

Aludiendo a la Inaplicabilidad relativa de las leyes administrativas, el art. 6º de la LSE se excluye expresamente la aplicación de las leyes de obras públicas, contabilidad y procedimientos administrativos. Ello condice con el régimen jurídico privado predominante en la materia, aunque no constituya una derogación lisa y llana de las normas de derecho público, que seguirán imperando igualmente, v.gr., la intervención administrativa, el recurso de alzada, etcétera.

Sin embargo, en el orden nacional es de aplicación expresa a las sociedades del Estado, lo dispuesto en la LAFSC, que derogó la normativa de la ley de contabilidad.

Es más, la ley nacional de procedimientos administrativos sólo debe excluirse parcialmente, en cuanto a las relaciones de la sociedad con terceros, mas no en las relaciones entre ella y la Administración.

La exclusión normativa intentada es sólo válida para la Nación. No puede al respecto infringirse la reserva federal de las provincias.

Cabe mencionar que los títulos de las sociedades del Estado carecen, en principio, de fuerza ejecutiva propia. Cuando prestan servicios públicos, cuentan con prerrogativas públicas y sus actos son administrativos y sus créditos, canon, tasa o tarifa, son ejecutorios.

### **Patrimonio de las S.E.**

El capital de las sociedades del Estado está representado por certificados nominativos, negociables entre las entidades que pueden constituir la sociedad (art. 4º, LSE). Los certificados designan cada una de las partes en que se ha dividido teóricamente el capital de la sociedad; representan, por tanto, una unidad de capital, parte o porción, del capital social.

### **Personal de las S.E.**

El personal directivo posee calidad de agente público; sus vínculos con la sociedad, e incluso con el Estado, son de derecho público.

El personal no directivo, subalterno, de obreros y empleados, se sujeta a un vínculo privado (CSJN, Fallos, 245:271; 247:363; 25/11/59, JA, 1960-I-548; 22/7/60, JA, 1960-VI-20; CNTrab, en pleno, 29/8/61, LL, 104-618 y JA, 1961-VI-325).

### **Control de las S. E.**

Existen diversos modos de control sobre las Sociedades de Estado, los cuales desarrollamos a continuación:

Control administrativo. El art. 4º del decr. 1883/91 admite el recurso de alzada contra actos administrativos emanados del órgano superior de la sociedad.

Procede la intervención administrativa, por aplicación del art. 100, inc. 1, de la Constitución. Además, las disposiciones de la ley de administración financiera y de control del sector público nacional son de aplicación a estas sociedades (art. 8, b, LAFSC).

Control judicial. La fiscalización judicial corresponde a los tribunales ordinarios y los conflictos se tramitan por vía procesal civil o comercial cuando la materia juzicable es de derecho privado. En los demás casos, siendo la competencia ejercida pública, por ejemplo, cuando presta servicios públicos, la materia es procesal administrativa.

No creemos viable la posibilidad de intervención judicial; a pesar de la remisión en bloque que hace la LSE a las sociedades anónimas, dichas normas de intervención judicial no son compatibles con la naturaleza del modelo societario comentado.

Control de la Sindicatura General de la Nación. El control interno en materia presupuestaria, económica, financiera, patrimonial, normativa y de gestión está a cargo de la Sindicatura General de la Nación.

Fiscalización. El mecanismo de fiscalización y control de las sociedades anónimas es aplicable a las sociedades del Estado, en tanto sea compatible con las disposiciones de la LSE. En otros términos, hay procedimientos de fiscalización de las sociedades anónimas que son aplicables a las sociedades del Estado (v.gr., síndicos).

Control parlamentario. Las sociedades del Estado también están sujetas al control externo, ejercido por la Auditoría General de la Nación.

### ***Consideraciones***

Referido al Plan de acción y al presupuesto, la máxima autoridad de las sociedades del Estado aprobará el proyecto de presupuesto anual de su gestión y lo remitirá a la Oficina Nacional de Presupuesto, antes del 30 de septiembre del año anterior al que regirá.

Este proyecto contendrá los planes de acción. Si no se lo presentase en el plazo fijado, se lo elaborará de oficio. El proyecto de presupuesto con el informe de la Oficina Nacional de Presupuesto será sometido a la aprobación del Poder Ejecutivo Nacional.

Con respecto a la Transformación, las sociedades del Estado no pueden incorporar a su capital, capitales privados, ni transformarse en sociedades anónimas con participación estatal mayoritaria (art. 3º, LSE).

En cuanto a la Disolución, en tanto liquidación, la LSE (art. 5º) exige para la liquidación de la sociedad del Estado la autorización legislativa.

La limitación indicada es válida sólo en el ámbito nacional, pues las provincias podrían, por ejemplo, disponer una habilitación legislativa directamente a favor del Poder Ejecutivo. Lo mismo es aplicable a las sociedades estatales municipales.

Por su parte, y volviendo al ámbito nacional, se ha señalado con acierto que el plazo de duración como requisito de constitución no es indispensable toda vez que para su disolución se requiere ley expresa, y aquél no tendrá efectos sin ésta.

A modo de resume se presenta el siguiente cuadro

<b>Caracteres Condiciones Diferencias</b>	<b>Sociedades del Estado</b>
Régimen legal.	Ley 20.705 y ley 19.550, por reenvío
Régimen predominante.	De derecho privado.
Patrimonio.	Estatal.
Creación.	Originaria (art. 5°, ley 20.705). Derivada (art. 9°, ley 20.705) PEN. Transformación a la inversa (art. 9°, ley 20.705).
Actos y contratos.	Privados.
Personal (directivo).	Empleado público.
Personal (empleados).	Derecho privado.
Concurso o quiebra.	Sí, ley 24.522 (art. 2°).
Aplicabilidad de leyes administrativas.	No. Orden nacional: aplicación de la ley 24.156.
Fuerza ejecutiva de los títulos.	No, en principio sí, si prestan servicios públicos.
Carácter de los bienes.	Pueden integrar el dominio público cuando explotan servicios públicos.
Control judicial.	Sí, proceso civil (comercial). Proc. Administrativo (serv. públicos).
Control administrativo.	Sí, recurso de alzada (art. 4° decr. 1883/91).
Intervención judicial.	No.
Intervención administrativa.	Sí.
Control de la Sindicatura General de la Nación.	Sí.
Control síndico.	Sí.

Control legislativo.	Sí, AGN.
Veto estatal.	No.
Plan de acción y presupuesto.	Aprobado por el P.E.
Transformación.	No pueden transformarse en S.A. ni incorporar capitales privados.
Disolución y liquidación.	Sí. Por el P.E., mediante autorización legislativa.

(Dromi, José Roberto , Manual de Derecho Administrativo, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2006)

### ***I - Aspectos fundamentales del sistema legal de los recursos hídricos (Ley 6044)***

a) Autonomía El Departamento General de Irrigación (D.G.I.), goza de autonomía derivada de su carácter de repartición descentralizada y autárquica que tiene su origen en expresos preceptos constitucionales (Arts.186 a 196 de la Constitución Provincial de 1.916, actualmente en vigencia).

b) Concesión legal: Las aguas del dominio público de la provincia se conceden por la legislatura provincial (art. 194 de la Constitución de Mendoza)

c) Principio de Inherencia: El uso de las aguas concedidas es un derecho inherente a los predios, es decir que no se puede vender el agua sin el predio, ni el predio sin el agua. (art. 187 de la C.M.).

d) Participación de los usuarios: los interesados de los canales, hijuelas y desagües tendrán la facultad de elegir sus autoridades y administrar sus respectivas rentas, sin perjuicio del control de las autoridades superiores de irrigación (D.G.I.). (art.187 de la Constitución Provincial)

e) Dirección autónoma de los ríos: Las leyes de aguas podrán dar a cada uno de los ríos su dirección autónoma, sin perjuicio de su dependencia del organismo rector (D.G.I.).

f) Estabilidad y Autarquía de la Autoridad Hídrica Las autoridades superiores del DGI es decir el Superintendente y los Consejeros representantes de los ríos de la Provincia que integran el Honorable Tribunal Administrativo y el Consejo de Apelaciones, son elegidos a propuesta del Poder Ejecutivo con acuerdo del Senado. El DGI es el organismo de

aplicación de la ley de aguas, administra el recurso y sus rentas a nivel de ríos, diques y canales matrices.

g) Autarquía de las Inspecciones de Cauce La administración, uso, control, conservación, mantenimiento y preservación de los canales, hijuelas y desagües de riego de la provincia así como de las aguas que son conducidas por los mismos, están a cargo de las Inspecciones de Cauce, con sujeción a lo dispuesto en el Capítulo Único Sección Sexta, DGI, de la Constitución Provincial (Art. 1º de la ley 6045). Es decir que, los canales secundarios, ramas, ramos, hijuelas y desagües se administran a través de los propios usuarios en Inspecciones de Cauce, que son autárquicas y cuyos inspectores son elegidos por los propios usuarios, sin sujeción jerárquica, pero sometidas al control administrativo del DGI sobre la legitimidad de sus actos<sup>13</sup>. Las Inspecciones de Cauce pueden agruparse en Asociaciones para el mejor cumplimiento de sus fines o para la defensa de los derechos y fomento de los intereses de las comunidades de usuarios agrupadas; en la medida que sean compatibles con una administración eficiente del recurso para todos los usos y en procura del bien común zonal (art. 14 de la Ley 6405)

h) Aguas Subterráneas. La investigación, exploración, uso, control, recarga, conservación, desarrollo y aprovechamiento de las aguas subterráneas, para cuya extracción sea necesaria la construcción de obras, se rigen por la Ley 4035, su administración se le ha otorgado al DGI por la Ley 4036. El mismo está facultado para dictar todos los reglamentos y actos necesarios para ejercer su poder de policía. Dentro de dichos instrumentos está la declaración de áreas de prohibición temporaria o áreas de restricción, la medición de caudales y la declaración de zonas de protección hidroecológicas. A partir de 1977 es obligatorio para toda nueva perforación la instalación de caudalímetros o elementos de medición similar.

Vale aclarar que la Provincia de Mendoza se rige en materia hídrica por: a) La Constitución Provincial de 1.916 ( art. 186 a 196).b) La Ley de Aguas de 1.884 y su reglamentaria de 1.905.c) Las Leyes 4035 y 4036 que regulan las aguas subterráneas

d) La Ley 6405 sobre Inspecciones de Cauces y sus Asociaciones,; en donde se encuentran determinados los aspectos antes señalados

## ***II- Rol del DGI en la gestión del agua***

En cumplimiento de lo dispuesto en el art. 216 de la Constitución de la Provincia de Mendoza, se crea en 1.884 el Departamento General de Aguas. En 1.894 sufre un cambio en su denominación y comienza a llamarse Departamento de Irrigación.

Posteriormente en la Constitución de la Provincia de Mendoza de 1.816 en su art. 188 de la Sección VI establece: "Todos los asuntos que se refieran a la irrigación en la Provincia, que no sean de competencia de la justicia ordinaria, estarán exclusivamente a cargo de un DGI.

La característica principal del D.G.I. es el hecho de ser un organismo con rango constitucional, lo que le brinda un respaldo y status especiales que, entre otros aspectos, asegura su continuidad institucional y de gestión en el contexto provincial.

Se debe destacar también que se trata de un ente autárquico y descentralizado, lo que permite que elabore y ejecute su propio presupuesto sustentado por recursos propios aportados por los usuarios del agua y otros, mientras que la segunda cualidad le garantiza independencia del poder ejecutivo provincial.

Tanto el recurso hídrico superficial como el subterráneo (libre o confinado en acuíferos) son administrados por el D.G.I., existiendo en el primer caso una tradición en su administración que sustentó toda la organización del organismo rector desde hace mucho tiempo.

Si bien el D.G.I. tiene competencia sobre toda el agua de la provincia de Mendoza, se ha concentrado principalmente en la administración del agua superficial y subterránea para riego. Este uso es el más significativo desde el punto de vista del volumen implicado como por la cantidad de usuarios. En algunas zonas se hace uso exclusivo de una fuente, en otras se procede a un uso conjunto y en algunas el agua subterránea constituye un refuerzo del agua superficial en épocas de bajas. A estos usos, recientemente se le ha agregado el reuso de efluentes para riego.

La provincia ha elegido para administrar el recurso hídrico el modelo descentralizado. Si el Gobierno tiene la propiedad del recurso por considerarlo un bien público, genera las políticas al respecto, pero deja en manos de las organizaciones de usuarios del agua su administración a nivel secundario y terciario. Esto ha dado origen a un sistema de doble descentralización en la administración del agua, ya que la provincia delega la función de

administración del agua en el Departamento General de Irrigación y este hace lo propio con las comunidades de usuarios organizados. Lo que ha devenido en la conformación de una cultura de participación del usuario en la gestión del recurso reflejada en las instituciones y contemplada por el marco normativo vigente.

El DGI presenta además una particularidad en su conformación en su nivel superior, ya que está conformado por tres órganos que cumplen funciones equivalentes a las de los órganos de Gobierno Provincial: Un Órgano Ejecutivo a cargo del Superintendente y sus representantes (Subdelegados de Ríos) a nivel de cuenca; un Órgano Judicial constituido por el Consejo de Apelaciones, integrado por los representantes de los usuarios de los Ríos de la Provincia, y un Órgano Legislativo que es el Honorable Tribunal Administrativo integrado por el Superintendente y los miembros del Consejo de Apelaciones.

La provincia ha sido dividida en jurisdicciones tomando como base la cuenca de los ríos, con el fin de crear unidades de administración del recurso de menor tamaño, en las que se delegan funciones de la Superintendencia, aplicándose un criterio de departamentalización geográfica.

Las unidades geográficas de gestión en este nivel son en realidad cinco: cuenca del Río Diamante, Río Mendoza, Río Atuel., y Tunuyán que se ha dividido en dos

Subdelegaciones, una correspondiente al tramo superior y otra al tramo inferior, lo que responde a la realidad física y al sistema organizado para el aprovechamiento y distribución del recurso para los distintos usos, principalmente el riego.

### ***III- Breve repaso histórico de OSN***

La gestión de OSM ha sobrellevado una evolución histórica conformada por diferentes etapas, que en suma demuestran las características propias de la misma. De esta manera resulta imprescindible necesario hacer hincapié en los procesos históricos que nos han traído hasta aquí, pero sin extendernos demasiado.

Hasta hace quince años atrás, la provisión de agua potable y sistemas de alcantarillado era provista por la empresa nacional Obras Sanitarias de la Nación (OSN) en todo el país, que a través de un sistema de gerencias regionales y unidades operativas en las localidades más importantes, se encargaba de la provisión de estos servicios básicos. En el año 1980, se produjo una descentralización, producto de las recurrentes crisis de financiamiento del

Tesoro Nacional que llevaron el servicio y mantenimiento de la infraestructura de OSN ha deteriorándose paulatinamente, mediante la cual el gobierno nacional transfirió a las provincias el manejo del sector. Utilizando la ley 18586, promulgó el decreto 258/80 que descentralizó los servicios sanitarios, entregando a las provincias los sistemas de provisión de agua potable y saneamiento, produciendo la provincialización de los servicios de provisión de agua y desagües prestados hasta entonces por OSN, reservándose a ésta exclusivamente la competencia en el sistema unificado de Capital Federal y 14 distritos del Gran Buenos Aires. Este proceso de descentralización fue súbito y en algunos casos traumático, debido al escaso desarrollo institucional en las provincias o poblaciones más rezagadas desde un punto de vista económico-social. En la mayoría de los casos esta descentralización fue asumida por los gobiernos provinciales, eventualmente por los municipios, quienes continuaron con la provisión del servicio. La empresa originalmente nacional permaneció como un organismo encargado de la provisión del servicio en la capital federal y trece partidos de la provincia de Buenos Aires. Esta empresa fue privatizada por concesión en 1993.

