

SR. MINISTRO
DE OBRAS Y SERVICIOS PÚBLICOS:

Ref.: Expte. N° 592/860-H-2022.

Por las actuaciones de referencia el Gerente General de Hidroeléctrica Tucumán S.A. solicita al Poder Ejecutivo una asistencia financiera para la ejecución del proyecto de obra y reparación de la Presa Lateral N° 3 del Complejo de Aprovechamiento Hidroeléctrico Celestino Gelsi (fs. 01/03). Al respecto, señala lo siguiente:

- Luego de numerosos estudios, mediciones e informes de expertos, se concluyó que la presa mencionada presenta una serie de deficiencias, desde el momento de su construcción, en el tratamiento e impermeabilización de las márgenes laterales del valle (estribos), como así también en la fundación, que hacen que el yeso incrustado en las arcillas se diluya con el agua, aumente las filtraciones y arrastre más material diluido que se detecta con análisis químicos frecuentes. Esta deficiencia constructiva originaria no fue contemplada en ningún documento desde la construcción a la fecha.

- Si no se interviene la estructura a la brevedad, la consecuencia inmediata será la afluencia de grandes caudales de agua de filtración, inicialmente por los estribos y pie de presa. En la última auditoría extraordinaria del Complejo Aprovechamiento Hidroeléctrico El Cadillal, efectuada en octubre de 2022 por el Ingeniero Roger Bremen, se recomendó mantener el nivel del embalse en cotas máximas predeterminadas según la velocidad de asentamiento, medida que en la actualidad implica cota 601 msnm (alerta amarilla del Plan de Acción de Emergencias), para evitar la pérdida de vidas humanas y bienes aguas abajo.

- Hasta tanto se repare la Puerta Lateral 3, se incrementa riesgo de la imposibilidad de satisfacer los usos consuntivos de carácter industrial y agrícola, con las consiguientes pérdidas económicas.

- Tratándose de un defecto constructivo que hace al diseño y estructura original de la presa, se trata de una cuestión excepcional que escapa a las previsiones del Contrato de Concesión en cuanto a las obligaciones de Hidroeléctrica Tucumán S.A. Resulta imposible para la concesionaria tomar a su exclusivo cargo este costo económico.

- Propone la ejecución de una obra de reparación -realizada por el Geólogo Marcelo Vicente- consistente en una cortina de inyecciones de lechada con cemento, con un costo estimado de u\$d 3.700.000 (que incluye la tomografía eléctrica resistiva, el costo propio de la obra y la dirección técnica), en un plazo de ocho a diez meses.

- Solicita a la Provincia de Tucumán una asistencia financiera para la ejecución del referido proyecto, a fin de contar con los recursos necesarios que permitan llevar adelante la reparación. Propone restituir dichos recursos con los ingresos que pueda percibir la Concesionaria por incremento de su remuneración, derivada de la autorización temporal de salida del Mercado



///Continúa Expte. N° 592/860-H-2022.

-2-

Eléctrico Mayorista (MEM) por parte de la Secretaría de Energía de la Nación, para lo cual ya elevó la respectiva solicitud.

A fs. 04/05 se adjunta presentación realizada por Hidroeléctrica Tucumán S.A. al Organismo Regulador de Seguridad de Presas (ORSEP)-Regional Norte, en respuesta a la Nota N° 2022-47304999-APN-ORSEP#MOP y Nota N° 2022-55500853-APN-ORSEP#MOP. La Concesionaria manifiesta que ha cumplido con todas las medidas y trabajos necesarios para el mantenimiento y cuidado de la Presa Lateral 3, como así con las tareas de auscultación y medición; y todo el proceso de análisis, diagnóstico del problema y verificación de estado de la presa. Agrega que la solución del problema excepcional y urgente no sólo excede las obligaciones contractuales por tratarse de un vicio oculto, sino también las posibilidades económicas de la empresa.

A fs. 08/10 se adjunta copia de la nota de fecha 03/11/2022, dirigida a la Secretaría de Energía de la Nación, por la cual se solicitó el ajuste de precios de generación que percibe la Concesionaria (Expte-2022-118432299-APN-SE#MEC). Asimismo se requirió que, en subsidio a un eventual incremento de tarifa, se conceda una autorización temporal de suspensión como agentes del MEM, a fin de modificar sus ingresos mediante la venta de energía con contratos a término.

