Montevideo, 3 de febrero de 2021.

Vienen a consideración las presentes actuaciones en virtud de la Iniciativa Privada que, al amparo de los artículos 19 y 20 de la Ley 17.555 y su Decreto Reglamentario 442/002, presentaron conjuntamente Berkes Construcción y Montajes S.A., Construcciones e Instalaciones Electromecánicas S.A., Compañía Sudamericana de Empresas Eléctricas, Mecánicas y de Obras Públicas, y Fast Industria e Comércio Ltda., cuyo objeto es el Proyecto denominado "Neptuno – Mejora de la Cantidad y Calidad del Agua del Área Metropolitana de Montevideo", el que presenta algunas alternativas.

I

Cabe consignar, que el presente análisis se realiza únicamente desde el punto de vista jurídico, en tanto los aspectos técnicos, ambientales y financieros del proyecto exceden la competencia de esta Gerencia Jurídico Notarial.

Es resorte del Directorio, en tanto Jerarca del Servicio, analizar en definitiva la oportunidad, mérito y/o conveniencia del mismo a efectos de resolver aceptar o no la propuesta.

En este sentido destacar que *"La Administración podrá seleccionar total o parcialmente la propuesta a los efectos de convocar a Licitación Pública, Subasta Pública posterior o promover el procedimiento competitivo que se determine por razones de buena administración, en el plazo máximo de 120 días contados a partir de la conformidad prestada a los estudios de factibilidad. También podrá desestimar la propuesta presentada."* (art. 15 Dec. 442/002).

"El Estado no incurrirá en responsabilidad si decidiera no recibir más propuestas, dejar sin efecto llamados o el procedimiento competitivo posterior, rechazar todas las propuestas o declarar desierto el llamado, en cualquier etapa de su procedimiento, en cualquiera de cuyos casos no generará derecho alguno para los participantes a reclamar por gastos, honorarios o indemnización por daños y perjuicios....." (art. 18 Dec. 442/002).

II

La propuesta es presentada por las empresas Berkes Construcción y Montajes S.A., Construcciones e Instalaciones Electromecánicas S.A., Compañía Sudamericana de Empresas Eléctricas, Mecánicas y de Obras Públicas, y Fast Industria e Comércio Ltda., quienes suscribieron un compromiso de constituir en el futuro un Consorcio, que denominan "Aguas de Montevideo", para la obra "Proyecto Neptuno – Mejora de la Cantidad y Calidad del Agua del Área

Metropolitana de Montevideo".

Si bien el Consorcio no es persona jurídica, sino un "....*contrato entre dos o más personas, físicas o jurídicas, por el cual se vincularán temporariamente para la realización de una obra, la prestación de determinados servicios o el suministro de ciertos bienes.*" (art. 501 de la Ley 16.060), cabe aclarar que no surge de estos obrados que el mismo haya sido constituido.

III

En lo procedimental, el proyecto se presentó, de acuerdo a la normativa vigente, en la Presidencia de la República (Acta de fecha 23/10/20 Folio 3 Expediente Presidencia 2020-2-1-0001844), siendo remitido e ingresado a OSE el día 13/11/20, con la cual la Administración cuenta con un plazo de 90 días para aceptar la propuesta, **plazo que vence el 17/2/21.**

"Los plazos establecidos - salvo regulación expresa en contrario - se computarán en días hábiles, excepto los mayores de 15 días, que se computarán en días calendario.

Los plazos que vencen en días inhábiles se prorrogarán de pleno derecho hasta el día hábil inmediato siguiente.

Se considerarán inhábiles los feriados nacionales, sábados y domingos, o los días en que no funcionen las oficinas del Ministerio u Organismo respectivo. Los plazos comienzan a contarse a partir del día hábil siguiente al acto o hecho que determine su comienzo, y salvo indicación expresa en contrario, los plazos expiran en la última hora hábil del día que corresponda." (art. 12 Dec. 442/002).

IV

Se analizarán seguidamente aspectos formales requeridos en la normativa vigente (Decreto 442/002).

Artículo 4°- Los interesados que comparezcan, presentarán una descripción de su proyecto a nivel de perfil, en la cual se expliciten en líneas generales los siguientes elementos:

1. Tipo de Proyecto. Cumple (fs. 17 a 21 Anexo a la presente Nota).

2. Nombre del Proyecto. Cumple (fs. 21 Anexo a la presente Nota).

3. Ubicación geográfica y área de influencia, si correspondiere. Cumple (fs. 22 y 23 Anexo a la presente Nota).

4. Terreno, propiedad y eventual necesidad de expropiación, si correspondiere. Se plantea la necesidad de que OSE expropie e imponga servidumbres en algunos inmuebles a los efectos del Proyecto (fs. 24 Anexo a la presente Nota), indemnización que deberá asumir OSE y sumarse al costo del mismo al momento de su valoración.

5. Descripción de las obras y/o de los servicios. Cumple (fs. 27 a 43 Anexo a la presente Nota).

6. Inversión estimada. Cumple (fs. 44 Anexo a la presente Nota).

7. Ingresos, costos de operación y mantenimiento estimados. Cumple a nivel perfil (fs. 46 Anexo a la presente Nota).

8. Análisis financiero. Cumple, aunque corresponde aclarar que no se establece financiamiento propio de los proponentes (fs. 47 a 49 Anexo a la presente Nota).