Cuadro representativo de características OSN

<b>Empresa pública</b>	<b>Naturaleza jurídica</b>	<b>Régimen jurídico</b>	<b>Privatización</b>	<b>Empresa sucesora</b>	<b>Ente regulador</b>	<b>Régimen jurídico</b>
Obras Sanitarias de la Nación	Era una empresa regida por ley especial.	Ley 13.577, modificada por leyes 14.160; 18.503; 20.324; 20.686 y 21.066	El decr. 1443/91 definió que la privatización se haría por concesión gratuita, en tanto y en cuanto no existe obligación a cargo del concesionario de pagar canon alguno, aunque no obstante debe cumplir con metas y obligaciones de mejora y extensión del servicio. La selección de la contratista se realizó mediante licitación pública internacional (res. SOySP 178/91).	Aguas Argentinas S.A. (decr. 787/93).	Ente Tripartito de Obras y Servicios Sanitarios (ETOSS).	Decr. 999/92.

(Dromi, José Roberto , Manual de Derecho Administrativo, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2006)

#### ***IV- Conformación de OSM SE***

La prestación del servicio de agua potable en Mendoza estuvo a cargo de Obras Sanitarias de la Nación hasta la transferencia de los servicios a la Provincia el 1 de enero de 1.981 fecha en la que se crea Obras Sanitarias Mendoza.

Hasta el año 1944, las disposiciones de las leyes nacionales (orgánica N° 8.889, conjugadas con las leyes N° 4.158, N° 10.998 y N° 12.140) relativas a las capitales de provincia y a las ciudades y pueblos del interior, constituían la base legal que sustentaba la acción de OSN en todo el país y consiguientemente en la provincia de Mendoza.

Este régimen facultaba a OSN a convenir con los gobiernos de provincias, ad – referéndum del gobierno nacional, el estudio construcción y administración de obras destinadas a la provisión de agua potable para uso doméstico en las ciudades y localidades de la Nación.

La aplicación del régimen implicaba la formalización de convenios singulares correspondientes a cada obra que debían ser aprobados por las autoridades locales y el

Gobierno Nacional. Un ejemplo del sistema lo constituyó la ley N° 950 – del año 1.932, que aprobó un convenio referente a la provisión de agua potable a las villas de Guaymallén, Las Heras, Godoy Cruz y barrios del sector oeste de la Capital Oeste de la capital de la Provincia

A partir del año 1.945 se modificó la mecánica del convenio singular para cada obra por el régimen de la ley orgánica de OSN. Este régimen subsistió hasta el momento de producirse la transferencia de los servicios a la Provincia el 1 de enero de 1981.

Por otra parte, y dado que existían zonas dentro de la Provincia de Mendoza que no eran abastecidos por Obras Sanitarias de la Nación, se crearon en Mendoza organismos provinciales, que permitieron prestar los servicios fuera del radio de prestación por la empresa nacional.

A partir del año 1.959 la Organización Mundial de la Salud encaró la realización de estudios sistemáticos para dar pautas y encausar las soluciones de abastecimiento de agua potable y saneamiento adecuadas a la realidad y problemática de cada país. Las declaraciones motivaron al ex –Ministerio de Asistencia Social y Salud Pública de la

Nación a crear, por resolución N° 1.282 de fecha 5 de mayo de 1.964, una Comisión especial interministerial para el estudio de proyectos y acciones a desarrollar para planificar

y organizar un programa coherente y de posible realización, lo que culminó con la creación del Servicio Nacional de Agua Potable y Saneamiento Rural” (S.N.A.P.), por decreto del PEN N° 9.762 / 64, del 2 de diciembre de 1.964.

El objetivo de su creación era resolver la situación circunscripta a las comunidades rurales y periurbanas del país hasta una población de 3.000 habitantes (ampliada posteriormente a 8.000).

Creado el S.N.A.P, a partir de febrero de 1.965 comenzaron los contactos con las provincias a fin de obtener la adhesión de estas y comenzar el desarrollo del plan en todo el país. Los requisitos del Banco Interamericano de Desarrollo ( B.I.D.) fueron aprobados por decreto del Poder Ejecutivo Nacional N° 6.419 / 65 y la resolución N° 5.388 M.A.S. y S.P-65, habiéndose aceptado la intervención de aquel organismo internacional por razones de financiación y expresa determinación del Gobierno Nacional.

En consecuencia, se suscribió un convenio entre el Ministerio de Asistencia Social y Salud Pública de la Nación ( M.A.S. Y S.P. ) y el Gobierno de la Provincia. Esta debería contar con un organismo encargado de la aplicación del plan en su jurisdicción. En la provincia existía la Dirección Provincial de Energía, organismo centralizado que tenía por función ejecutar ampliaciones de servicios de redes eléctricas que no ejecutaba Agua y Energía Eléctrica de la Nación, fue en dicho organismo aprovechando su infraestructura técnico –administrativa que se creó el Servicio Provincial de Agua Potable (SPAP)

A fines de 1.966 se aprobaron los primeros 5 proyectos y se firmaron los cuatros primeros convenios con las Cooperativas rurales de Servicios Públicos de San Pablo ( Algarrobal – Las Heras), San Francisco del Monte de Oro (Godoy Cruz), J. J. Castelli (Alto Verde – San Martín) y Pareditas (San Carlos)y en el primer año se aprobaron en total 25 proyectos.

Por su parte, O.S.N. debido al déficit de producción de agua y tratamientos de efluentes tenía demarcado un radio de servicio, fuera del cual no accedía a otorgar nuevos servicios.

En las áreas que se encontraban fueran de ese radio fue donde el SPAP vino a llenar parcialmente la necesidad de la población. Posteriormente la Provincia dio a esa dependencia rango autárquico designándolo como Dirección de Obras y Servicios Sanitarios (D.O.S.S.).

El Organismo, creado por ley N° 3.903, subsistió hasta el 7 de noviembre de 1.980, fecha en que por ley N ° 4.480, transferir a Obras Sanitarias Mendoza – Sociedad del Estado el personal, patrimonio, recursos, servicios y en general todos los bienes, derechos y obligaciones, afectados al funcionamiento o relacionados de algún modo con la ex – Dirección de Obras y Servicios Sanitarios.

La misma Ley dispuso derogar la ley 3903 que dispuso la creación de la Dirección de Obras y Servicios Sanitarios de la Provincia.

La sociedad del Estado es una figura novedosa, que enriqueció el ordenamiento jurídico nacional, regulada por la ley N ° 20.705, sancionada el 31 de julio de 1.974 y promulgada el 13 de agosto del mismo año.

En las zonas rurales y suburbanas de la provincia de Mendoza coexisten Cooperativas que prestan el servicio de agua potable a subsistemas aislados. La gran mayoría, como dijimos anteriormente, nacieron bajo las operatorias S.N.A.P. pero, por distintas circunstancias, han sufrido un proceso de involución y deterioro y cuando la crisis fue inminente recurrieron a la empresa O.S.M. S. E. para que los subsidiara o absorbiera los servicios que prestaban.

### **Las Privatizaciones en América Latina**

Es necesario hacer un esfuerzo para clarificar el concepto de privatización, antes de exponer el periodo histórico siguiente, ya que el término ha sido altamente mistificado, se maneja con diferentes concepciones en el marco del debate político y está cargado de diferentes significados que obstaculizan la visualización de fenómenos diversos, a veces complementarios y otras veces contradictorios, que están ocurriendo en los países de la Región.

Las proposiciones de privatización que se debaten en la década de los ochenta están inscritas e inspiradas básicamente, en el modelo neoliberal y en la teoría económica neoclásica que se fundamentan en la creencia en que las fuerzas del mercado distribuyen los recursos, salarios, bienes y servicios más efectivamente y eficientemente que las fuerzas interventoras del Estado. Estas proposiciones están principalmente, referidas a la reducción de la intervención económica del Estado en la sociedad. Por privatización se designa, en términos generales, aquellas políticas diseñadas para establecer los principios del mercado en la provisión y distribución de los servicios públicos. Es esta última, la dirección más

controversial de la privatización ya que tiene que ver directamente con la distribución social de los recursos (Pulkingham: 1989).

Las orientaciones doctrinarias tuvieron su desarrollo más acabado, bajo las administraciones de Margaret Thatcher en Inglaterra y Ronald Reagan en Estados Unidos. Estas experiencias se extendieron a un grupo de países del primer mundo, como España, Italia, Francia, Canadá y Alemania. Para la mayoría de los analistas de la privatización ésta refiere a la transferencia de funciones y actividades del sector gubernamental al sector no directamente controlado por el Gobierno. Dentro esta lógica el sector público redefine su intervención en la sociedad fundamentalmente a través de las empresas estatales, lo que trae como consecuencia un rediseño en el gasto público. La privatización en el área social funciona como una extensión de un proceso que tiene su origen en el ámbito económico.

De una revisión de la literatura más reciente sobre el tema, se pueden inferir por lo menos tres enfoques que ayudan a comprender este proceso. El primer enfoque, considera a la privatización como un fin en sí mismo y enfatiza sus aspectos económicos. Estos estudios analizan los procesos de privatización en términos comparativos, utilizando básicamente las experiencias de los países desarrollados, como Estados Unidos, Francia, España, Inglaterra e Italia. También hay referencias sobre algunos países del Tercer Mundo como Chile, Brasil, Corea del Sur, Bangladesh, South Africa, entre otros. Los autores representantes de este enfoque, realizan una evaluación de las experiencias anteriores en términos de los éxitos alcanzados y/o fracasos, destacando los primeros sobre los obstáculos o dificultades. En la literatura perteneciente a este enfoque, también se encuentran referencias a las modalidades que se adoptaron para cada caso y sus resultados en cuanto al ahorro del gasto fiscal del Estado y al nuevo estilo de gerencia orientado hacia la búsqueda de eficacia y eficiencia en los entes una vez privatizados.

Desde esta perspectiva, la sociedad civil es el empresariado organizado y se coloca por encima del Estado. Se podría inferir que este sector sería el instrumento para aumentar la eficacia de los aparatos del Estado. Los exponentes de este enfoque, comparten la idea de disminuir la presencia del Estado en la economía y de redimensionarlo, no solamente en las áreas económicas sino también en las sociales. Aquí el objetivo explícito es fomentar una nueva división del trabajo entre los sectores público y privado con el fin de aumentar la eficacia y eficiencia de ambos. Sin embargo, una derivación de este objetivo es el de

mantener separados estos sectores. El primero, en el ámbito estricta y tradicionalmente social y el segundo, en el ámbito económico. Los autores considerados en este primer grupo sostienen que lo anterior es una condición necesaria para que una sociedad alcance el desarrollo medido en términos de crecimiento económico.

El segundo enfoque destaca los aspectos sociales y políticos del proceso de privatización. Este enfoque trata de vincular la privatización, básicamente a los aspectos político-sociales de una sociedad determinada y argumenta que sus posibilidades de surgimiento y modalidades de expresión deberían estar relacionadas con la tradición sociopolítica y cultural que le es propia a cada país. De allí que los procesos de privatización devienen de decisiones políticas que se toman asociadas, principalmente a una forma específica de Estado.

Quienes suscriben este punto de vista sostienen que las condiciones socioeconómicas en las cuales se sucedieron los procesos de privatización en los países europeos, divergen sustancialmente de las condiciones que presentan hoy en día los países latinoamericanos, así como también hay diferencias substanciales sociohistóricas entre los propios países latinoamericanos; por lo tanto los resultados esperados variarían puesto que el surgimiento y desarrollo del Estado Latinoamericano es diferente al de cualquier Estado Europeo. Podría concluirse que un proceso de privatización tendría que vincularse a las características socioculturales propias de cada sociedad y asumirse como uno de los medios para lograr un fin mucho más complejo como es el desarrollo de la sociedad.

Como parte de este enfoque, es importante destacar el análisis que sobre este punto hace Scarpaci (1989), quien, básicamente argumenta que los procesos de privatización en general, y la tendencia hacia la privatización de los servicios de salud en particular, no pueden estudiarse o interpretarse simplemente explicándolos como productos o respuestas a la crisis fiscal del Estado, al elevado monto de la deuda externa y el déficit presupuestal que presentan los gobiernos. Como tampoco podrían ser interpretados como productos de una conspiración para acabar con el Welfare State. Específicamente este autor argumenta que la privatización de los servicios de salud depende de la naturaleza específica del conflicto entre el Estado, el sector privado, los consumidores y el capital (nacional o internacional). Si bien los aspectos económicos de la reestructuración de los programas sociales son importantes para entender los procesos de privatización, ellos sin embargo, no dan cuenta

de cómo tal reestructuración se manifiesta dentro de los diferentes sectores (social, económico, político y cultural).

Pareciera que para los exponentes de este enfoque, la política de privatización trata de establecer los límites a la intervención estatal, principalmente en las áreas productivas e industriales, al mismo tiempo que dicta las pautas para una redefinición de la intervención pública y privada en el área social. El tercer enfoque, estudia la privatización desde el punto de vista teórico-conceptual, es decir discute el contenido del concepto analizando los problemas de carácter metodológico que podría acarrear su instrumentación, ya no en la sociedad como un todo, sino en sus diferentes subsectores. Aquí hay un esfuerzo por separar, conceptual y metodológicamente, las tendencias hacia el aumento de la participación del sector privado en las esferas públicas, incluyendo en éstas la social, sucedidas antes de los ochenta y los llamados 'procesos privatizadores' posteriores a esta década. Los cuales son el resultado de una decisión política de alto nivel que involucra negociaciones y transacciones entre los diferentes intereses que se articulan en torno a determinados procesos productivos. Por otro lado, estos procesos privatizadores, sobre todo en los países latinoamericanos, son resultado también de las negociaciones sobre el pago de la deuda externa con las agencias internacionales, las cuales la incluyen como uno de los requisitos principales.

Los procesos de privatización, es decir la invasión de lo público por lo privado, delimitan un determinado tipo de acción: aquélla mediante la cual las relaciones de propiedad, control o usufructo, o todas ellas según sea la modalidad del convenio, pasan a manos de entidades jurídicas o personas naturales privadas. Ello es importante porque por esta vía quedan excluidos de la consideración de privatización, los procesos y tendencias de crecimiento de lo privado anteriormente existentes a la "firma" de un convenio o transacción, es decir de lo que se identificaba como tal antes del cumplimiento del "pacto".

Tanto el segundo como el tercer enfoque estudian los procesos de privatización desde un punto de vista crítico y comparten el análisis según el cual las especificidades políticas, sociales y económicas que presentan los países y los sectores sujetos a ser privatizados son elementos que necesariamente deben ser tomados en cuenta. Es importante destacar que las tres perspectivas mencionadas no son puras en sí mismas, en donde los análisis que privilegian lo económico y el corto plazo no consideran los aspectos sociales y políticos y

viceversa. De allí que la diferenciación que se establece tiene fines exclusivamente analítico-metodológicos para ubicar las diversas posiciones sobre el proceso de privatización a partir del énfasis en los rasgos sobresalientes que cada uno de estos enfoques privilegia en el análisis.