A fs. 11/23 se adjunta informe de Auditoría Técnica Extraordinaria "Aprovechamiento Hidroeléctrico El Cadillal", de octubre de 2022, realizado por el Consultor Independiente Dr. Ingeniero Roger Bremen.

A fs. 25/71 se adjunta proyecto de "Especificaciones Técnicas-Perforaciones e Inyecciones para Cortina de Impermeabilización de la Presa Lateral N° 3", realizado por el Geólogo Marcelo Vicente en fecha 25/04/2022.

A fs. 72/73 se agrega el informe de Hidroeléctrica Tucumán S.A., por el cual comunica que se invitó a cuatro empresas especialistas para que presenten propuestas técnicas y económicas para llevar a cabo la obra requerida. Indica que sólo una de las tres empresas que presentó propuesta cumplió con todas las especificaciones, e incluyó una previsión con la totalidad de los recursos necesarios para la ejecución.

Mi Opinión:

- Antecedentes

En primer lugar, corresponde señalar que por el Decreto N° 618/3 (ME), del 06/04/1995, se aprobó el Acta Acuerdo suscripta entre el Estado Nacional y la Provincia de Tucumán en fecha 28/03/1995, a través de la cual se determina las responsabilidades, deberes y atribuciones que le cabrían al Concesionario en el proceso de privatización de la actividad de generación de energía vinculada a las Centrales Hidroeléctricas de Pueblo Viejo, Escaba y El Cadillal (artículo 1).



///Continúa Expte. N° 592/860-H-2022.

-3-

En el ejercicio de las facultades conferidas por las Leyes N° 15.336, N° 23.696 y N° 24.065, el Poder Ejecutivo Nacional dictó el Decreto N° 463/95, del 12/09/1995, por el cual se dispuso la constitución de Hidroeléctrica Tucumán S.A. (artículo 2).

Mediante Resolución N° 118/95, la Secretaría de Energía y Comunicaciones otorgó a la mencionada empresa la Concesión para la generación hidráulica de energía eléctrica en los Complejos Hidroeléctricos El Cadillal, Pueblo Viejo y Escaba por el plazo de 30 años, a contar a partir de la fecha de la toma de posesión, que se produjo el 3/07/1996.

- Sobre los bienes afectados al contrato de concesión

En relación a los bienes, el Contrato de Concesión determina: 1) el Inventario de Bienes de Hidroeléctrica Tucumán S.A. (Anexo I Subanexo II). Respecto a los bienes cedidos, las partes acordaron lo siguiente: **2) “... el adjudicatario y cada uno de sus integrantes declaran y garantizan que... han tenido oportunidad de revisar, evaluar y analizar los... bienes cedidos”** (punto 6.1, ap. e y f).

Respecto a los reclamos vinculados a los “bienes cedidos”, dispone que la toma de posesión se hace “...en el estado y lugar en que se encuentren, sin admitirse reclamos de ninguna especie...(punto 5.2.2.1)”, obligándose la concesionaria a la convocatoria de una asamblea ordinaria y extraordinaria, de carácter unánime, para “...**ratificar la renuncia a todo reclamo frente al... Estado Nacional y a la Provincia de Tucumán con relación a los... bienes cedidos, cuyo estado de uso, conservación y mantenimiento es conocido y fue aceptado...**” (punto 5.2.24, ap. h).

- Sobre el alcance de la responsabilidad de concesionario

En cuanto a las obras y obligación de seguridad del concesionario, el título referente a la “Seguridad de Presas, Embalses y Obras Auxiliares”, en su punto 1.2 define a la reparación y restauración como “aquella operación destinada a recuperar una obra dañada, deteriorada o peligrosa, con el objeto de restituir su seguridad y operatividad, incluyendo los trabajos de nueva ingeniería, las reparaciones propiamente dichas y el control de funcionamiento”.