9. Aportes de bienes o servicios requeridos del Estado o terceros para la ejecución de las obras y/o servicios, si el proponente lo considera necesario. Como se indicó en el numeral 4, se requiere que OSE expropie e imponga servidumbres en algunos inmuebles (fs. 68 y 69).

Artículo 7°, Carta de presentación

El interesado deberá presentar además, una carta con la siguiente información:

7.1. Nombre de la persona, empresa o consorcio participante, constituido o en formación, actividad, profesión y domicilio real. Cumple fs. 11 Anexo a la presente Nota.

7.2. Domicilio especial constituido en el país y número de fax donde las notificaciones serán válidas a todos los efectos, hasta que el interesado denuncie uno nuevo. Cumple fs. 3 y 12 Anexo a la presente Nota.

7.3. Declaración jurada referida a la exactitud y veracidad de los antecedentes, documentos e información contenidos en la presentación. Cumple fs. 3 Anexo a la presente Nota.

7.4. Aceptación de la legislación y de los Tribunales de la República Oriental del Uruguay, para todos los asuntos que deriven de este llamado. Cumple fs. 3 Anexo a la presente Nota.

7.5. Declaración de conocimiento y aceptación de los términos de este Decreto y de las normas que regulan este instituto. Cumple fs. 3 Anexo a la presente Nota.

7.6. Nombre, dirección y firma del representante legal que actuará en nombre de la persona, empresa o consorcio participante, con la acreditación del poder que le ha sido otorgado, legalizado, protocolizado y traducido si correspondiera. Procede conferir vista a efectos de aclarar este punto, ya que en la propuesta (fs. 3 y 16) se designa como representantes legales *"para actuar de forma conjunta"* a los representantes de las empresas proponentes, mientras que en el Anexo se agrega copia simple de documentación (se requiere original o su autenticación) mediante la cual dichas empresas (salvo Ciemsa cuya documentación no luce en los antecedentes en estudio) confirieron poder especial a Matías Saiz Bidegain para que actúe como representante legal de las mismas a todos los efectos de la Iniciativa Privada y eventualmente de la futura licitación.

7.7. Documentación que acredite que quien se presenta en nombre de una persona, empresa o consorcio está autorizado para actuar en su representación. Procede conferir vista a efectos de agregar el original de la documentación aportada o proceder a autenticar las copias agregadas.

De todo lo que viene de decirse, la propuesta también cumple con el artículo 8 del Decreto 442/002.

Cabe consignar que en los antecedentes en estudio existe documentación en copia simple, correspondiendo conferir vista a efectos de agregar su original o bien autenticar la misma.

V

En conclusión, subsanada que sean las cuestiones formales apuntadas, la Propuesta cumpliría con la normativa vigente, pudiéndose continuar su análisis a efectos de que el Directorio determine o no su aceptación.

En caso de ser aceptada por el Organismo, éste *".....levantará la confidencialidad y requerirá los estudios de factibilidad, los que serán llevados a cabo por el promotor a su cargo y controlados en su calidad, costo y plenitud por la misma Administración."* (art. 15 Dec. 442/002).

En el estudio de factibilidad, en lo que dice a aspectos jurídicos, deberá requerirse a la proponente que acompañe una consulta jurídica que se expida sobre el régimen jurídico que la habilite a la toma de agua bruta referida en el Proyecto, en la o las variantes propuestas y que eventualmente puedan ser aceptadas por el Organismo.

VI

Finalmente, cabe consignar que no se advierte que la presente propuesta colida con el artículo 47 de la Constitución de la República, el que en su numeral 3 establece que *"El servicio público de saneamiento y el servicio público de*

***abastecimiento** de agua para el consumo humano serán prestados exclusiva y directamente por personas jurídicas estatales."* (destacado nuestro).

"Servicios de interés económico general o servicios económicos de interés general es una terminología que tiende a imponerse en Europa en lugar de la clásica expresión servicio público.

Servicio público es un término polémico y polisémico, al decir de PARADA, multívoco y polisémico, según MEILAN GIL.

Por eso y por las nuevas ideas impulsadas por el neoconstitucionalismo que han configurado un nuevo modelo de Estado, el Estado Constitucional de Derecho, no es de extrañar que se hable de crisis de la noción de servicio público y se procure una nueva terminología.

Bajo la denominación servicios de interés económico general se incluyen actividades de la más diversa índole. En tal sentido DIEZ – PICAZO decía: "Son servicios de interés económico general no sólo aquellas actividades que conforman la infraestructura del sistema económico (energía, telecomunicaciones, correos, transportes, etc.), sino que pueden serlo también actividades cuya finalidad primaria no es empresarial (cultura, sanidad, asistencia social, etc.) siempre que se produzcan dentro del sistema económico, Lo decisivo no es, así, la presencia o ausencia de ánimo de lucro. Más bien, el rasgo distintivo de los servicios de interés económico general es que haya una obligación legal de llevar a cabo una actividad de prestación".