Sintetizando, la privatización definida en un sentido amplio abarcaría todas aquellas acciones que tienen como meta reducir la intervención del Estado en la economía. En consecuencia, comprendería no sólo una transferencia de bienes públicos al sector privado, sino también la desregulación de determinadas actividades públicas o privadas, al igual que la concesión de la prestación de servicios públicos al ámbito privado. Definida en un sentido estricto, la privatización se circunscribiría al cambio de titularidad o gestión del sector público al privado lo cual implica la asunción, por los particulares de bienes o actividades económicas anteriormente bajo la titularidad o gestión pública. Por consiguiente, en este sentido la privatización y desregulación son conceptos distintos, que implican y refieren acciones y procesos diferentes. La desregulación remite a un conjunto de acciones conducidas con el ánimo de dinamizar la vida económica y que consisten básicamente en la eliminación, por parte de las instancias públicas competentes, de restricciones y constricciones que afectan a las decisiones empresariales (De La Serna:1991).

En la primera definición, la desregulación es una condición necesaria para un proceso exitoso de privatización y en la segunda acepción, pareciera que independientemente de la desregulación, el proceso de privatización podría ser exitoso. En el marco de la recesión económica de los ochenta, en favor de los procesos de privatización se ofrecen cuatro argumentos principales:

Es determinante para la superación de la distorsión económica creada por la intervención estatal improductiva en áreas donde la rentabilidad es posible

Profundiza el modelo exportador definido como la llave del éxito del desarrollo económico

- Libera los mercados internos y las importaciones necesarias para garantizar la competitividad requerida para el crecimiento de las exportaciones

Aumenta la eficacia y la eficiencia de las empresas y servicios públicos partiendo de la base de que el sector privado es más eficiente que el sector público.

Estos y otros argumentos de orden económico han sido subrayados por los autores que definen a la privatización como un fin en sí mismo. Al mismo tiempo, en su mayoría, estos son los argumentos que se han venido usando en América Latina como soluciones para enfrentar los problemas económico-financieros del Estado.

En los análisis de los dos casos considerados como las experiencias más exitosas de privatización en países desarrollados (Inglaterra y Estados Unidos) encontramos que tienen en común, tres condiciones.

Una combinación entre limitaciones presupuestarias, el fracaso del sector público en la prestación de los servicios y un compromiso político fuerte en favor de la participación del sector privado.

La existencia de un sector privado fuerte y de un mercado de capitales desarrollado.

Presencia de autonomía en la administración pública frente al control político, así como también la presencia de capacidad y flexibilidad en el terreno del diseño y formulación de políticas estatales.

Tomando como referencia los condicionantes anteriores se puede percibir que con excepción de la primera condición, las demás que se anotan no están presentes o se dan con cierta dificultad en América Latina y el Caribe. La inexistencia en los países de la Región de un sector privado fuerte y un mercado de capitales desarrollado se explica por el nacimiento y desarrollo del empresariado, que en la mayoría de los países de América Latina, estuvo protegido por el propio Estado. Por otro lado, la estructuración típica de la administración pública y la práctica tan extendida del clientelismo político impiden que se cumpla la tercera de las condiciones apuntada por los defensores de la privatización.

Como se desprende de lo anterior, la política de privatización, tiene acuñado un alto contenido económico en su fundamentación y una preconcepción bastante firme sobre la superioridad de la eficiencia del sector privado sobre la del sector público. Por último, los procesos de privatización fueron diseñados para el sector productivo y sólo por extensión se incluyeron los sectores sociales; ello implicó un grado menor de reflexión y análisis para el caso de estos últimos.

En esta discusión es importante destacar que en los análisis sobre los procesos de privatización no siempre se tiene en cuenta que estos responden fundamentalmente a la dinámica resultante de las relaciones económicas y políticas que se dan entre el Estado y

los diferentes grupos de interés en el contexto específico de cada sociedad. Por otro lado, la privatización no refiere a un proceso único ni a una decisión que se ejecuta en un período breve. De hecho, la privatización implica no solamente un proceso sino la articulación de varios procesos simultáneos que se originan en los distintos sectores de la sociedad y que resultan de decisiones diferentes en cuanto a políticas económicas y sociales. Cada una de ellas adopta distintas modalidades las cuales dependen de la correlación de fuerzas entre los distintos actores y las características propias del sector.

Por último, la privatización debe ser vista en el marco de las transformaciones globales de la naturaleza del Estado porque, en definitiva lo que se propugna es un papel diferente del Estado que se adecue al nuevo modelo de acumulación y desarrollo el cual incluye como uno de sus elementos principales la globalización y transnacionalización de la economía.

#### ***V- Privatización de OSM***

En abril de 1991 se formó Comisión Técnica de Privatización de Obras Sanitarias de la Nación, bajo dependencia directa de la Subsecretaría de Obras y Servicios Públicos, en su carácter de autoridad de aplicación; y el 18 de abril de 1993 se celebró el Contrato de Concesión entre el Estado Nacional y Aguas Argentinas S.A., como resultado del llamado a Licitación Pública Internacional.

De este modo la “transformación” de Obras Sanitarias Mendoza Sociedad del Estado arrancó en 1994 con la ley 6.044 y se completó con el marco regulatorio del decreto 911 de 1995.

Estas transformaciones se forjaron en el año 1993 con la sanción de la ley de reordenamiento institucional de la prestación de los servicios de provisión de agua potable y saneamiento (6.044).

La reforma con la que se busca producir el reordenamiento institucional se basa en algunos principios rectores que cabe destacar:

La separación orgánica, entre las funciones de regulación, control y policía de los servicios de agua potable y saneamiento, correspondientes a la operación de los mismos y la determinación de la autoridad responsable en la emisión de las normas de calidad del agua.

Garantizar el mantenimiento y promover la expansión del sistema de provisión de agua potable y desagües cloacales e industriales y ajustar el servicio a los niveles de calidad y de eficiencia que se fijen al efecto.

Incentivar el uso racional y eficiente del recurso hídrico, velando por la adecuada protección de la salud pública y del medio ambiente.

Fomentar el incremento de las inversiones y asegurar un régimen comercial y tarifario razonable y equitativo.

Promover la participación de los usuarios y de los trabajadores del sector en la prestación de los servicios.

Proteger adecuadamente los derechos de los usuarios.

Sin embargo esta concesión no fue la única ni la última; en pleno menemato, el gobierno, junto a los medios y demás aparatos formadores de opinión, lograron convencernos de que era fundamental privatizar todo, hasta el agua; y en 1996 quedó conformada Obras Sanitarias Mendoza Sociedad Anónima (OSM), con una participación accionaria del 90% para el Estado y del 10% para sus trabajadores, y ésta firmó con el Estado un contrato de concesión del servicio de agua potable y cloacas.

Con una empresa en lo formal privada pero con el 90% de las acciones en manos del Estado, en 1998 se avanzó en la segunda etapa del proceso: vender el 70% de las acciones por 25 años para cederle a privados el manejo de la empresa. La mejor oferta (US\$ 132,78 millones) llegó del grupo integrado por Saur Internacional, Italgas, Capital & Trade y Enron (uno de los principales accionistas de OSM quiebra y en 2003, venden su parte (un 32% de OSM) a menos del 10% del valor al que habían comprado esas acciones. Ante tremenda oferta sólo se presentan Groisman y el grupo Vila (principales empresas inmobiliarias de Mendoza, que ya tenían acciones en la empresa de agua) y South Water).

El Estado se quedó con el 20% de las acciones con la idea de venderlas a futuro.

Como en toda privatización, el Estado se tuvo que hacer cargo de reducir la planta permanente de trabajadores para ponerla a tono con las necesidades de los compradores. Así ofreció retiros voluntarios que permitieron bajar de 1.200 a 1.000 la planta permanente de OSM en septiembre de 1998.

Otra vez, la empresa estatal se vendió bajo el argumento de mejorar, hacer más eficiente el servicio y conseguir financiamiento para las obras que la Mendoza del futuro necesitaba. Pero todo se diluyó en gastos corrientes y deuda pública.

Con respecto a lo anterior cabe destacar que Obras Sanitarias se encontraba en perfectas condiciones, materiales y técnicas cuando se privatizó, pero, luego de esta, las empresas concesionadas pidieron préstamos, dejaron de pagar el canon de concesión y no cumplieron con el plan de obras.

La crisis de 2001 y la devaluación de febrero de 2002 puso en jaque el esquema de negocios que impulsó las privatizaciones: hacerse de empresas de servicios públicos con posiciones monopólicas que aseguren ganancia en dólares.

Supuestos que durante la convertibilidad atraerían inversiones, pero que con la crisis, devaluación y posterior pasificación de tarifas terminaron no sólo condicionando su continuidad sino frenando todo tipo de nuevas inversiones. Aún las indispensables.

El primer intento de sanear la situación de OSM llegó recién en mayo de 2007, con un acta acuerdo que consensuaron los directivos de la empresa y el gobierno de Julio Cobos, pero que nunca tuvo aval legislativo.

En este acta, se le concedió a OSM un aumento del 19,7% parejo en la tarifa a cambio de que Saur internacional (uno de los principales accionistas) retirara una demanda por U\$S 200 millones interpuesta ante el Ciadi (tribunal internacional sobre diferimientos en inversiones).

Bajo este acuerdo, OSM se obligaba a reactivar un plan de inversiones de \$ 11 millones al año que incluía unos \$ 48 millones en obras adeudadas. Todo en un plazo de 16 años.

Pero este ajuste (el primero desde la privatización) alcanzó sólo para actualizar los ingresos de la empresa en función de los costos vigentes al 2005, por lo que OSM cerró el 2008 con un déficit de \$ 131 millones.

En diciembre de 2008 asumió Celso Jaque con nuevos planes para OSM, pese a que seguían los reclamos de la empresa por una nueva actualización tarifaria bajo renovadas promesas de inversiones.

A esa altura, Saur Internacional había hecho más que evidente su decisión de irse de la empresa. Frente a ese escenario, el Gobierno manifestó su intención de sumar el 10% de las acciones del personal para así hacerse con el 50% del capital accionario y ponerla bajo su

control. En ese momento, el subsecretario de Servicios Públicos, Marcelo Costa, ya hablaba de “desmanejo” y criticaba al ente regulador, el EPAS, por no haber controlado la situación.

Mientras tanto, desde fines de 2008 y en parte del 2009 el Estado tuvo que salir a hacer y proyectar obras a futuro, dicen, por un valor total de \$ 169 millones frente al proceso de desinversión en el que había entrado OSM.

En el transcurso de estas concesiones OSM SA ha despojado a de lo usuarios de la continuidad (" La ley de aguas prescribe que como máximo un concesionario recibirá a razón de un litro y medio por segundo por hectárea como máximo), la generalidad (debe procurarse garantizar la cobertura del servicio a la mayor cantidad de la población posible y en las mismas condiciones, aunque no resulte rentable desde un punto de vista estrictamente económico), la regularidad (Deberaajustarse a las normas), la igualdad (No se trata de otra cosa que de la igualdad en igualdad de condiciones, con base constitucional en el art. 16 de la CN.) y la obligatoriedad (existe toda vez que un prestador esté obligado a suministrar el servicio a quien lo solicite, dentro de las posibilidades de sus instalaciones y las inherentes limitaciones técnicas, lo que implica que debe hacerlo de un modo no discriminatorio) del servicio; faltando a sus obligaciones y responsabilidades (directa y "objetiva), no cumpliendo ni con el mantenimiento del sistema (las redes de distribuciones se encuentran en un estado precario y se ha comprobado la precencia de mercurio y óxido de manganeso en el agua) y por ende con correcta prestación del servición a la problación.

## ***VI- Características de los modelos de gestión de OSM a lo largo de la historia***

### ***Primer Modelo***

La provisión de agua potable y saneamiento estuvo a cargo de Obras Sanitarias Mendoza Sociedad del Estado hasta junio de 1.998. Las características de la empresa eran de monopolio natural y legal y conformaron una conducta con las siguientes características:

La empresa esperaba que el servicio fuera demandado, es decir, actuaba solamente a requerimiento de los usuarios en una conducta pasiva.

El tratamiento de los distintos segmentos de usuarios (comerciales, industriales, domiciliarios, urbanos, sectores vulnerables o rurales) era homogéneo y estandarizado.

Esta Sociedad del Estado se administraba con recursos financieros propios.

Obras Sanitarias cumplió un papel social significativo en todos los sectores y, en especial durante el proceso de ajuste y privatizaciones de la última década que padeció Mendoza, se garantizó a los sectores vulnerables la posibilidad de proveerle la prestación de agua potable.

Esta Empresa interactuaba con la Comunidad en busca de ciertos objetivos que configuraban su rol o misión. Para satisfacer la demanda de servicios de agua potable,

Obras Sanitarias Mendoza Sociedad del Estado actuaba como organizador, trabajando mancomunadamente con los Municipios y las Organizaciones Intermedias (Cooperativas, Loteos, Uniones Vecinales).

### **Modelo Actual**

La transformación de Obras Sanitarias modificó la forma solidaria de satisfacer la demanda de servicios de agua potable.

A partir de la privatización el mercado es el protagonista. El Estado como regulador pasa a controlar la gestión del servicio público del agua potable, que en la actualidad es prestado por una empresa privada con capitales internacionales por estar afectado al interés público debe estar sujetos a regulación. El encargado de la regulación es el E.P.A.S (Ente Provincial de Agua y Saneamiento), el cual, más adelante se analizará

En este modelo vigente los sectores vulnerables, algunas áreas periurbanas y zonas rurales resultan afectados porque no forman parte del sistema competitivo. La Ley prevé subsidios en el Contrato de Concesión pero no está reglamentada. Por ende, se otorga en forma discrecional.

Se convierte en un problema social la imposibilidad de abastecerse de agua potable por las limitaciones naturales de la Provincia y por las características del nuevo modelo.

En Mendoza es el “problema” porque se administra un recurso vital y escaso en cantidad, calidad y oportunidad.

Es de destacar que en los principales centros urbanos de la provincia, el prestador del servicio es Obras Sanitarias Mendoza S. A. (exceptuando los Municipios de Luján, Maipú y Tupungato que tienen servicio propio) y como así también pequeños operadores en la mayoría de los departamentos.

### **Parte III: Creación y funcionamiento del ente regulador**

#### ***ENTE PROVINCIAL DEL AGUA Y DE SANEAMIENTO***

El EPAS es el ente regulador que se creó el 19 de agosto de 1993, a través de la ley N° 6.044 (de reordenamiento del sector sanitario de la provincia), ésta, además, dispuso la transformación de OSM (Obras sanitarias Mendoza) Sociedad del Estado en una o más sociedades anónimas.

A finales del año 1994 se designó el primer presidente del EPAS. En febrero de 1995 se dio inicio en la práctica a las actividades del organismo mediante la designación de un plantel reducido de recursos humanos.

Desde el mes de julio de 1996 y hasta mayo de 1998 el EPAS participó en la etapa de venta de la mayoría del paquete accionario clase “A” de Obras Sanitarias Mendoza Sociedad Anónima. En el mes de junio de 1998 el Ente Regulador fijó mediante resolución N° 70/98, el día de finalización del período de transición, iniciado el primer día del año 1996; dando origen desde esta fecha al primer período de concesión de OSM S.A., cuya duración ha sido fijada en un cuarto de siglo.

Con respecto a los operadores de gestión comunitaria preexistentes, el Ente regulador realizó relevamientos durante 1996 y 1997 a efectos de llevar a cabo la actualización de la base de datos recibida de Obras Sanitarias Mendoza Sociedad del Estado. A lo largo de los años 1996, 1997 y 1998 el EPAS llevó a cabo un Programa de Fortalecimiento Institucional, que permitió que los operadores de gestión comunitaria, de más de 100 conexiones, pusieran al día su documentación legal, según exigencias de sus propios organismos de control institucional. Se implementaron acciones de capacitación en temas administrativos, contables, comerciales y técnicos para la operación y mantenimiento de los servicios.