Por su parte, en el punto 2.1 y siguientes el Contrato de Concesión establece que el Organismo Regulador de Seguridad de Presas (ORSEP) fiscalizará el estado de seguridad de las presas, embalses y obras auxiliares cuya explotación realiza la concesionaria. Tanto la construcción, operación, mantenimiento, reparación o remoción de las obras afectadas están sujetas a la inspección y supervisión de este organismo. El ORSEP está facultado para requerir al concesionario informe sobre construcción, mantenimiento, reparación, o remoción de presas, embalses y obras auxiliares. Además, podrá requerir la realización de cualquier plan de medidas correctivas o de confortación, incluyendo su cronograma, ordenado por sí mismo o que



///Continúa Expte. N° 592/860-H-2022.

-4-

resulte del informe de auditoría de un consultor externo o cualquier otro informe de inspección. Para todas las disposiciones mencionadas, el ORSEP establecerá plazos perentorios para el cumplimiento.

Asimismo, prevé (puntos 5.6, 5.6.1, 5.6.2 y 5.6.3) las medidas correctivas a ser tomadas luego de la auditoría. A ese efecto establece que la concesionaria, dentro de los sesenta (60) días contados desde la fecha de presentación del informe del Consultor Independiente al ORSEP, debe preparar y presentar un cronograma de medidas correctivas, en caso que el informe las haya recomendado. La concesionaria deberá cumplir con el mencionado programa y cronograma oportunamente aprobado por el organismo de control. En caso de negativa por parte de la empresa, o de demora en la ejecución, el ORSEP podrá disponer dichas tareas con cargo a la concesionaria.

Al respecto, el artículo 1.757 del CCyCN establece: “Hecho de las cosas y actividades riesgosas. Toda persona responde por el daño causado por el riesgo o vicio de las cosas, o de las actividades que sean riesgosas o peligrosas por su naturaleza, por los medios empleados o por las circunstancias de su realización. La responsabilidad es objetiva. No son eximentes la autorización administrativa para el uso de la cosa o la realización de la actividad, ni el cumplimiento de las técnicas de prevención”.

Por su parte, el artículo 1.758 del CCyCN, en lo pertinente dispone: “... En caso de actividad riesgosa o peligrosa responde quien la realiza, se sirve u obtiene provecho de ella, por sí o por terceros, excepto lo dispuesto por legislación especial”.

En concreto, se advierte con claridad que la empresa, en cumplimiento de los cometidos del contrato de concesión, realiza una actividad riesgosa. Se observa, además, su calidad de guardián de las instalaciones del Complejo de Aprovechamiento Hidroeléctrico Celestino Gelsi, sobre el cual ejerce la tenencia material; y el poder fáctico de vigilancia y su aprovechamiento económico.

Nos encontramos ante un supuesto de responsabilidad objetiva, fundado en el deber de seguridad o incolumidad y con sustento en el riesgo creado. Por ello, corresponde a la concesionaria preservar la indemnidad de la persona y bienes del cocontratante, durante la ejecución del contrato.

En ese orden y atendiendo a las obligaciones contraídas, resulta claro que la concesionaria es responsable y se encuentra obligada a realizar la obra en cuestión. En efecto, ésta tuvo la oportunidad de revisar, evaluar y analizar los bienes cedidos antes de aceptarlos, en el estado de uso, conservación y mantenimiento que se encontraban.

Sobre este punto, la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa *“Hidroeléctrica Tucumán S.A c/ Estado Nacional y Provincia de Tucumán s/ daños y perjuicios”- (Originario - Corte Suprema de Justicia de la Nación- H.199.XXXVI)*, ha sostenido: “... del pliego de bases y condiciones de dicho concurso público internacional, e igualmente del Contrato de Concesión anexo, resulta: a) la facultad de la adquirente de comprobar la existencia de los bienes



///Continúa Expte. N° 592/860-H-2022.