De esta observación se desprende que estos servicios responden a necesidades colectivas que deben ser satisfechas mediante prestaciones uti singuli, y que actúan en el mercado, sin que importe si el prestador posee o no ánimo de lucro y cuál es el titular de la actividad.

De la enumeración efectuada por DIEZ – PICAZO se percibe que estos servicios comprenden actividades que en la concepción de SAYAGUÉS LASO configuran servicios públicos en sentido estricto (actividades de naturaleza privada por su origen pero que la ley torna estatales y solo son susceptibles de ser prestados por particulares mediante concesión), servicios sociales (actividades de naturaleza privada que puede asumir el Estado en ayuda de los particulares pero sin desplazarlos), y actividades privadas a cargo del Estado (actividades de naturaleza privada, normalmente de carácter industrial o comercial, que el Estado asume en concurrencia o excepcionalmente en forma monopólica)." (Duran Martínez Augusto, "Derechos de los usuarios y consumidores", en Nuevos Aspectos de las relaciones administrativas, FCU).

Más allá de la cuestión terminológica: servicios de interés económico general, servicios económicos de interés general o servicios públicos, lo cierto es que el abastecimiento de agua potable a la población integra tales conceptos, y por imperio constitucional debe ser prestado "*...exclusiva y directamente por personas jurídicas estatales.*"

El servicio público de abastecimiento de agua potable continuará siendo prestado de manera exclusiva y directamente por OSE.

Es OSE quien brinda dicho servicio público, siendo el usuario el que contrata con el Organismo – no con otro - a esos efectos.

Y ello no se ve alterado en la propuesta a consideración, ya que aquella necesidad colectiva de abastecimiento de agua potable, que debe ser satisfecha mediante prestaciones "uti singuli", continúa a cargo, de manera exclusiva y directamente por OSE.

Es el Organismo el único que tiene a su cargo satisfacer aquella necesidad colectiva del abastecimiento de agua potable mediante una prestación singular y concreta al usuario.

Tal prestación singular y concreta, es además, el objeto del vínculo

contractual que une al usuario con el prestador y viceversa.

Ese vínculo prestador – usuario, es en general - y en el caso de OSE no escapa a la regla -, de carácter contractual.

"Los usuarios que utilizan la energía eléctrica para alumbrarse, calentarse o cocinar "compran" la energía que consumen (y pagan los servicios de mantenimiento que hacen posible el suministro), como consecuencia de un contrato con UTE, quienes utilizan la telefonía básica hacen otro tanto con ese servicio que presta ANTEL; al subir al ómnibus y pagar el boleto, estamos celebrando un contrato de transporte con una entidad estatal, o más frecuentemente, con una empresa concesionaria, Otro tanto puede decirse de los servicios de suministro de agua potable y de saneamiento que brinda OSE, o en el caso del saneamiento de la capital, el Gobierno Departamental de Montevideo." (Richino Alvaro, "Naturaleza Jurídica de la relación usuario – prestador de servicios públicos", en en Nuevos Aspectos de las relaciones administrativas, FCU).

Valdes Costa (Curso de Derecho Tributario, pág 25), desde otra óptica y refiriéndose à los precios financieros, incluye dentro de esta categoría a *"....los ingresos que tienen como característica común, la de ser contraprestaciones por los bienes y servicios prestado por el Estado en el campo económico y que, desde el punto de vista jurídico, reconocen su fuente en el consentimiento del obligado y su causa en la ventaja o provecho que le proporciona la prestación estatal"*

".....las prestaciones que realizan los particulares en retribución de un servicio, tienen siempre la naturaleza jurídica de un precio, ya sea que el servicio se preste por un particular o por el Estado, en régimen de libre concurrencia o de monopolio." (ob citada pág. 39)

Esa relación de carácter contractual pues, entre OSE como prestador del servicio de abastecimiento de agua potable y cada uno de los usuarios, se mantiene inalterada, y ninguna participación tienen, ni pueden tener en ella, los ahora proponentes.

El precepto constitucional referido, y la competencia legal que le asigna a OSE el artículo 2 de su Ley Orgánica 11.907, impone que sea OSE y no otro, el titular de aquel contrato de prestación del servicio de abastecimiento de agua potable.

Pero tal preceptos normativos no obstan a que OSE pueda recurrir a terceros para que éstos le brinden servicios o le provean bienes para el cumplimiento de aquel cometido estatal y prestación contractual.

A modo de ejemplo, la propia Ley Orgánica de OSE la autoriza a *"Celebrar convenios con los Gobiernos Departamentales y/o comisiones vecinales para realizar obras de alcantarillado o abastecimiento de agua potable de interés local, mediante contribución de las partes"* (literal c del artículo 2 Ley 11.907 en la redacción dada por el artículo 29 de la Ley No. 18.046).

Pero en definitiva, el servicio público de abastecimiento de agua potable a la población es prestado de manera exclusiva y directamente por esta Administración.

Ello, no se advierte que sea modificado por la propuesta en análisis.

Firmado digitalmente por Marcelo Riviezzo el 03/02/2021 12:13:56 ZW3