Las funciones para las cuales ha sido creado el Ente Regulador, a través de la ley N° 6.044, se detallan a continuación:

Dictar las normas reglamentarias de carácter técnico a las cuales deberá ajustarse el desarrollo de la infraestructura, la prestación de los servicios de provisión de agua potable, de saneamiento y la protección de la calidad del agua.

Controlar la ejecución de los planes y programas de inversión de los Operadores del sistema.

Controlar el régimen de explotación propuesto por los Operadores, en particular el régimen tarifario.

Definir las subáreas de prestación del servicio que corresponda a los Operadores, con sujeción a la política ambiental provincial.

Proponer al Poder Ejecutivo, de conformidad con los principios y normas de la presente ley, las tarifas de los servicios, como también las bases para su revisión.

Establecer y aplicar los procedimientos de control de los servicios.

Resolver en única instancia los conflictos que surgiesen entre los Usuarios, los Operadores del servicio y terceros, de conformidad con lo establecido en el Art. 10 de la presente ley.

Organizar y aplicar el régimen de Audiencias Públicas previsto en esta ley.

Promover ante los tribunales competentes las acciones civiles o penales que tiendan asegurar el cumplimiento de sus funciones, los fines de esta ley y su reglamentación.

Elaborar un informe anual sobre sus actividades y resultados para elevarlo al Poder Ejecutivo y a la Honorable Legislatura Provincial.

Aprobar la estructura orgánica y de funcionamiento interno del Ente Regulador.

Celebrar contratos que hagan a su objeto como a los objetivos de la ley, con entidades provinciales, municipales, nacionales, internacionales y otras personas jurídicas públicas y privadas.

Aplicar y hacer cumplir la presente ley y su reglamentación dictando todos los actos necesarios con el fin de alcanzar los objetivos de esta ley.

El Ente Provincial del Agua y de Saneamiento cuenta con los órganos consultivos que citaremos a continuación, dispuestos a partir de la ley N° 6.044:

**COMITÉ COORDINADOR MUNICIPAL:** Integrado por representantes de todos los Municipios de la Provincia, con la función de coordinar actividades del EPAS con los municipios.

**COMITÉ CONSULTOR:** Compuesto por el Subcomité Científico Técnico (integrado por representantes de organizaciones científicas y académicas de Mendoza como universidades, Colegios profesionales, centros de investigación, etc.), y el Subcomité

Comunitario (integrado por representantes de asociaciones o entidades ligadas a temas sanitarios, ambientales, o a los Usuarios).

Estos órganos consultivos tienen funciones de asesoramiento y consulta no vinculantes, mediante los cuales se busca canalizar la opinión de la comunidad a través de sus entidades más representativas vinculadas al sector saneamiento.

Para el control de los servicios el EPAS cuenta con:

- un Laboratorio Fijo en la sede del Ente regulador
- un Laboratorio Móvil

Ambos poseen tecnología de primer nivel y funcionan de manera integral, realizando las tareas correspondientes para garantizar el correcto funcionamiento y calidad de los servicios:

✓ Controlar las fuentes que son utilizadas para el abastecimiento de agua potable, superficial y subterráneo de toda la provincia.

✓ Realizar la determinación de 64 parámetros orgánicos e inorgánicos correspondientes a las normas del EPAS, que se basan en las propuestas por la Organización Panamericana de la Salud (OPS)

✓ Definir las características físico químicas del agua potable y, en caso de ser necesario, sugerir u ordenar las modificaciones tendientes a mantener un servicio de calidad sin perjuicios para la población

✓ Efectuar controles en las redes de distribución de los centros urbanos

✓ Monitorear e inspeccionar periódicamente los establecimientos depuradores de líquidos cloacales

✓ Consolidar una Base de Datos de siete años de inspecciones que Bse ha visto incrementada año tras año según las necesidades de control de EPAS

La existencia de este importante Programa del EPAS surge jurídicamente de:

❖ El Contrato de Concesión con OSM S.A., que estipula que la misma es a título oneroso, correspondiendo a la Empresa el pago de un "canon" o porcentaje de sus ingresos operativos anuales. El mismo se efectiviza mediante depósito bancario en cuenta especial.

❖ La Ley provincial N° 6410/96, que fija el porcentaje de ese canon que será destinado a obras de agua potable y saneamiento para la población rural y cuya administración "estará a cargo del Ente Provincial del Agua y de Saneamiento, el que

deberá presentar anualmente el plan de obras a la Honorable Legislatura Provincial para su aprobación".

Desde el inicio de la Concesión (1998) el EPAS:

- ✚ Utiliza el porcentaje que recibe del Canon únicamente para realizar las mencionadas obras de infraestructura.
- ✚ Trabaja en conjunto con los Municipios y entidades intermedias en la determinación del listado de obras posibles a incluir en cada Proyecto de Ley Canon de acuerdo a prioridades de desarrollo.
- ✚ Atiende los requerimientos de los legisladores hasta la aprobación de la Ley.
- ✚ Supervisa los proyectos de obra, brinda asistencia técnica para su realización, y realiza el control y auditoría contable y de obra.

## **Parte IV: La intervención de la empresa, causas, formas actuales de gestión del servicio**

### ***El concepto y caracteres de Intervención***

En este apartado se presentarán las diferentes definiciones de uno los autores mas representativos del derecho administrativo, este aludirá a aspectos diferentes, pero propios de intervención administrativa en tanto representa una etapa fundamental en OSM S.A.

José Roberto Dromi señala que la acción estatal no puede permanecer neutral e indiferente ante relevantes actividades de carácter público-económico que definen el destino mismo del Estado. Por ello se impone su intervención administrativa y legislativa, por alguna de las técnicas o modalidades de orientación, participación y dirección pública de la economía.

Él autor menciona diferentes técnicas intervencionistas:

a) Intervención indirectiva: es la intervención de orientación o de política económica estricta también llamada administradora ordenadora, mediante los instrumentos o mecanismos estatales que traten de encauzar el sistema económico hacia los fines fijados por el Estado. Este proceso de intervención, generalmente legislativa, no siempre coactivo, si no por lo común de coerción indirecta y de estímulo, se traduce en programas de ayuda, subvenciones articuladas en una política de fomento de planes de desarrollo, que ponen también en marcha la participación privada en la actividad económica, mediante juntas consorcios, corporaciones, cooperativas y otras asociaciones.

b) Intervención directa: es la intervención de ejecución también llamada administración prestacional, en la cual el Estado es el sujeto económico que más participa y dirige actividades económicas. Es una intervención estatal administrativa, pues generalmente se traduce en obrar por medio de empresas públicas. La intervención directa a la vez puede ser:

1- por su participación en situación de competencia o por lo menos no sustitutiva de la actividad económica privada por ejemplo: los transportes, producción de acero, etc.

2- por sustitución de actividades económicas privadas que se incorporan al sector público con carácter monopólico y por tanto totalmente excluyente de la participación privada.

En la intervención directa, el Estado estimula la participación privada en función de la vida socioeconómica y procura incidir en el ritmo y comportamiento del sector privado de la economía de modo coincidente con los fines del propio Estado.

La intervención directa no es incidental ni indicativa, si no que de forma sistemática participa a los particulares en el desarrollo, producción y distribución de bienes económicos. (Dromi, José Roberto, Manual de Derecho Administrativo tomo 2, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1987, pág. 115 y 116)

En cuanto a los caracteres según la Ley de Procedimiento administrativo de la provincia de Mendoza, 3909, en el capítulo IV, los principios básicos por los que se regirá el derecho administrativo con respecto a la intervención de los entes públicos se explicitaran algunos artículos a saber:

Las delimitaciones del Poder Ejecutivo se encuentran explicitadas en el Art. 23 en donde el Poder Ejecutivo. Podrá intervenir las entidades descentralizadas, en los siguientes casos: a)- suspensión grave e injustificada de la actividad a cargo del ente, b)- comisión de graves o continuadas irregularidades administrativas, c)- existencia de un conflicto institucional dentro del ente

Art. 24: la intervención deberá resolverse en acuerdo de ministros, el acto que la declare deberá ser motivado y comunicado en el plazo de 10 días a la legislatura

Art. 25: la intervención no implica la caducidad de las autoridades superiores de la entidad intervenida, la separación de estas en sus funciones deberá ser resuelta expresamente por el Poder Ejecutivo conforme a las disposiciones vigentes.

Art. 26: el interventor tiene sólo aquellas atribuciones que sean imprescindibles para solucionar la causa que ha motivado la intervención. En ningún caso tiene mayores atribuciones que las que corresponden normalmente a las autoridades superiores del ente. Los actos del interventor en el desempeño de sus funciones se consideran realizados por la entidad intervenida con respecto a terceros

Art. 27: la intervención podrá tener un plazo de hasta tres meses prorrogable por otros tres meses. Si en el acto que se declara la intervención no se ha fijado el plazo se entenderá que ha sido establecido el de tres meses. Vencido el plazo o su prórroga, en su caso la intervención caducará automáticamente y de pleno derecho reasumiendo sus atribuciones las autoridades superiores de la entidad si no hubieran sido separadas de sus cargos

conforme a lo establecido en el art. 25. Si vencido el plazo de la intervención no hubiera ninguna de las autoridades superiores de entidad que pudiera sumir la dirección, el interventor lo hará saber al Poder Ejecutivo y a la Legislatura continuando interinamente en el ejercicio de sus funciones hasta tanto se resuelve en definitiva la integración de las referidas autoridades. (Ley de Procedimiento administrativo de la provincia de Mendoza, 3909, pág.3-4)

### ***Antecedentes desencadenante de la intervención:***

Existen distintos ámbitos donde se hallan los casos señalados por el artículo 23 de la ley 3909 (suspensión grave e injustificada de la actividad, comisión de graves o continuadas irregularidades administrativas, existencia de un conflicto institucional dentro del ente), que provocan posteriormente la intervención del servicio.

Estas causales son un resumen de lo expuesto antes de realizar la intervención tanto por el Ejecutivo, como por los organismos estatales intervinientes en la materia como así también por los diarios más importantes de Mendoza.

El primer antecedente que se puede citar es el incumplimiento de las actas acuerdo: en diversas oportunidades en el último tiempo (en 2005 y 2007) se llegaron a suscribir acuerdos con OSM que por diferentes razones no se cumplieron, o se cumplieron a medias. Así, y lentamente, se fue generando un círculo vicioso en el que ninguna de las dos partes (Estado-privatizada) hacía lo que debía o a lo que se había comprometido; porque la otra, a su vez, no hacía lo suyo. Sólo durante la administración de Julio Cobos se cumplieron con el 50% de las inversiones acordadas entre el Gobierno y la empresa. En el 2005 OSM invirtió 3 millones menos que lo prometido, mientras que en 2007 la diferencia adeudada superó los 5 millones. (mdzonline, Diez pecados que hicieron fracasar a OSM, agosto 2009).

Así como también las cartas de entendimiento que fueron las primeras medidas que formaron parte de la iniciativa del poder legislativo para poder regularizar el sistema de agua potable y evitar que los problemas generados por las faltas de inversión sigan afectando la cobertura de las necesidades básicas de los ciudadanos.

La Primera Carta Entendimiento: Celebrada el 15 de diciembre del 2004 entre la Comisión Re-negociadora de los Contratos de Servicios Públicos y Obras Sanitarias.

Aprobada por Decreto Provincial N° 257/05 (B.O. 02.03.05), y desaprobada por la Honorable Cámara de Diputados de la Provincia en la sesión del 06.05.05, según Resolución N° 08/05

Carta Entendimiento celebrada el 15.12.2005 entre el Poder Ejecutivo Provincial y la empresa Obras Sanitarias. Ratificada por Decreto 3016/05 (26.12.2005), en el que se estableció que la norma se dictó ad referendum de la Legislatura (ver art.2), luego ratificada por Ley 7.491 (B.O. 31.01.06). (Foja).

Segunda Carta Entendimiento: Suscripta el 17.05.2007 entre el Ministro de Ambiente y Obras Públicas ad referendum del Ejecutivo y la empresa Obras Sanitarias, ratificada por el Señor Gobernador de la Provincia con fecha 23.11.2007 por Decreto N° 3.246 (B.O. 28.11.2007), desaprobado por la H. Cámara de Diputados en sesión del día 09.01.2008 (fs.16 a 26 de autos) y no tratada en Senadores por falta de quórum en sesión de 08.02.2008 (fs. 43/44). (Foja)

Con respecto a los atraso tarifario, en los casi 10 años que lleva la privatización, la tarifa sólo ha aumentado el 19,7%, lo que da una idea más que clara del atraso tarifario que tiene el agua en Mendoza. Una situación reconocida por los sucesivos gobiernos y también por estudios de las universidades públicas de la provincia. En esa falta de adecuación de la tarifa y en las complicaciones por la aplicación de subsidios, los ingresos de los inversores se fueron lentamente disminuyendo, corroídos además por la inflación. (mdzonline, Diez pecados que hicieron fracasar a OSM, agosto 2009).

Uno de los casos es el municipio, en que se denuncian acciones de inconstitucionalidad contra ciertas ordenanzas que fijan tasas por derechos de comercio y por ocupación de espacios de dominio público con cañerías e instalaciones.

También se puede constatar que en los departamentos de la provincia de Mendoza se han realizado juicios por parte del municipio por el mal servicio de agua potable. Entre estos juicios cabe mencionar:

- Capital con 7 juicios que se reclama a OSM S.A. un monto de \$4.245.490
- Godoy Cruz con 6 juicios este departamento reclama una inversión de \$2.000.000
- Guaymallén : ha realizado 3 juicios en los que pide un monto aproximado de \$.3000.000
- Malargüe con solo un juicio reclama un monto aproximado de 30.000
- Rivadavia también con un juicio pero con una inversión de \$1.700.000.

Un ejemplo de lo mencionado anteriormente se presenta en el departamento de Lujan de Cuyo donde hay una acción iniciada por OSM S.A. por falta de pago por el Colector El Milagro (efluentes cloacales) por un monto estimado en el año 2007 de \$20.812.616,08

Otro ámbito que apporto al momento de decidir la intervención fue el caso del departamento de Irrigación: se notifica la existencia de una boleta de deuda (Luján de Cuyo) y un Juicio de Apremio (Benegas), en el cual OSM S.A. solicitó la suspensión de la exigibilidad hasta tanto exista sentencia firme de la S.C.J.M. Finalmente la suspensión fue concedida por el organismo S.C.J.M.

EPAS al ser el ente regulador del servicio, también elaboró un informe que constó de 27 casos (suspendidos de común acuerdo, luego de la intervención). Impugnan entre otras las Resoluciones de EPAS que imponen las multas a OSM S.A. por interrupciones del servicio, bajas pretensiones, incumplimiento de parámetros de calidad del agua entre los que se puede contar con el bajo cloro residual, turbiedad por presencia de magnesio y por falta de colaboración del ente. (Cristina Barbosa, power point de OSM S.A Juicios y contingencias, 2009, págs. 2-7).

Para profundiza más en el tema uno de los problemas por lo que se ha interrumpido varias veces el servicio es que el titular del ente que controla la calidad del agua reveló que en los análisis realizados recientemente se hallaba lavandina y al analizarla mostro altos niveles de mercurio. Además, el titular admitió que ya desde 2008 se viene detectando el metal en el agua.