-5-

propios y cedidos que correspondan a la sociedad concesionaria, así como de requerir información y antecedentes sobre el funcionamiento del embalse; b) la indicación de que tales bienes propios y cedidos serían entregados en el estado en que se encontraran al tiempo de la toma de posesión por parte de la concesionaria, sin admitirse reclamos de ninguna especie; c) la aclaración de que dicha entrega era sin ninguna garantía por parte del Estado Nacional y la Provincia de Tucumán, por lo que la concesionaria no tendría ninguna acción contra ellos; y d) la declaración por parte de la concesionaria de haber revisado e inspeccionado el estado de los bienes integrantes del complejo hidroeléctrico, y que los recibía en buen estado de uso y conservación, y de plena conformidad...”.

Asimismo, manifestó que “el análisis de la responsabilidad que se atribuye a las demandas está íntimamente vinculado no sólo con el examen del contrato de concesión que legitima a la actora para obrar en autos, sino también al estudio de los otros documentos que instrumentaron el proceso de privatización (acta- acuerdo del 28 de marzo de 1995; pliego de bases y condiciones para el concurso internacional; contrato de transferencia y sus respectivos anexos), pues de su conjunto resulta el complejo de obligaciones, deberes y cargas asumidos por las partes, o de facultades reservadas en orden a la operatoria de la presa El Cadillal; operatoria sobre la cual, concurren -en delicado equilibrio- intereses públicos y privados, que no se agotan en la generación de energía sino que también se relacionan con otros usos del agua, como potabilización y riego”.

Finalmente, conforme a lo señalado, en el supuesto de responsabilidad objetiva, no son eximentes de responsabilidad la autorización administrativa para el uso de la cosa o la realización de la actividad, ni el cumplimiento de las técnicas de prevención (artículo 1.757 del CCyCN).

- Sobre la solicitud de asistencia financiera

En cuanto a la solicitud de la asistencia financiera solicitada por la concesionaria para realizar las obras, corresponde señalar que el contenido económico de la actividad comercial que realiza la empresa conlleva ínsito un riesgo empresario que no puede trasladarse válidamente al concedente (Estado Nacional), ni a la Provincia.

El reconocimiento de la concesionaria de que las obras exceden sus posibilidades económicas arremete contra la capacidad oportunamente declarada y considerada a los efectos del otorgamiento de la concesión. Sin lugar a dudas, la capacidad técnica (en el caso, las tareas de seguridad y mantenimiento) se encuentra estrechamente vinculada con el grado de previsión económica y financiera del concesionario para el cumplimiento del contrato.

Conforme a lo establecido por el artículo 1.725 del CCyCN, “cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor es la diligencia exigible al agente y la valoración de la



///Continúa Expte. N° 592/860-H-2022.

-6-

previsibilidad de las consecuencias. Cuando existe una confianza especial, se debe tener en cuenta la naturaleza del acto y las condiciones particulares de las partes. Para valorar la conducta no se toma en cuenta la condición especial, o la facultad intelectual de una persona determinada, a no ser en los contratos que suponen una confianza especial entre las partes. En estos casos, se estima el grado de responsabilidad, por la condición especial del agente”.

Según lo señalado, no corresponde a la Provincia otorgar la asistencia financiera solicitada para suplir el incumplimiento de las obligaciones asumidas por el concesionario, aun cuando se invoque que sólo restan 3 años para la conclusión del contrato de concesión.

- Finalmente, resulta insoslayable remarcar que, respecto de la obra a realizarse, la Provincia de Tucumán tiene especial interés en cuanto se encuentra comprometida la seguridad pública de sus habitantes, el abastecimiento de agua para la población y del sector agrícola. Es que, en el marco de esa obligación de seguridad asumida contractualmente por la concesionaria, la Provincia no sólo debe propiciar que el deudor satisfaga la obligación tipificante del contrato sino que también garantice su indemnidad y la de sus bienes ante los daños que pudieran ocasionarse durante su ejecución.

No puede desconocerse que el riesgo denotado se proyecta, cualitativa o cuantitativamente, en intereses individuales o colectivos. En ese sentido, aun cuando no implique asumir la responsabilidad por los incumplimientos de la Hidroeléctrica Tucumán S.A. al contrato de concesión, en tanto su afectación repercute sobre derechos fundamentales tales como la vida, la salud, deberán procurarse los mecanismos pertinentes en previsión de los imponderables perjuicios que pudieran ocasionarse.

Es mi dictamen.

JMS/FMA