Por lo que Montoro expresó que desde hace años Obras Sanitarias Mendoza se encontró mercurio en el agua del canal Cacique Guaymallén, como así también en el Jarillal y en el Civit y se comprobó que en estos lugares, que el agua no cumple con los grados normales de mercurio exigidos por ley. La empresa que se dedica a la fábrica de este producto, la lavandina utilizada para purificar el agua, es la empresa Keghart que ha sido suspendida en varias ocasiones debido a que en reiteradas veces a superado la cantidad de hipoclorito por lo que lleva posteriormente a altos niveles de mercurio (Pachy Reynoso para mdzonline, El 5 de abril el EPAS halló alto nivel de mercurio en el cloro de la empresa a Keghart S.A., 22 de Abril de 2010)

Por lo tanto, el Ente Provincial del Agua y Saneamiento (EPAS) requirió al Poder Ejecutivo Provincial la intervención administrativa de Obras Sanitarias fundando el pedido

en el riesgo técnico y en la afectación de la regularidad del servicio. Que asimismo el poder concedente verificó, entre muchos otros motivos, el incumplimiento del Plan de Acción 2007 como el del 2008 (comprometido en esta causa), admitiendo respecto a este último que OSM SA no ha realizado la inversión comprometida, existiendo un nivel de incumplimiento del 61% y que respecto al expreso reconocimiento del déficit de inversión en obras consignado en la Carta Entendimiento 2007, incumplió totalmente con su compromiso en efectivizarla. Se dictó así el Decreto 1690/09 (B.O. 05.08.2009) que dispuso la intervención administrativa de Obras Sanitarias Mendoza, en sus considerandos se precisan todos los motivos que fundan la intervención entre los que se destacan los referidos al incumplimiento de lo pactado en la Carta Entendimiento 2007. La intervención sigue vigente atento que se dispuso su prórroga por Decreto 3332/09 (B.O.10.02.2010).-

Y por último se encuentran los juicios realizados en forma privada y otro por la Justicia Federal. El primero se trata de que se realizan en todas las circunscripciones judiciales de la provincia 151 juicios por D y P, consignaciones, repeticiones de pago, expropiaciones, servidumbre y ocupaciones temporales, apremios. Un claro ejemplo de estos juicios es el "Amparo Pollini G." en donde existe un reclamo colectivo por la presencia de manganeso en zonas de Godoy Cruz y Luján de Cuyo con el patrocinio de la Defensa del consumidor Protectora. Se reclama la aplicación de la Resolución EPAS N° 181/08 (descuento 62% del servicio de agua) y daños punitivos. El valor de este reclamo asciende a \$1.000.000

Además del juicio federal realizado con un recurso extraordinario ante SCJM interpuesto por AFIP en contra de la sentencia que rechaza el emplazamiento a OSM SA por saldo de declaración jurada por Impuesto a las Ganancias per fiscal 1997. El monto reclamado es de 3.040.154,75 pero con los intereses asciende a un valor estimativo de \$20.000.000. (Cristina Barbosa, power point de OSM S.A Juicios y contingencias, 2009, pag 12)

### ***Intervención: la gestión y el desarrollo de la misma***

#### **Paso previo a la intervención: Auditoría General de OSM S.A.**

Basándose en estos informes de juicios y contingencias se llama a una auditoria para realizar una intervención administrativa.

Por decreto se dispuso la intervención por 180 días de OSM S.A., entre los distintos objetivos se dispone a la:

-Realización de una Auditoria Integral de Bienes: esta constará de analizar la situación Dominial del estado de conservación, adelantos tecnológicos, elementos deteriorados y faltantes, bienes incorporados.

- Realización de una Auditoria del Servicio: detalles sobresalientes, imagen objetiva de su estado, nivel de servicio, informe de calidad aspectos comerciales y atención a usuarios.

Los datos relevados deben contribuir a la información sobre inversiones en infraestructura, personal, la gestión financiera, compromisos asumidos y su cumplimiento, situación tarifaria y resultados contables, procesos judiciales en curso

Asimismo si se requieren entidades especializadas se debe recurrir a las Universidades Nacionales y/o centros de Investigación de Mendoza según Ley 5657 y Decreto 1375/92.

Los objetivos proyectados en el planeamiento de la auditoria se clasifican en objetivo general y objetivos específicos:

El primero relevar el estado y evolución de la situación jurídica e institucional de la calidad y cobertura de servicio pesado, de la capacidad técnica operativa, así como los estados económico-financiero y contable de OSM S.A. con relación a la concesión de servicios de Agua Potable y Saneamiento otorgada por la provincia de Mendoza.

En cuanto a los segundos cabe mencionar los siguientes:

- Relevar el estado de la situación jurídica y su evolución
- Relevar el estado de la situación institucional y su evolución
- Relevar el estado de la situación de cobertura y calidad del servicio prestado y su evolución.
- Relevar el estado de la situación de la capacidad técnico- operativa y su evolución.
- Relevar los estados económico-financieros y contables y su evolución.

El personal empleado para gestionar la auditoria y sus roles funcionales dentro de la Auditoria General de OSM S.A. son:

❖ Coordinadores de Auditorias: establece lineamientos generales, la coordinación de criterios de evaluación y documentación, la revisión y análisis general de información y la elaboración del Informe General y Estratégico de la Intervención.

❖ Oficina de Documentación: tramita pedidos de informes y datos, realiza el archivo transitorio y la duplicación, conformación, siguiendo normas específicas de gestión y seguridad.

❖ Veedores Auditores oficiales de inspecciones: los documentos en el área correspondiente, realizan la detección, interpretación y resumen de elementos claves, y la recolección de datos solicitada por los Auditores Externos. Contribuyen a la elaboración del Informe General y Estratégico de la Intervención

❖ Auditores Externos: los profesionales de las Universidades designados para relevar e interpretar y analizar la información relevante. Pueden requerir toda la información necesaria a través de la Oficina de Documentación para llevar a cabo su tarea. (Cristina Barbosa, power point de Auditoria General de OSM S.A., 2009, pág.2-3, 5)

Con el correspondiente personal encargado de recepcionar y analizar los datos para la posterior elaboración de informes se cuenta con ciertos niveles de información para determinar la jerarquía de la información y la intervención de los distintos órganos participantes. Estos niveles son:

- Nivel 1: son los informes reducidos referidos a la identificación, ubicación y convalidación de los datos y documentación de base. Incluyen la información de base y la descripción sintética de sus elementos claves. Ocasionalmente determinan la eventual ausencia de datos y la necesidad de relevamiento particular.
- Nivel 2: son informes extendidos con la evaluación y análisis de documentación relevada y convalidada en informes de Nivel 1. Las conclusiones de los informes del Nivel 2 forman parte de la materia elaborada por la Auditoria.
- Nivel 3: informe de síntesis con la valoración y/o cuantificación de las variables de estado que caracterizan el accionar de la empresa en relación a los objetivos y metas de la concesión. Se basan en la información elaborada en el nivel 2 y en Auditorias pasadas debidamente convalidadas. Las conclusiones de los informes del Nivel 3 constituyen el núcleo central sobre el cual se basará el Informe General y Estratégico de la Intervención.(Cristina Barbosa, power point de Auditoría General de OSM S.A., 2009, pág. 16)

Se efectiviza la intervención de OSM a través del decreto 1969/09

## **La intervención de OSM S.A**

El decreto 1.690 firmado por el gobernador Celso Jaque, Cazabán respresentante de la cámara y todos los ministros establecen que a partir del 3 de Agosto del año 2009, el Ejecutivo intervendrá OSM por 180 días, con posibilidad de prorrogarlo 180 días. Esto es porque según reza el escrito se encuentra “seriamente afectada la regularidad del servicio suministrado por OSM, lo que se constata en diversos expedientes y actuaciones del EPAS y en donde se acredita la gravedad de la situación mencionada”.

El interventor es el ingeniero Gonzalo Manuel Dávila, vicepresidente de EPAS. Davila será asesorado en los aspectos jurídicos y legales por el abogado Aldo Rodríguez Salas y por la Fiscalía de Estado de la Provincia por quien desde allí se designe. (Mdzonline Todas las medidas que el Gobierno tomó para regularizar el servicio de agua, 3 de Agosto de 2009)

El decreto 1690 establece que la intervención de OSM SA se encuentra basada en el Riesgo Técnico que se constatan en los diversos expedientes y actuaciones administrativas del EPAS donde era evidente la gravedad de la situación, y evidenciada por su estado crítico

A continuación se mencionan algunas de la causante de dicho proceso:

- Emplazamiento de OSM, por el incumplimiento de de obras de inversión, originada en el ministerio de Infraestructura, Vivienda y Transporte. Incluso OSM presenta un informe sobre el Estado de Riesgo Técnico que presentan las redes colectoras de efluentes cloacales de Guaymallén y Las Heras, siendo imprescindible una inversión de veinte millones de pesos. Para lo cual La Asamblea ordinaria Anual de Accionistas de OSM solicita al concedente, o sea el estado, un subsidio.

- La comprobación de manganeso en red, que sale en las conexiones domiciliarias del departamento de Godoy Cruz, debido al desprendimiento de Oxido de Manganeso, acumulado en acueductos de Potrerillo, debiéndose a que tal acumulación no se trato en debida forma en la planta de tratamiento; correspondiéndole una multa de cien mil pesos incluyendo una denuncia penal.

Acompañado por una disminución tarifaria en los usuarios afectados con oxido de manganeso de un 62% de la tarifa plena de agua potable.

- Se constato Hipoclorito de sodio, elaborada por el método del cátodo de mercurio alcanzan valores superiores al límite preestablecido en la norma IRAM 41.171-96, siendo este de 1mg/l. Eso motiva la obligatoria retirada de la partida por un insumo que cumpliera con dicho valor. Se constato además que en varias partidas se detecto la presencia de dicho elemento en concentraciones superiores a las fijadas como parámetro aceptable de calidad omitiendo informar en tiempo y en forma esta situación.

- Lo anterior genero una falla en el control de calidad de los insumos provocando una distribución de agua que no cumplía con los parámetros de agua potable, dado que la presencia de mercurio aunque en bajas concentraciones, se repetía sistemáticamente. Poniendo en evidencia la falta de control y distribución del insumo hipoclorito de sodio, el cual era entregado y usado en las diferentes unidades operativas sin la autorización pertinente, generado por un exceso de confianza en el mismo.

- Se comprobó que ningún establecimiento operado por Obras Sanitarias Mendoza S.A. alcanza a cumplir con las metas de calidad de efluentes tratados y que la mayoría de ellos están sobrecargados, lo que demuestra por un lado la falta de inversión en la infraestructura de cada uno de los establecimientos y por otro, la deficiencia operativa de los mismos.

- Lo mencionado previamente ocasionó una serie de impactos negativos tales como:
  - Falta de mantenimiento en infraestructuras, que implica una falta de inversión por parte del concesionario, como así también las deficiencias en su operación; falta de sistemas de medición de caudales,
  - Fallas en la operación de cada uno de los sistemas de tratamiento
  - Impactos ambientales negativos (olores,contaminación de suelos, aire y aguas subterráneas),
  - Cloración indiscriminada del líquido de salida (no autorizado) con el fin último de ajustar los valores bacteriológicos a los indicados en la norma de calidad, con el consiguiente daño producido en los terrenos

- Se ha verificado la baja presión suministro de agua potable, lo que consta en informes técnicos emanado de Gerencia de Auditoría, que consigna expresamente que:

- a) "...esta situación (falta de presión y/o falta de suministro), se repite y agrava año tras año en las temporadas estivales, desde el año 2004 aproximadamente a la fecha, con

el agravante que en los últimos años esta preocupante situación se presenta en forma rotativa, es decir, que una vez detectada dicha problemática se instruye al operador para su normalización inmediata, ésta mejora unos días, y luego el problema aparece en otro lugar, y así sucesivamente...”;

b) “...en primera instancia se puede decir, que el sistema en general adolece de problemas de distribución, ya que como podemos observar son escasas las conducciones de diámetros importantes, lo que lleva aparejado que la distribución debe hacerse en gran medida a través de la red, la que inclusive no cuenta con un aterrazamiento franco”;

c) “...que en el caso de la localización de algunas perforaciones, o las mismas no cuentan con sistema automático de funcionamiento o bien no tienen sistema de presurización (para mantener una presión estable y uniforme en los distintos sectores de influencia del refuerzo), dado que en las cercanías hay un número importante de reclamos por baja presión. Como así tampoco se cuenta con un sistema de regulación de invierno y otro de verano, utilizando válvulas esclusas para tal fin, lo que no es aconsejable, ya que la existencia e instalación de dichas válvulas es con la finalidad de poder cortar el servicio en un sector determinado, acotando el área de intervención ante un corte programado o situaciones imprevistas”;

d) que la situación real del problema “...tiende a agravarse si no se toman medidas de corto y mediano plazo, tales como construcción de acueductos y perforaciones”, y e) que la situación “...no se resuelve con la aplicación de multas o sanciones, aunque estas fueran para resarcir a los damnificados, ya que el usuario lo que solicita es la continuidad del suministro de agua potable, en lo que se refiere a presión y caudal.

- Es conveniente mencionar que en lo referido al Acueducto Potrerillos, que representa el 20% del consumo de agua del Gran Mendoza, se ha constatado un déficit de mantenimiento, situación de vulnerabilidad que no ha sido identificada y atendida en debida forma por Obras Sanitarias Mendoza S.A.

Si bien a el concesionario presentó un Plan de Contingencia, y con posterioridad actualizaciones del mismo, pero tales documentos revisten un “carácter teórico” en muchos aspectos, careciendo de elementos específicos que permitan formular Planes de Prevención y Mitigación sobre la infraestructura ligada a los servicios concesionados, lo que se obtiene

a través de “estudios de vulnerabilidad” determinados, para cada localidad servida, servicios y amenazas específicas. Tales estudio no han sido realizados y/o presentados por Obras Sanitarias Mendoza S.A., por lo que no es posible aceptar y aprobar el Plan de Contingencia, así como sus posteriores actualizaciones, representando ésta una grave situación de imprevisión en una Provincia con numerosas amenazas por eventos naturales.

Los diversos incumplimientos y reiteraciones de los mismos, por parte de Obras Sanitarias Mendoza S.A. se ven también reflejados en las sanciones pecuniarias impuestas en los años 2007, 2008 y 2009.

En relación al Plan de Acción 2007 no se ha realizado la inversión comprometida verificándose:

- a) Nivel de cumplimiento medido en función de la ejecución de acciones identificadas:  
Número de acciones (proyectos y obras) previstas: 26; Número de acciones (proyectos y obras) ejecutadas: 23; lo que representa un nivel de cumplimiento de 88% y de incumplimiento del 12%;
- b) Nivel de cumplimiento medido en función de la inversión realizada: - Monto comprometido en proyectos y obras: \$ 7.831.000,00; Monto ejecutado en proyectos y obras: \$ 4.809.940,17; lo que representa un nivel de cumplimiento del 61% y de incumplimiento del 39%.

De manera similar en relación al Plan de Acción 2008 no se ha realizado la inversión comprometida, existiendo una inversión anual prevista en obras de \$ 9.137.500,00 y un monto realmente ejecutado de \$ 3.589.969,62, lo que arroja un nivel de cumplimiento 39% y un nivel de incumplimiento del 61%.

Por ultimo en relación al Plan del 2009 el concesionario reconoció un déficit de inversión en obras de \$ 48.572.196,49, comprometiendo al efecto de cumplir con esa obligación, una inversión anual prevista de \$ 1.500.000,00, sin que la fecha se hayan efectivizado las mismas, siendo el incumplimiento del 100% de lo acordado.

Que a Diciembre del 2008 (años 2006, 2007 y 2008), del cálculo de las deudas recíprocas que existen entre el poder concedente y el concesionario por diferentes conceptos, arroja un saldo favorable a la provincia de Mendoza de \$ 7.946.854,00, estando pendientes los cálculos correspondientes al año 2009.

Se han observado, asimismo, deficiencias en la Operación Técnica en San Rafael por el corte anual efectuado por el Departamento General de Irrigación, originadas en un Plan de Contingencias deficiente o en la inexistencia del mismo

Sumado a lo anterior señalamos que ha sido deficiente la atención de los Usuarios, tanto en el procedimiento de realizar el reclamo al concesionario, como así también en la atención y distribución de agua en camiones, debiendo soportar días sin un servicio de vital importancia.

Finalmente, es de destacar el deterioro en que se encuentran tanto los edificios, y elementos que hacen al funcionamiento de la planta; como los sistemas electrónicos de control, los que fueron abandonados en la medida que acusaban algún desperfecto.

Lo citado anteriormente manifiesta como se ve afectada la regularidad del servicio, extremo que impone una necesaria de la administración concedente a los fines de corregir manifiesta anomalía, procurando a través de los procedimientos idóneos que están predispuestos al efecto por el orden normativo, restablecer la normalidad del servicio severamente alterado, en pos de la satisfacción de las necesidades de los Usuarios y la protección del ambiente mediante la afirmación de la función reguladora del Estado en los servicios públicos concesionado

### **Propiedades del servicio de agua potable**

Según la Ley N° 6044 art. 2, establece como objetivos de este servicio y de su correlativa gestión, los siguientes:

- 1) Garantizar el mantenimiento y promover la expansión del sistema de provisión de agua potable y desagües cloacales e industriales;
- 2) Lograr que la operación de los servicios se ajuste a los niveles de calidad y de eficiencia, que se fijen al efecto;
- 3) Incentivar el uso racional y eficiente del recurso hídrico, velando por la adecuada protección de la salud pública y del medio ambiente;
- 4) Establecer un sistema normativo que garantice la calidad y continuidad de los servicios de saneamiento;
- 5) Fomentar el incremento de las inversiones y asegurar un régimen comercial y tarifario razonable y equitativo;
- 6) Disminuir el impacto ecológico y económico de la contaminación hídrica;
- 7) Perfeccionar la función de control de los servicios de saneamiento;
- 8) Promover la participación de los usuarios y de los trabajadores del sector en la prestación de los servicios;
- 9) Fomentar la incorporación y desarrollo de tecnologías apropiadas, flexibles y accesibles para mejorar la eficiencia y calidad en la prestación de los servicios; y
- 10) Proteger adecuadamente los derechos de los usuarios.

Dicho servicio público resulta esencial y básico para la población, ya que comprende: la producción, distribución y comercialización de agua para abastecimiento de la población, incluida la potable, desagües cloacales e industriales entendiendo por producción de agua potable, la captación y tratamiento de agua cruda para su posterior distribución en las condiciones técnicas y sanitarias establecidas en las normas respectivas; por distribución de agua potable, el transporte y conducción de agua producida hasta su entrega en el inmueble del usuario; por tratamiento de aguas servidas, la adecuación de la calidad de éstas a la norma de calidad admisible por el cuerpo de disposición final que se utilice y por disposición de aguas servidas, la evacuación de éstas en cuerpos receptores en las condiciones técnicas y sanitarias establecidas en las normas de tratamiento y de calidad respectivas.

Este debe ser prestado inexorablemente en condiciones “que aseguren su continuidad, regularidad, calidad, generalidad y obligatoriedad, que hemos analizado previamente en la parte I, de manera que se logre la satisfacción de las necesidades de los usuarios y la protección del ambiente”.

Sin embargo y en concordancia con lo expresado, es esencial la Inmediatez que deben revestir las soluciones que se tomen desde el poder concedente para dotar en forma inmediata, de calidad y eficiencia al servicio, y en forma puntual restablecer y garantizar la regularidad del mismo, al encontrarse involucrado el esencial servicio de suministro de agua potable, así como cuestiones ambientales y sanitarias que conforman el derecho de los usuarios.

Por otra parte, la adopción de medidas sancionatorias previstas en el Art. 45 Inc. 1 a 6 de la Ley 6044 y capítulo 12 del Contrato de Concesión, son insuficientes y no apropiadas para asegurar este objetivo, sin perjuicio de que eventualmente pueda proceder la aplicación de las mismas en su oportunidad y en caso de corresponder.

Estos objetivos resultan irrenunciables para el Estado Provincial, a través de sus diversos órganos y en el marco de su doble rol de entidad concedente y fiscalizadora de la prestación adecuada del mismo, siendo responsabilidad indelegable de la administración asegurar su prestación adecuada, en los términos de regularidad, calidad y continuidad antes apuntada, estando facultando al Poder Ejecutivo a aplicar los mecanismos aptos para la corrección de los problemas detectados; Considerando que el E.P.A.S. está expresamente facultado para requerir la intervención del concesionario Obras Sanitarias Mendoza S.A. y el Poder Ejecutivo Provincial, para disponerla en caso de considerarlo procedente, en virtud de lo dispuesto en los Arts. 48 de la Ley N° 6044, Art. 13 inc. q) del Decreto N° 2.223/94 mod. por Decreto N° 911/95 y artículo 12.2.4.3. del Contrato de concesión, en cuanto expresan respectivamente que: “El Poder Ejecutivo, a requerimiento del E.P.A.S., podrá disponer la intervención administrativa del concesionario, empresario prestatario o de explotación del servicio, por el plazo de hasta ciento ochenta (180) días, prorrogables por igual término.

Siendo el objetivo de la intervención restablecer la regularidad en las condiciones de prestación del servicio, sin que importe necesariamente la sustitución temporaria de los órganos de dirección y administración de la entidad prestataria” y que “El Ente Regulador

podrá proponer la intervención cautelar del Servicio de acuerdo a lo previsto en el artículo 48 de la Ley N° 6.044”. siendo esta una medida extraordinaria.

En tanto en el marco jurídico y fáctico reseñado, se torna imprescindible para la administración, como titular indelegable y originario del servicio público en cuestión, adoptar medidas relacionadas con la gestión del servicio concesionado, estableciendo una Intervención Cautelar.

Vale mencionar que esta decisión implica el ejercicio pleno de uno de los principios fundamentales del Estado de Derecho, que es el cumplimiento por el propio Estado de los deberes u obligaciones legales que ha creado para sí, aún en el caso de delegación en un tercero.

Considerando el objetivo propio de la intervención, esta deberá informar sobre la situación operativa del servicio público concesionado a Obras Sanitarias Mendoza S.A. y sus necesidades de inversión en infraestructura a corto, mediano y largo plazo.

Complementariamente, es necesario encomendar a la intervención, una evaluación integral del conjunto de regulaciones y acuerdos vigentes sobre el servicio, a fin de determinar las medidas correctivas necesarias para asegurar la calidad, continuidad y regularidad del mismo en lo sucesivo.

Según el art. 3 del Decreto 1.690, son funciones del interventor las siguientes:

- 1.) Restablecer y garantizar la prestación del servicio en condiciones que aseguren su continuidad, regularidad, calidad, generalidad y obligatoriedad, propendiendo a lograr la satisfacción de las necesidades de los usuarios y protección del ambiente;
- 2.) Realizar una evaluación integral del conjunto de regulaciones y acuerdos vigentes sobre el servicio, a fin de determinar las medidas correctivas necesarias para asegurar la calidad, continuidad y regularidad del mismo en lo sucesivo;
- 3.) Efectuar un análisis e informar sobre los contratos en curso de ejecución que se hubieren celebrado con anterioridad a la intervención que se dispone, aún en el caso de aquellos que se hubiesen tercerizado, y disponer prórrogas o rescisiones según resulte conveniente.
- 4.) Realizar una auditoría integral sobre el estado de los bienes que se recepcionan y su situación dominial, especificando los eventuales adelantos tecnológicos incorporados y los nuevos servicios conexos con los concedidos, así como los faltantes o deterioro

respecto del inventario oportunamente labrado por el Estado Provincial, pudiendo al efecto dar intervención al E.P.A.S. u organismos que resulten competentes.

- 5.) Realizar los actos que sean necesarios para garantizar el mantenimiento de las fuentes de trabajo afectadas a la prestación del servicio.
- 6.) Realizar todos aquellos actos y actividades que en el ámbito de los objetivos precedentes, sean útiles y/o necesarios para cumplir los objetivos esenciales estipulados en el presente Decreto Acuerdo.

Y Según el art. 4 del Decreto 1.690, el interventor está obligado y facultado para:

- 1.) Ejercer la totalidad de atribuciones otorgadas en el Estatuto Social y/o reglamentaciones internas vigentes al Directorio y a su Presidente.
- 2.) Elaborar un relevamiento y/o auditoría del servicio que deberá brindar una imagen objetiva de su estado, discriminando en forma detallada cada uno de sus aspectos sobresalientes. Este relevamiento deberá reflejar el nivel del servicio en función de lo dispuesto en el capítulo 3 del Contrato de Concesión, el contenido de los informes de calidad del servicio contemplados en el artículo 5.6 del mismo contrato y los aspectos comerciales y de atención de los usuarios.
- 3.) Informar al E.P.A.S. y al Poder Ejecutivo (a través del Ministerio de Infraestructura, Vivienda y Transporte) sobre:
  - 3.1) Las necesidades de inversión en infraestructura a corto, mediano y largo plazo, identificando las áreas servidas afectadas.
  - 3.2.) La situación del personal de la empresa.
  - 3.3.) La gestión financiera de la empresa, compromisos asumidos y grado de cumplimiento, situación tarifaria y resultados contables.
  - 3.4.) Situación y estado de los procesos judiciales que como actor y/o demandado posea la empresa, de cualquier naturaleza, índole o jurisdicción.
  - 3.5.) Sobre el estado de los bienes afectados al servicio.

La realización de Asesorías, Informes o Consultorías que requieran la participación de entidades especializadas en la materia de que se trate y que sean necesarias para el cumplimiento de los objetivos y funciones previstos en el presente Decreto

Acuerdo, deberán ser requeridos a Universidades Nacionales y/o Centros de Investigación con asiento en la provincia de Mendoza, en el marco de lo dispuesto en la Ley 5657 y Decreto N° 1375/92.

En tanto el art.6 señala que el Interventor elaborará un informe dirigido al Poder Ejecutivo, a través del Ministerio de Infraestructura, Vivienda y Transporte, por el cual recomendará al mismo: la continuación o no de la intervención por otros ciento ochenta (180) días, con 30 días de antelación al vencimiento del plazo de intervención

Al finalizar la intervención, durante el plazo inicial o su prórroga, deberá informar fundadamente: el cumplimiento de los objetivos de la intervención por la regularización del servicio, o la procedencia del rescate total o parcial de la concesión.

En caso de recomendar el fin de la intervención y la continuidad de la concesión, deberá el informe contener las medidas correctivas jurídicas y operativas, acordadas o dispuestas, que aseguren la regularización del servicio público. Esta alternativa puede incluir el rescate parcial.

#### **Prorroga legislativa de la intervención:**

Según el Decreto 332/009 se establece que en el marco de las iniciativas tendientes a mejorar las condiciones de formalización de las pequeñas y medianas empresas, se entiende conveniente establecer un régimen simplificado de determinación de los pagos a cuenta del Impuesto al Valor Agregado que podrán aplicar determinados contribuyentes de reducida dimensión económica.

#### ***La RESCISIÓN de contrato de concesión a través del decreto 1541/10***

Si bien se han desarrollado previamente las causas que afinan en la rescisión del contrato en esta sección se explicitaran de manera general las faltas legales que las mismas promovieron.

A través del decreto 1541/10 originado en el Ministerio de Infraestructura en el cual se sientan las bases que sustentan la rescisión del contrato de concesión de OSM S.A. Este decreto fue emitido el día Lunes 12 de Julio del 2010 y publicado el 14 de Julio del 2010, en el se detalla la situación en que se encuentra la empresa y los reiterados incumplimientos

en las obligaciones fundamentales inherentes a la prestación del servicio público de provisión de agua potable y saneamiento. Por lo que se considera como importante a la hora de rescindir del contrato con los concesionarios actuales tuvieron en cuenta los siguientes aspectos y se pueden dividir en:

**Incumplimientos jurídico-legales:** estas conciernen a las reiteradas faltas de cumplimiento con lo que hace respectivo a obligaciones legales, reglamentarias, y contractuales relativas a aspectos institucionales, a la provisión de servicios, a la gestión técnica operativa y a los aspectos económicos- financieros del contrato de concesión y normativa de aplicación.

Además no se realizaron los informes correspondientes al relevamiento del servicio e inventarios de bienes.

Los incumplimientos jurídicos-normativos a demás de se encuentran divididos en en incumplimientos societarios por parte de las empresas que tenían la concesión y los incumplimientos con los usuarios del servicio.

- Incumplimientos societarios: en donde se observa que a través del contrato de concesión decreto 1418/97 Decreto de concesión 1599/96, se verifican cambios accionarios producidos tanto en la sociedad adjudicataria como en su operador técnico hasta la fecha no autorizados y representan infracciones en dichos contratos de concesión.
- Incumplimientos con los clientes: en los resultados de la Auditoria externa se ha permitido establecer que respecto al servicio de agua potable se ha encontrado incumplimientos en la continuidad del servicio y la atención al usuario, como así también la gestión incompleta de los Libros de Quejas debido a que no se encontró evidencia de seguimiento continuo por parte de los responsables de atención al cliente. Por lo que claramente se puede acreditar que el servicio que se prestó para una considerable porción de los usuarios servidos en condiciones irregulares y deficientemente en forma sostenida a lo largo de los años

**Incumplimiento técnico operativo:** aquí se hace un listado de los incumplimientos en la Provisión y Cobertura del Servicio de Agua Potable y Cloacas, incumplimiento en el servicio de Tratamientos líquidos y Cloacas.

Que los resultados de la Auditoria General y la Intervención han permitido establecer respecto así servicio de agua potable que existe cobertura y dotación insuficiente en los distintos departamentos de Mendoza.

Existen deficiencias muy graves en el conocimiento de los bienes afectadas al servicio con inexistencia de registros formales de estado de instalaciones y equipamiento, insuficiente evolución de bienes con aumento de la obsolescencia en equipamiento y un estado actual crítico.

La obsolescencia e insuficiencia principalmente en el área operativa, donde el parque automotor esta al termino de su vida útil, los equipos de apoyo técnico como inspección por TV o búsqueda de fugas han cumplido largamente su vida útil, hay muy poco a equipos de medición de caudal en uso y por último de los camiones desobstructores para redes cloacales el más nuevo tiene 8 años. En tanto que el laboratorio, si bien ha habido una renovación reciente aún hay una proporción importante de instrumentos anteriores a la concesión que debieran renovarse para conservar el grado de precisión instrumental. El equipamiento informático en cambio se encuentra mayormente obsoleto y debe entrar en una pronta etapa de renovación

### ***RESOLUCIÓN DE DIRECTORIO EPAS N° 064-2010***

A partir de la intervención, el EPAS, emite la resolución N° 064-2010, el 8 de julio del 2010, por lo que menciona las causales que autorizan la rescisión unilateral del contrato por culpa del concesionario referentemente a : 1) Incumplimiento grave de disposiciones legales, contractuales o reglamentarias aplicables al servicio.(art. 13.3.1 Contrato de Concesión).- 2) Atrasos reiterados e injustificados en el cumplimiento de las inversiones anuales o las metas convenidas en el POE (13.3.2 Contrato de Concesión).- 3) Reiterada violación del reglamento del usuario (art. 13.3.6 Contrato de Concesión).- 4) Reticencia u ocultamiento reiterado de información al Ente Regulador (art. 13.3.7 Contrato de Concesión).- 5) Falta de constitución, renovación o reconstitución de la garantía de cumplimiento de contrato en los términos previstos en el art. 10.1. (Art. 13.3.9).

Además del Concesionario ha incumplido obligaciones legales, reglamentarias y contractuales relativas a la confección y actualización de 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 ya mencionados 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; y como finalidad 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.

Ampliando los considerandos precedentes y teniendo como fuente los informes de fase “B”, presentados por el interventor, coordinadores del EPAS y por la auditoría realizada por la Universidad Nacional de Cuyo, ha quedado acreditado que:

- I. *No se encuentra dentro del ámbito de la Empresa el original del Contrato de Operación Técnica con el operador SAUR International, sólo se tiene una copia legalizada de una versión de 1998, con cinco años de validez*

La falta del documento original en contra de la normativa interna que la misma empresa se ha dado en cumplimiento de disposiciones contractuales (incumplimiento del punto 7 del manual de “Elaboración, Revisión y Suscripción de los Contratos”, que establece que la Custodia y Archivo de los contratos originales es de la Gerencia de Asuntos Legales), a lo que se suma que esa falta ha sido asumida de modo incontrovertible por el propio personal de la empresa, permite concluir que la empresa 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)

Finalmente el cumplimiento de las normas de calidad no 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 asesorara 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 mayor diligencia a la que se encuentra obligado en los términos del art. 7.3 del contrato de operación antes referido.

II. 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 Contrato de Concesión 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

III. Incumplimiento de normas internas de contratación por asesoramiento profesional:

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. El desorden en materia de contrataciones guarda relación con la falta de implementación del Registro de Contrataciones tal como lo exige el Contrato de Concesión.

IV. Incumplimiento del depósito legal correspondiente a la Garantía de Cumplimiento de Contrato:

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 firmada entre OSM y el Poder Ejecutivo de la Provincia de Mendoza, como garantía provisoria con una vigencia de dos años y por un monto de tres millones de pesos. La documentación aportada se ajusta a esas pautas. El pago de la misma se efectuó luego de la Intervención (17 de noviembre de 2009). 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”.

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 como provinciales, las que en cada caso han sido puntualmente citadas, sino que también no se

debe perder de vista que el Concesionario asumió el servicio a su propio riesgo y resulta responsable por las obligaciones asumidas y cumplimiento de los requisitos para prestar el servicio.

Incumplimientos relativos a la obligación de presentar Informe del Inventario de Bienes y valuación de su Estado y Funcionamiento (incumplimiento asociado en la confección del Registro de Bienes); incumplimiento del Informe Obligatorio del Relevamiento del Servicio (Incumplimiento en la constitución del Registro Obligatorio de Incumplimientos del Servicio); e incumplimiento de la debida registración en el Registro Obligatorio de Contratos.

A continuación se mencionan otros factores desencadenantes de la rescisión del contrato:

- ✓ No ampliación y renovación gradual de plantas y redes desde el mismo inicio de la concesión como estaba previsto en el plan de inversiones del POE
- ✓ Condiciones deficitarias en las que se ha prestado el servicio de recolección de efluentes, tanto en Cobertura como en Disponibilidad para la mayoría de las localidades del interior de la provincia, con una tendencia negativa y aspectos críticos que deben ser revertidos en el corto plazo.
- ✓ En todos estos incumplimientos, debe constar que el Concesionario asumió el servicio a su propio riesgo y resulta responsable por las obligaciones asumidas y requisitos para prestar el servicio – art. 12.1.1 Contrato de Concesión- y que por ello se encuentra obligado al cumplimiento de lo estipulado en su Capítulo 3 y de las metas establecidas en el Anexo III; ya que los contratos son ley para las partes y que deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe y de acuerdo a lo que las partes entendieron o pudieron entender obrando con cuidado y previsión. A pesar de que en las reiteradas renegociaciones se revela el interés del Concedente de corregir los rumbos y preservar la concesión otorgada en la medida de lo posible, no ha ocurrido hasta el momento, atento al tiempo transcurrido, converge en todo esto por un lado la propia responsabilidad del Concesionario “...frente al Concedente, el Ente Regulador y los terceros, por las obligaciones que asume o deba asumir en virtud de este Contrato” y por el otro el ineludible deber del Estado de velar por la seguridad y salubridad de sus

ciudadanos haciéndose cargo de revertir la situación crítica, debiendo garantizar la continuidad, regularidad y calidad del servicio que se suministra

- ✓ Incumplimientos en el servicio de tratamiento de líquidos cloacales, destacando que por un lado están los establecimientos que no alcanzaron la meta de tratamiento secundario como el caso de San Rafael y General Alvear, que deberían haberlo hecho como máximo hacia el año 2005 y por el otro están los establecimientos que teniendo un tratamiento secundario, se encuentran hoy en estado crítico de mantenimiento y operatividad, o incluso superados en su capacidad teórica por falta de ampliación, y que en general no cumplen la meta de abatimiento bacteriológico, aún con post-tratamiento forzado por cloración, el cual además no es racionalmente aplicado en la mayoría de los casos e incluso implica el riesgo de impacto ambiental por contaminación con compuestos órgano-clorados, todo lo cual viola flagrantemente lo establecido por el Anexo I del CC
- ✓ El argumento de desacomodamiento tarifario por el impacto de la crisis económica, no puede sostenerse, no sólo por aquello que en todos estos incumplimientos, debe estarse a que el Concesionario asumió el servicio a su propio riesgo y resulta responsable por las obligaciones asumidas y requisitos para prestar el servicio y que por ello se encuentra obligado al cumplimiento de lo estipulado en su Capítulo 3 y de las metas establecidas en los Anexos I y III, y que además resulta responsable "...frente al Concedente, el Ente Regulador y los terceros, por las obligaciones que asume o deba asumir en virtud de este Contrato"(Art. 12.1.2 CC), sino también porque dicho argumento se deshace frente al resultado de la gestión operativa de su propio contratista en la administración del Establecimiento de Campo Espejo, aquel a quien se le han impuesto los mismos condicionamientos por el cual el propio Concesionario reclama. La UTE Campo Espejo, gestora del primer establecimiento de la Provincia en cuanto a volumen tratado, ha sufrido y seguramente sufre las limitaciones económicas de la época, pero ello no ha impedido que su gestión haya sido correcta a través de los años superando diversas dificultades y controles, los gubernamentales y aún los de la propia contratista; en este sentido es el propio Gerente de Ingeniería de OSM SA quien ha dicho: "El Establecimiento depurador Campo Espejo cumple con los requerimientos establecidos en "Contrato de Concesión, Tratamiento Secundario, Categoría B Anexo

1.10” ...agregando además que “(éste) establecimiento depurador presenta actualmente un riesgo técnico derivado del colapso de un talud entre dos lagunas, que si bien no afecta la calidad del líquido a la salida, se considera necesaria su pronta reparación por parte del concesionario del tratamiento”. De la misma forma debería reclamársele a OSM SA por los estados operativos y de mantenimiento de todas sus plantas a lo largo de los años, y por la mora en construir, ampliar y acondicionar aquellas que se encuentran obsoletas o superadas, y que limitan severamente el ordenamiento urbano y la calidad de vida de sus ciudadanos. Correspondiendo aplicar el art. 13.3.2 de Contrato de Concesión: “Atrasos reiterados e injustificados en el cumplimiento de las inversiones anuales o las metas convenidas en el POE” por el cual corresponde Rescisión por culpa del Concesionario.

- ✓ Se ha acreditado el incumplimiento de pautas de monitoreo en el ingreso al sistema de distribución desde las Plantas Potabilizadoras Grandes. En efecto, no se cumple con el monitoreo de los parámetros básicos del agua que ingresa al Sistema de Distribución desde las Plantas Potabilizadoras
- ✓ Se ha detectado además el incumplimiento en el registro muestras sobrepasadas (desvíos). En este sentido se han detectado al menos 2934 desvíos en la matriz agua y 463 en la matriz efluentes muchas de los cuales seguramente debieron haberse registrado como incumplimientos de las normas de calidad aplicables, ya sea con responsabilidad directa del Concesionario o debido a motivos externos al mismo; es decir no necesariamente implicando incumplimientos sancionables sea por su tipo, frecuencia de ocurrencia, origen o porcentaje de desviación. En particular, se destacan aquí los 463 desvíos en la matriz efluentes que corresponden a establecimientos depuradores de líquidos cloacales, que sí son responsabilidad directa del Concesionario.
- ✓ La falta de remisión al EPAS de datos e informes generados en forma completa, lo que provoca al menos riesgo de falta transparencia de la información.
- ✓ Resaltan evidencias significativas de deterioro creciente en la provisión del servicio con aumento de los desvíos de los parámetros de calidad.
- ✓ No puede dejarse de mencionarse los episodios graves de contaminación del agua potable por manganeso, vistos en la sección anterior

- ✓ El incumplimiento relativo a las Pautas de Monitoreo en Plantas Grandes constituye una falta grave a lo establecido en el Anexo I del Contrato de Concesión, por cuanto se encuentra en juego la vigilancia preventiva sobre la salud de la población. Pero esta adquiere peores dimensiones cuando resulta de haber dejado caer sistemas de alta tecnología previamente instalados, a tan sólo tres años de su inauguración y dentro del período de vida útil esperada, y que a la administración del Estado y habitantes le costó mucho adquirir e implementar. Todo ello culmina en una violación gravísima, cuando además de todo lo anterior se considera que los sistemas previamente instalados no fueron sustituidos en tiempo y forma por aparatos equivalentes de nueva generación.
- ✓ Sumado a todo lo dicho se han acreditado incumplimientos en la continuidad del servicio y atención al usuario.
- ✓ Debe destacarse un gran número de reclamos sin resolver, incluso algunos con una antigüedad significativa, por situaciones tales como pérdidas visibles y redes colectoras, y cuya solución la Intervención debió encarar, como uno de los tantos problemas operativos encontrados.
- ✓ El servicio se prestó para una considerable porción de los usuarios servidos en condiciones irregulares y deficientemente, en forma sostenida a lo largo de los años, en violación de lo determinado en los artículos 3.3.3 y 3.3.4 del CC y que ni las abundantes sanciones del Ente Regulador ni los mecanismos de autocontrol, como el seguimiento de los incumplimientos o las encuestas de calidad de Usuarios, sirvieron para modificar el comportamiento del Concesionario
- ✓ Además el servicio ha venido deteriorándose en forma sostenida, hasta alcanzar los niveles críticos actuales que dieron como consecuencia la Intervención
- ✓ Los mecanismos de autocontrol eran atendidos indolentemente, en forma incompleta o directamente no implementados, violando así los Principios y Políticas del Servicio
- ✓ En los aspectos técnicos-operativos se han advertido deficiencias muy graves en el conocimiento de los bienes afectados al servicio con inexistencia de registros formales de estado de instalaciones y equipamiento
- ✓ Debe destacarse aquí que ni el contenido ni el espíritu del Contrato de Concesión se satisfacen con el Inventario Contable, en tanto faltan elementos esenciales a la prestación del servicio como son los Establecimientos Potabilizadores y los

Establecimientos 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. Esto pone en evidencia no sólo una falta grave con relación al conocimiento de los bienes y su estado, lo que tiene gravedad también desde el punto de vista operativo, sino además fallas, inconsistencias o desactualizaciones en la registración de los mismos, que podrían tener consecuencias patrimoniales.

- ✓ Asimismo se indica en los informes de la intervención y de la auditoría: El incremento de los tiempos de atención de los reclamos técnicos del sector de agua potable, reflejan un deterioro creciente en las instalaciones, implicando mayores índices de fugas por unidad de longitud.
- ✓ Los informes de la intervención y de la auditoría revelan incumplimientos de las Políticas y Objetivos; Incumplimiento en los Parámetros y Metas de Eficiencia y Cobertura; Desvíos sustanciales de las inversiones ejecutadas con respecto al Plan de Inversiones.
- ✓ Se destaca que la Empresa no tenía un programa sistemático de renovación de cañerías; se planteaban obras puntuales que atendían a demandas de operación.
- ✓ Se ha acreditado además desvíos sustanciales de las inversiones ejecutadas con respecto al Plan de Inversiones.
- ✓ En el Área Económica- Financiera: se han revelado graves irregularidades e incumplimientos relativos a los estados contables de la concesionaria. Así, se detectó el manejo de “Gastos Confidenciales” con impacto significativos en los resultados operativos; Incumplimientos formales en Libros de Inventario y Balance; Incumplimientos en la Registración de Pasivos emergentes de la Carta de Entendimiento 2007- Incumplimiento a obligaciones derivadas de normas fiscales nacionales.
- ✓ Cabe mencionar que de la Auditoría practicada a OSM SA surgió la existencia de una cuenta bancaria especial, la cual era manejada con estricta confidencialidad y administrada por un estudio contable externo en conjunto con el Gerente General de OSM SA. Los movimientos de la misma, entre 2002 y hasta principios de 2009,

totalizaron una cifra superior a 30 millones de pesos de los cuales algo más de 22 millones de pesos son pagos a la empresa Aguas de Mendoza SA (ADM), Sociedad Anónima inscrita en Mendoza que es titular de las acciones “C de OSM SA y que está controlada en un 99 % por SAUR Int., el que es el Operador Técnico OSM SA. Esta cuenta también se utilizó para el pago de indemnizaciones, sueldos gerenciales, y gastos del personal jerárquico. La empresa ADM emitía mensualmente dos facturas: una cuyo detalle era “prestación de servicios personal especialista”, y otra en concepto de “Pago por Cuenta y Orden de OSM S.A”. Más de 21 millones corresponden al pago por personal especialista.

- ✓ De lo mencionado se desprende que las operaciones de OSM SA con ADM presentaron las siguientes irregularidades:
- ✓ No se cumplieron con las Normas Internas establecidas para el Circuito de Compras y con los Procedimientos de Contratación
- ✓ No se encuentran incluidas en el proceso de generación automática de información contable.
- ✓ Incumplimiento de las Normas Contables Profesionales: no se ha registrado contablemente, en efecto, debería haberse registrado como Honorarios Profesionales en lugar de Sueldos y Jornales, distorsionando sensiblemente el monto total reconocido de estos últimos a partir del ejercicio 2002.
- ✓ Las Facturas se ingresaban manualmente al Libro IVA Compras, ya que los datos se remitían externamente al Departamento Contable. Asimismo, existe falta de registración de comprobantes en el libro de IVA compras de las facturas por “gastos por cuenta y orden de OSM SA”.
- ✓ No existe respaldo documental que justifique los prestaciones y la razonabilidad sobre los pagos al “Personal especialista de ADM” y sobre los pagos por “Cuenta y Orden” de la empresa.
- ✓ El modo de administrar las operaciones relacionadas con ADM, sin liquidaciones que respalden las erogaciones, sin mutuos y contratos que justifiquen las prestaciones especiales, con procedimientos confidenciales que eludían los circuitos de compras y contratación de la empresa, con asientos globales externos no incluidos en el proceso de generación automática contable, registraciones incorrectas incumpliendo normas

contables profesionales, constituyen una falta grave tendientes a ocultar los pagos que se realizaban. Las transacciones realizadas han tenido un impacto significativo sobre el Resultado Operativo Anual de la empresa.

- ✓ Se detectaron los siguientes incumplimientos formales:
  - El Concesionario ha incurrido en incumplimientos frente a formalidades requeridas por el art. 61 la Ley de Sociedades Comerciales N° 19550, respecto a la sustitución de libros legales por medios mecánicos u otros sistemas.
  - Asimismo, se ha verificado la existencia de páginas en blanco dentro de los Libros de Inventario y Balance de la Empresa, no atendiendo a lo requerido expresamente por el art. 54 del Código de Comercio de la República Argentina.
  - Los Estados Contables transcritos a los Libros de Inventario y Balance por los ejercicios 1998, 2000, 2001, 2003, 2007 y 2008 no cuentan con la firma del Presidente de la Empresa.
  - En los Estados Contables transcritos al Libro de Inventario y Balance por los ejercicios 1998 y 1999, el Informe de Auditoría Externa se encuentra sin firmar.
  - El incumplimiento en la Registración de Pasivos emergentes de la Carta de Entendimiento II. Al considerar el impacto sobre los Estados Contables, derivados de deudas por Préstamos Financieros y las emergentes de la Carta de Entendimiento 2007; a la luz de Normas Contables Profesionales vigentes en la República Argentina. Detectando un incumplimiento de las Normas Contables Profesionales en el sentido de no reconocer contablemente Activos y Pasivos de la Carta de Entendimiento 2007. Esto es así, ya que la empresa no registró como Pasivo la obligación de 48 millones de pesos relacionados con la afectación a obras a favor de la Provincia.
  - El análisis de de la cuenta bancaria especial en Banco Regional de Cuyo y de los movimientos contables relacionadas con Aguas de Mendoza SA, se determinó que en general las contrataciones no cumplen con las normas internas establecidas, que existen salidas de dinero significativa sin respaldatoria documental, que se ha registrado contablemente en forma incorrecta el cargo a resultados derivado de las Facturas por contratación de servicios de personal

especialista, que no se ha podido acreditar fehacientemente la existencia de Contratos de ese Personal Especialista.

- Se han verificado incumplimientos del Canon del Concesión y de las cuotas al Poder Ejecutivo de los préstamos otorgados.

### ***Formas actuales de gestión del servicio de Agua Potable***

#### **La creación de ASM (agua y saneamiento de Mendoza)**

Según el decreto N° 1541/10 El Poder Ejecutivo Provincial decide rescindir unilateralmente el contrato que lo vincula a Obra Sanitaria Mendoza, sustentándose en los graves y reiterados incumplimientos del concesionario frente a los compromisos asumidos ante dicho Estado y la Sociedad mendocina en su conjunto.

La Ley N° 6044 en su Art. 52° establece que los respectivos contratos firmados entre el Estado provincial y O.S.M., debían contemplar a su extinción, devolver a la Provincia un sistema en plena operatividad. Sin embargo, en la actualidad el Estado provincial o entes privados, no se encuentran en posibilidad operativa para llevar a cabo el servicio por sí mismo y en forma directa.

Dado esta situación, y por el vencimiento del plazo legal establecido para la Intervención, se decide la creación de una Sociedad Anónima con participación mayoritaria del Estado, ya que se considera la figura jurídica más apropiada para asegurar la fluidez operativa del servicio, dando garantía de la continuidad y regularidad de la prestación.

El Decreto y su correspondiente Estatuto deben ser remitidos a ratificación de la Honorable Legislatura Provincial. Dicho estatuto hace referencia, entre otras cosas, a la constitución de la sociedad Agua y Saneamiento Mendoza Sociedad Anónima. (A.S.M. S.A). Donde su capital social está integrado, con la suma inicial de pesos cien mil (\$100.000), que se registrarán por el Programa de Propiedad Participada aprobado el Decreto Provincial, representado por un mil (1000) acciones ordinarias de cien pesos (\$ 100) de valor nominal cada una y con derecho a un voto por acción; de las cuales novecientas (900) son clase "A" (correspondientes al estado provincial) y cien (100) son clase "B" ( corresponde al Sindicato Único del Personal de Obras Sanitarias Mendoza), el que podrá ser aumentado por disposición del Poder Ejecutivo. La violación a dicho programa será causal de aplicación de sanciones.

Dicha Sociedad podrá realizar actividades necesarias para el cumplimiento de sus fines y su objeto social, la prestación de los servicios de provisión de agua potable y de saneamiento en las áreas territoriales de operación, y que incluye el estudio, proyecto, construcción, renovación, ampliación y explotación de las obras de provisión de agua y saneamiento urbano y fiscalización de los efluentes industriales así como la explotación, alumbramiento y utilización de las aguas subterráneas y superficiales. Además estará habilitada para constituir filiales y subsidiarias y participar en otras sociedades y/o asociaciones, sin desdibujar el objeto por el cual se encuentra en funcionamiento. Del mismo modo, tendrá plena capacidad jurídica para adquirir derechos, contraer obligaciones y ejercer todos los actos que no le sean prohibidos por ley, su Estatuto y toda norma expresamente aplicable.

Para realizar su objetivo, la Sociedad, podrá realizar toda clase de procedimientos y actos jurídicos cualesquiera sea su carácter legal, incluso financieros, excluido la intermediación financiera.

Los accionistas de cualquier clase de acción tendrán derecho de preferencia y de acrecer en la suscripción de las nuevas acciones que emita la Sociedad, dentro de su misma Clase y en proporción a sus respectivas tenencias accionarias. Las acciones son indivisibles.

La Sociedad emitirá, a favor de sus empleados con relación de dependencia, bonos se distribuirán entre los empleados en función de su remuneración, antigüedad y cargas de familia, de acuerdo a lo que disponga la Asamblea de Accionistas, a propuesta del personal.

Organización de la administración de ASM S.A: La administración de la Sociedad estará a cargo de un Directorio compuesto por siete (7) Directores titulares y siete (7) Directores suplentes, que reemplazarán a los titulares exclusivamente dentro de su misma Clase y conforme al orden de su designación. El término de duración de su mandato es de TRES (3) ejercicios. Los accionistas de la Clase "A" tendrán derecho a elegir, en Asamblea Especial de accionistas seis (6) Directores titulares y seis (6) suplentes. Los accionistas de la Clase "B" tendrán derecho a elegir UN (1) Director titular y UN (1) suplente, que se designarán en Asamblea Especial de accionistas de esa clase.

El Directorio sesionará con la presencia de la mayoría absoluta de los miembros que lo componen y tomará resoluciones por mayoría de votos presentes. En caso de empat, el presidente tendrá doble voto.

Fiscalización de ASM S.A: La fiscalización de la Sociedad será ejercida por una Comisión Fiscalizadora compuesta por tres (3) Síndicos titulares que durarán TRES (3) ejercicios en sus funciones. También serán designados tres (3) Síndicos suplentes que reemplazarán a los titulares estos y los suplentes serán designados por la Asamblea de Accionistas. Los accionistas de la Clase “A” tendrán derecho a elegir en Asamblea Especial de Accionistas, dos (2) Síndicos Titulares y dos (2) suplentes. Los accionistas de la clase “B” tendrán derecho a elegir en Asamblea Especial de Accionistas, un Síndico Titular y un Síndico Suplente. Los Síndicos permanecerán en sus cargos hasta tanto se designe a sus reemplazantes.

El ejercicio social cerrará el 30 de abril de cada año. Donde se confeccionará el Inventario, el Balance General, el Estado de Resultados, el Estado de Evolución del Patrimonio Neto, de acuerdo con las prescripciones legales, estatutarias y normas técnicas vigentes

La sociedad será disuelta por cualquiera de las causales previstas en el Art. 94 de la Ley de Sociedades, a mencionar:

- 1) Por decisión de los socios;
- 2) Por expiración del término por el cual se constituyó,
- 3) Por cumplimiento de la condición a la que se subordinó su existencia;
- 4) Por consecución del objeto para el cual se formó, o por la imposibilidad sobreviniente de lograrlo;
- 5) Por pérdida del capital social; (Nota Infoleg: Por art. 1° del Decreto N° 1269/2002 B.O. 17/7/2002 se suspendió la aplicación del presente inciso hasta el 10 de diciembre de 2003. Vigencia: a partir del día siguiente al de su publicación en Boletín Oficial.)
- 6) Por declaración en quiebra. La disolución quedará sin efecto si se celebrare avenimiento o concordado resolutorio;
- 7) Por su fusión en los términos del artículo 82;
- 8) Por reducción a uno del número de socios, siempre que no se incorporen nuevos socios en el término de tres (3) meses. En este lapso el socio único será responsable ilimitada y solidariamente por las obligaciones sociales contraídas;

9) Por sanción firme de cancelación de oferta pública o de la cotización de sus acciones. La disolución podrá quedar sin efecto por resolución de asamblea extraordinaria reunida dentro de los sesenta (60) días, de acuerdo con el artículo 244, cuarto párrafo;

10) Por resolución firme de retiro de la autorización para funcionar cuando leyes especiales la impusieren en razón del objeto.

La liquidación de la misma se regirá por lo dispuesto en el Capítulo I, Sección XIII, Arts. 101 a 112 de la Ley N° 19.550, en tanto señala que:

- ❖ La sociedad en liquidación conserva su personalidad a ese efecto, y se rige por las normas correspondientes a su tipo en cuanto sean compatibles.
- ❖ La liquidación de la sociedad está a cargo del órgano de administración, salvo casos especiales o estipulación en contrario.
- ❖ En su defecto el liquidador o liquidadores serán nombrados por mayoría de votos dentro de los treinta (30) días de haber entrado la sociedad en estado de liquidación. No designados los liquidadores o si éstos no desempeñaren el cargo, cualquier socio puede solicitar al juez el nombramiento omitido o nueva elección. Considerando que el nombramiento del liquidador debe inscribirse en el Registro Público de Comercio y que los liquidadores pueden ser removidos por las mismas mayorías requeridas para designarlos. Cualquier socio, o el síndico en su caso, pueden demandar la remoción judicial por justa causa.

La liquidación estará a cargo de la persona designada por el concedente, y en su defecto por Directorio o de los liquidadores que sean designados por la Asamblea, bajo la vigilancia de la Comisión Fiscalizadora. El remanente, una vez cancelado el pasivo y los gastos de liquidación, se repartirá entre todos los accionistas, sin distinción de clases o categorías y en proporción a sus tenencias.

Cabe mencionar que el término de duración de la sociedad será de cien (100) años.

## Conclusión

A partir de lo analizado previamente se puede observar que durante las concesiones que se hicieron de OSM fueron perjudiciales para la misma, dado las innumerables fallas e irregularidades que presentaba la prestación del servicio

En referencia al grado de inversiones en infraestructura fue disminuyendo paulatinamente hasta alcanzar un nivel de incumplimiento que alcanzo el 100%, lo cual redujo notablemente la calidad del servicio.

Ha si también se destaca la falta de control por parte del ente de regulación, EPAS, que acarreo el agravamiento de la situación. En este caso debe manifestarse que las sanciones preestablecidas resultan exiguas para el caso particular de OSM, en tanto su aplicación no evidencio el mejoramiento de la prestación, sino que más deficiencias trajeron aparejadas, debido a que para cumplir con la misma la empresa incurrió en deudas con el Estado.

Lo preconcebido debe analizarse considerando las faltas en los registro contables por el abandonando al cumplimiento de las Normas Contables Profesionales. Marcado por egresos de dinero injustificadas.

Además de la existencia irregular de una cuenta bancaria especial manejada y administrada por un estudio contable externo en conjunto con el Gerente General de OSM SA. Con movimientos que totalizaron una cifra superior a 30 millones de pesos de los cuales algo más de 22 millones de pesos son pagos a la empresa Aguas de Mendoza SA. La cual es titular de las acciones “C de OSM SA y que está controlada en un 99 % por SAUR Internacional ., el que es el Operador Técnico OSM SA.

La empresa Aguas de Mendoza SA emitía mensualmente dos facturas: una cuyo detalle era “prestación de servicios personal especialista”, y otra en concepto de “Pago por Cuenta y Orden de OSM S.A”. Más de 21 millones corresponden al pago por personal especialista, que carece en su mayoría de la documentación que la respalda.

Finalmente esta investigación permite visualizar el ineficiente e ineficaz gestionar por la concesionaria, permitiendo comprender que un servicio tan indispensable para la sociedad no debe ser privatizado, sin la convicción del compromiso no solo de la concesionaria sino del concedente, en tanto tiene la obligación de controlar que el contrato de concesión se

ejecute en su totalidad. De modo que si se careciere de dicho requisito es menester del Estado gestionar y administrar el Servicio de Agua y Saneamiento de la Provincia de Mendoza, de manera efectiva satisfaciendo la necesidades de los usuarios de dicha prestación.

Con respecto a la creación de AYSAM S.A debemos cerciorarnos que no cometerá los errores del pasado, avanzando a una prestación de Calidad que cumpla con lo condicionamiento legales y fundamentales que hacen a los derechos de cada uno de los ciudadanos.

## Bibliografía

- ✓ Roxana Badaloni -2009
- ✓ Diario “Los Andes”- 2009
- ✓ Eduardo De la Fuente y Fernando Del Corro
- ✓ CNFedCivCom, Sala 1ª, 11/7/95, "Goyena, Raúl H. v. Telecom Argentina Stet France", JA, 1996-I-604
- ✓ CSJN, 5/11/96, "Establecimientos Metalúrgicos S. Becció e Hijos SA v. Ente Nacional Regulador de Gas", JA, 1997-II-130
- ✓ CSJN, Fallos, 258:267
- ✓ Ley 24.522
- ✓ PTN, Dictámenes, 106:190
- ✓ Dromi, José Roberto , Manual de Derecho Administrativo tomo 2. Editorial Astrea, Buenos Aires, 1987
- ✓ PTN, Dictámenes, 112:177
- ✓ CSJN, Fallos, 224:706; 1/3/38; 13-863)
- ✓ León Diguít, 2002
- ✓ Sarmiento García, Temas de introducción de derecho Publico, Universidad Nacional de Cuyo, Facultad de Ciencias Económicas, Mendoza 1996
- ✓ Diez, Manuel María, Manual de Derecho Administrativo, Plus Ultra, Buenos Aires, 1980
- ✓ Villegas Basavilvaso, Benjamin, Derecho Administrativo, T. II; Buenos Aires, 1950
- ✓ Ley provincial N° 6.044: “Ley de reordenamiento institucional del sector agua potable y saneamiento”. Ver anexo.
- ✓ Resolución 70/98.
- ✓ Ley provincial N°6410: “Autorización para vender acciones de OSM
- ✓ Cristina Barbosa, power point de Auditoria General de OSM S.A., 2009
- ✓ Cristina Barbosa, power point de OSM S.A Juicios y contingencias, 2009
- ✓ Ley de Procedimiento Administrativo de la provincia de Mendoza, 3909,
- ✓ Decreto 1690.

- ✓ Considerandos del decreto 1690
- ✓ Resolución N° 064-2010
- ✓ Considerandos de la Resolución N° 064-2010
- ✓ Decreto 1541/10
- ✓ Considerandos del Decreto 1541/10
- ✓ Decreto N° 1541/10
- ✓ Considerandos del Decreto N° 1541/10
- ✓ Dromi, José Roberto , Manual de Derecho Administrativo, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2006
- ✓ CSJN, Fallos, 245:271; 247:363; 25/11/59, JA, 1960-I-548; 22/7/60, JA, 1960-VI-20; CNTrab, en pleno, 29/8/61, LL, 104-618 y JA, 1961-VI-325
- ✓ De La Serna:1991
- ✓ Diaz Araujo, E y Bertranou A: “Investigación sistémica sobre regímenes de gestión del agua: el caso de Mendoza, Argentina”.
- ✓ LEY No 5.507 Concesión o gestión indirecta de obras y servicios públicos
- ✓ Barbeito Anzorena, Eduardo : “Sistemas integrados de tratamiento y uso de aguas residuales en América Latina: realidad y potencial. estudio general del caso Campo Espejo del aglomerado Gran Mendoza, República Argentina”
- ✓ Decreto provincial 911